

Jugement commercial no. 193 / 2011 (X^{ième} chambre)

Audience publique du vendredi, deux décembre deux mille onze.

Numéros 88558, 91199 et 134925 du rôle

Composition :

Elisabeth WEYRICH, vice-présidente,
Anne-Marie WOLFF, premier juge,
Vanessa WERCOLLIER, juge délégué,
Gilles SCHUMACHER, greffier.

I. rôle n°91199

E n t r e

A.), retraité, demeurant à L-(...), (...), élisant domicile en l'étude de Maître François REINARD, avocat, demeurant à L-2340 Luxembourg, 34B, rue Philippe II,

demandeur aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 18 mars 2004,

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

e t

- 1) la société à responsabilité limitée **SOC1.)** S.à.r.l., établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

défenderesse aux fins du prédit exploit BIEL,

comparant par Maître François PRUM, avocat, demeurant à Luxembourg

- 2) la société à responsabilité limitée **TOITURE SOC2.) & FILS** S.à.r.l., établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

défenderesse aux fins du prédit exploit BIEL,

comparant par Maître Roland ASSA, avocat, demeurant à Luxembourg,

e t

II. rôle n°88558

E n t r e

la société à responsabilité limitée **SOC1.)** S.à.r.l., établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

demanderesse aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Camille FABER de Luxembourg du 10 mai 2004,

comparant par Maître François PRUM, avocat, demeurant à Luxembourg,

e t

la société à responsabilité limitée **TOITURE SOC2.) & FILS** S.à.r.l., établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

défenderesse aux fins du prêt exploit FABER,

comparant par Maître Roland ASSA, avocat, demeurant à Luxembourg,

e t

III. rôle n°134925

E n t r e

le syndicat des copropriétaires de la Résidence **RES1.)**, sise à (...), (...), représentée par son syndic actuellement en fonctions, M. **A.)**, demeurant à L-(...), (...),

demandeur aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Roland FUNK de Luxembourg du 3 janvier 2011,

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

e t

3) la société à responsabilité limitée **SOC1.)** S.à.r.l., établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

défenderesse aux fins du prêt exploit BIEL,

comparant par Maître François PRUM, avocat, demeurant à Luxembourg

- 4) la société à responsabilité limitée TOITURE **SOC2.)** & FILS S.à.r.l., établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son gérant actuellement en fonctions, défenderesse aux fins du prêt exploit BIEL, comparant par Maître Roland ASSA, avocat, demeurant à Luxembourg.
-

L e T r i b u n a l

Vu l'ordonnance de clôture dans les trois rôles du 15 juillet 2011.

Entendu Mme le juge de la mise en état Vanessa WERCOLLIER en son rapport oral.

Entendu la société à responsabilité limitée **SOC1.)** Sàrl par l'organe de Maître François PRUM, avocat constitué.

Entendu la société à responsabilité limitée TOITURE **SOC2.)** & FILS Sàrl par l'organe de Maître Rachel LEZZERI avocat, en remplacement de Maître Roland ASSA, avocat constitué.

Entendu **A.)** et le syndicat des copropriétaires de la Résidence **RES1.)** par l'organe de Maître François REINARD, avocat constitué.

I) La procédure

Par exploit d'huissier du 18 mars 2004, **A.)** a fait donner assignation à la société à responsabilité limitée **SOC1.)** S.à.r.l. (ci-après la société **SOC1.)**) et à la société à responsabilité limitée TOITURE **SOC2.)** & FILS (ci-après la société TOITURE **SOC2.)**) aux fins de les entendre condamner au paiement des frais de remise en état à déterminer à dire d'expert avec les intérêts légaux tels que de droit à partir de la présente demande en justice jusqu'à solde et de lui donner acte que pour les besoins de la procédure, il évalue la valeur du litige à 75.000.- euros sous toutes réserves.

Il sollicite encore l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.000.- euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile et la condamnation aux frais et dépens de l'instance.

L'affaire a été enrôlée sous le numéro 91199.

Par exploit d'huissier du 10 mai 2004, la société à responsabilité limitée **SOC1.)** a fait donner assignation à la société à responsabilité limitée TOITURE **SOC2.)** & FILS aux

fins de joindre la présente affaire à celle introduite par **A.**), constater que les vices et malfaçons constatées à la toiture de la résidence **RES1.)** à (...), (...), sont dus à une mauvaise exécution des travaux d'installations de la partie assignée, partant tenir la partie requérante quitte et indemne de toute condamnation qui pourrait être prononcée à son encontre ce relativement à l'assignation délivrée par **A.)** le 18 mars 2004.

Elle sollicite en outre l'allocation d'une indemnité de procédure de 1.500.- euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile et la condamnation de l'assignée aux frais et dépens de l'instance.

L'affaire a été enrôlée sous le numéro 88558.

Par exploit d'huissier du 3 janvier 2011, le syndicat des copropriétaires de la résidence **RES1.)** (ci-après le syndicat des copropriétaires) a fait donner assignation à la société à responsabilité limitée **SOC1.)** et à la société à responsabilité limitée **TOITURE SOC2.)** aux fins de s'entendre condamner solidairement, sinon in solidum, sinon chacun pour le tout au paiement du montant de 69.793,07.- euros + p.m. avec les intérêts légaux tels que de droit à partir de la présente demande en justice jusqu'à solde.

Il demande encore à lui voir donner acte que la demande est formulée en ordre subsidiaire par rapport à la demande introduite par exploit d'assignation du 18 mars 2004 et la condamnation à tous les frais et dépens.

L'affaire a été enrôlée sous le numéro 134925.

II) La jonction

Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, il y a lieu de joindre les affaires inscrites sous les numéros 88558, 91199 et 134925 du rôle et de statuer par un seul jugement.

III) Les faits

Par contrat de construction du 4 octobre 1993, **A.)** a chargé la société **SOC1.)** de la construction clés en mains d'une résidence dénommée **RES1.)** sise à (...), (...).

Suivant contrat d'entreprise du 25 janvier 1994, la société **SOC1.)** a chargé la société **TOITURE SOC2.)** des travaux de charpente, toiture, ferblanterie et isolation thermique de la résidence **RES1.)**.

Suite à l'achèvement des travaux de l'immeuble en question, des désordres sous forme d'infiltrations d'eau à travers la toiture sont apparus et ont été dénoncés par **A.)**.

Suivant ordonnance de référé du 16 mars 2004, l'expert Gilles Kintzelé a été nommé par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg.

Le 8 avril 2004 a eu lieu une première visite des lieux, suite à laquelle l'expert a fait un compte rendu. Il constate l'existence d'infiltrations d'eau, que plusieurs soudures sont ouvertes, que plusieurs réparations n'ont pas été faites selon les règles de l'art et qu'à plusieurs endroits les écoulements d'eau ne sont pas non plus conformes aux règles de l'art. Il exclut également tout problème de condensation.

Le 13 mai 2004, l'expert Kintzelé a rendu son rapport d'expertise confirmant ses constatations reprises dans son compte rendu.

Dans ce même rapport, il préconise une révision globale de la toiture et, notamment au niveau des parties horizontales et des lucarnes arrondies, des remplacements partiels du zinc, travaux qu'il évalue entre 10.000.- euros et 15.000.- euros. A ce montant il ajoute le coût des réfections intérieures pour 1.200.- euros et le coût pour l'appartement gauche pour 1.800.- euros.

Suite à ce rapport, la société TOITURE **SOC2.)** a effectué un certain nombre de travaux au niveau de la toiture.

Malgré ces réparations, les infiltrations ont persisté, désordres signalés à plusieurs reprises par **A.)** à l'expert Kintzelé.

Par courrier du 19 janvier 2006, l'expert constate de nouvelles infiltrations d'eau mais ne se prononce pas sur l'origine de celles-ci, l'étanchéité de la terrasse pouvant être en cause.

Suite à des visites des lieux les 29 et 30 juin 2006, l'expert informe les parties par courrier du 30 juillet 2006 qu'il n'a pas pu constater de traces d'humidité.

Par courrier du 11 janvier 2007, l'expert informe les parties qu'à défaut d'obtenir une preuve formelle comme quoi les travaux de toiture sont d'une quelconque manière en relation avec les infiltrations, il clôturera le dossier.

Suite à une nouvelle visite des lieux le 17 janvier 2007, l'expert constate par courrier du 19 janvier 2007 qu'en dessous du toit aucun constat d'humidité n'a été fait et que par contre au niveau du seuil de la porte-fenêtre de l'humidité se trouve à l'arrière de la façade isolante.

Par courrier du 27 février 2007, l'expert conclut que les travaux de toiture ne sont pas en cause pour le problème d'infiltration sporadique au séjour et à la cuisine et clôturera le dossier.

Suite aux observations et contestations d'**A.)**, une visite des lieux a eu lieu le 5 octobre 2007 lors de laquelle l'expert retient qu'une vérification des visses et des soudures de raccord ou le remplacement éventuel des visses ou rives sont nécessaires pour optimiser et assurer l'étanchéité de la toiture.

Le 9 juillet 2008, l'expert a rendu un rapport d'expertise complémentaire, lequel n'a plus relevé d'infiltrations.

Le 18 septembre 2009, un rapport d'expertise a été dressé par le bureau d'expertise Wies sur demande de la société **SOC1.)** pour des infiltrations d'eau au niveau de la toiture. Ce constat a relevé un certain nombre de désordres et l'existence d'infiltrations d'eau.

Par courrier du 25 janvier 2010, l'expert Kintzelé informe les parties que sa mission d'expertise est clôturée.

IV) L'objet des demandes

Le litige a trait à un problème d'infiltrations d'eau dans la résidence **RES1.)** suite à l'exécution des travaux de charpente, toiture, zinc, ferblanterie et isolation thermique par la société TOITURE **SOC2.)**, elle-même chargée par la société **SOC1.)**.

A.) recherche la responsabilité de la société **SOC1.)** et de la société TOITURE **SOC2.)** pour les vices et malfaçons affectant la toiture de la résidence **RES1.)** principalement sur la base contractuelle, notamment sur base des articles 1792 et 2270 du Code civil, subsidiairement sur base des articles 1641 et suivants du même code s'il s'agit d'un contrat de vente.

En deuxième ordre de subsidiarité, il recherche la responsabilité de la société TOITURE **SOC2.)** sur la base délictuelle, notamment sur base des articles 1382 et suivants ainsi que 1384 alinéa 3 du prédict code.

La société **SOC1.)** quant à elle assigne la société TOITURE **SOC2.)** principalement sur base des articles 1792 et suivants du Code civil et 2270, subsidiairement sur base des articles 1641 à 1648 et suivants du même code, sinon encore sur base des articles 1142 et suivants, afin de se voir tenir quitte et indemne de toute condamnation prononcée à son encontre alors qu'au vu des constatations réalisées sur les lieux, il s'avèrerait que la société TOITURE **SOC2.)** aurait mal exécuté les travaux dont elle avait été chargée.

Le syndicat des copropriétaires recherche la responsabilité de la société **SOC1.)** principalement sur la base contractuelle, notamment sur base des articles 1792 et 2270 du Code civil, subsidiairement sur base des articles 1641 et suivants du même code, plus subsidiairement sur base des articles 1382, 1383 et 1383 alinéa 3 du Code civil.

La responsabilité de la société TOITURE **SOC2.)** est recherchée principalement sur base des articles 1792 et 2270 du Code civil pour les vices et malfaçons affectant la toiture, subsidiairement sur base des articles 1382, 1383 et 1383 alinéa 3 du Code civil pour ses fautes et celles commises par ses préposés.

Il précise que la demande est formulée en ordre subsidiaire par rapport à la demande introduite par exploit d'assignation du 18 mars 2004 pour le cas où l'exploit d'assignation du 18 mars 2004 serait déclaré nul respectivement si la demande était déclarée irrecevable ou non fondée.

V) La position des parties

A) La position de la société TOITURE **SOC2.)**

La société TOITURE **SOC2.))** soulève la nullité de l'assignation du 18 mars 2004 pour libellé obscur alors que l'exposé des motifs de l'exploit d'assignation serait réduit à la plus simple expression et ne satisferait pas aux exigences de l'article 154 du nouveau code de procédure civile tendant à la mettre en mesure de préparer et de présenter utilement sa défense.

Elle expose que le demandeur ferait bien référence à un contrat qu'il aurait conclu avec l'entrepreneur **SOC1.))** mais il ne s'expliquerait ni sur la qualité en vertu de laquelle il rechercherait la responsabilité de la société TOITURE **SOC2.))** ni sur le mécanisme juridique qui lui permettrait une pareille recherche, ni sur l'intérêt de la relation juridique (solidarité, in solidum, chacun pour le tout).

Elle soutient également que l'assignation ne satisferait pas à l'obligation imposée par l'article 154 du nouveau code de procédure civile relative à l'indication des pièces sur lesquelles la demande serait fondée et la simple énumération de bases légales ne saurait satisfaire à l'obligation légale de produire un exposé sommaire des moyens.

La société TOITURE **SOC2.))** soulève encore le défaut de qualité à agir du demandeur alors que celui-ci ne disposerait nullement d'un intérêt né, actuel et légitime pour agir du chef d'un soi-disant dommage qui ne serait pas un dommage propre ou personnel et par rapport auquel il n'allèguerait aucun préjudice, étant entendu que pareils droits seraient réservés au syndicat des copropriétaires de la résidence, le cas échéant aux copropriétaires, nul ne plaidant par procureur.

Elle expose qu'elle ne serait à l'évidence pas en relation contractuelle avec le demandeur, le promoteur **A.))** aurait depuis longtemps terminé ses œuvres et ne serait saisi d'aucune procédure ou recours. Par contre, l'immeuble aurait été construit sous le régime de la copropriété, ce qui serait confirmé par l'acte de vente du 16 décembre 2001, et la toiture en tant que partie commune relèverait des attributions du syndicat des copropriétaires.

Elle estime encore que l'exploit d'assignation serait nul alors qu'il y aurait cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle.

En ce qui concerne l'assignation du 10 mai 2004, elle expose que la demande de la société **SOC1.))** visant à se faire tenir quitte et indemne du chef d'éventuelles condamnations n'aurait pas de finalité propre et indépendante impliquant que la recevabilité de cette demande en intervention et en garantie serait indissolublement liée au sort de la demande principale et donc de sa recevabilité.

Elle en conclut que la critique à l'adresse de la demande principale frapperait par ricochet l'exploit d'intervention et entraînerait en ordre principal également la nullité du chef de libellé obscur.

Elle demande encore acte qu'elle s'oppose à la nomination d'un nouvel expert alors que les rapports et conclusions de l'expert judiciaire Kintzelé seraient exhaustifs et concluants, un nouvel expert n'aurait jamais la connaissance profonde des rétroactes au même titre que l'expert Kintzelé et que l'article 479 du nouveau code de procédure civile autoriserait le juge à entendre contradictoirement l'expert.

Elle expose que les troubles manifestés avant l'expiration de la garantie décennale auraient dès lors été éliminés et l'existence de nouveaux troubles n'aurait pas été établie de sorte que les parties adverses seraient dès lors irrecevables sinon mal fondées à contester l'état de fait décrit et validé par l'expert, pour déduire un droit d'action à leur avantage.

Elle soutient également qu'il y aurait lieu d'écarter le rapport de l'expert Wies des débats celui-ci ayant été forgé sous la houlette adverse.

Finalement, elle oppose au syndicat des copropriétaires la forclusion tirée de l'expiration du délai de garantie décennale qui aurait commencé à courir à partir de la réception intervenue le 8 février 1995.

B) La position de la société **SOC1.)**

La société **SOC1.)** estime que l'argument tiré du non respect des dispositions de l'article 154 du nouveau code de procédure civile est non fondé alors que l'assignation du 18 mars 2004 serait claire et aurait pour objectif de dénoncer les infiltrations, vices et malfaçons accrus à la toiture ainsi que de poursuivre la responsabilité contractuelle de la société **SOC1.)** et la responsabilité délictuelle de la société TOITURE **SOC2.)**.

L'assignation du 10 mai 2004 aurait pour seul objectif d'appeler le sous-traitant, la société TOITURE **SOC2.)**, en garantie.

Elle ajoute que l'article 154 du nouveau code de procédure civile ne prévoirait qu'une obligation d'indiquer un exposé sommaire de l'objet et des moyens et que la société TOITURE **SOC2.)** aurait utilement pu prendre position au fond sur la version des faits présentée de sorte que le moyen ne serait pas fondé.

Quant au fond, la société **SOC1.)** expose qu'elle est liée contractuellement à **A.)** de sorte qu'elle serait débitrice sur base des articles 1792 et 2270 du Code civil d'une garantie décennale contractuelle. Ces articles édicteraient une présomption de responsabilité dans le chef du constructeur, présomption qui ne pourrait être engagée qu'à partir du moment où la victime prouverait l'existence et la constatation des vices en question.

Elle soutient qu'il existerait un doute quant à l'existence d'infiltrations au niveau de la résidence **RES1.)** alors que d'une part selon l'expert judiciaire il n'y aurait plus de problèmes et d'autre part l'expert assermenté estimerait qu'il subsiste des problèmes et désordres au niveau de la toiture.

Avant tout autre progrès en cause, elle estime qu'il y aurait lieu d'instaurer une nouvelle mesure d'expertise sur base des articles 461 et suivants du nouveau code de procédure civile.

A titre subsidiaire, si sa responsabilité se trouvait engagée, la société **SOC1.)** entend s'exonérer en prouvant que le dommage n'est pas dû à son fait mais dû à celui d'un tiers, la société TOITURE **SOC2.)**, contre laquelle elle entend se retourner en garantie.

Elle demande acte qu'elle exerce une action récursoire à l'encontre de TOITURE **SOC2.**)

Elle expose que son appel en garantie serait fondé sur la base contractuelle alors qu'elle serait liée à la société TOITURE **SOC2.**) par un contrat d'entreprise. Il serait constant que le sous-traitant répondrait à l'égard de la société **SOC1.**) d'une obligation contractuelle de résultat, de fournir son travail dépourvu de vices et malfaçons. Or, au vu des pièces, il serait démontré que les infiltrations proviendraient de la toiture de sorte qu'elle n'aurait plus à démontrer de faute commise par la société TOITURE **SOC2.**)

La société **SOC1.**) soulève encore à l'encontre de l'assignation du 3 janvier 2011 la prescription décennale au vu du procès-verbal de réception du 8 février 1995.

Elle soutient que d'après les dispositions de l'article 2247 du Code civil, si l'assignation du 18 mars 2004 était déclarée nulle pour défaut de forme ou si la demande était rejetée, l'interruption de la prescription serait considérée comme non avenue.

C) La position d'A.) et du syndicat des copropriétaires

A.) et le syndicat des copropriétaires soutiennent que ce serait à tort que la société TOITURE **SOC2.**) aurait soulevé l'exception obscuri libelli alors que l'assignation du 18 mars 2004 répondrait aux conditions édictées à l'article 154 du nouveau code de procédure civile.

L'assignation renseignerait expressément que la responsabilité des assignés, en leur qualité de constructeurs de la résidence **RES1.**), serait recherchée principalement sur la base contractuelle et subsidiairement sur la base délictuelle en raison des vices et malfaçons affectant la toiture.

Ils précisent encore que l'indication des pièces sur lesquelles la demande est fondée ne serait pas requise sous peine de nullité.

En ce qui concerne le défaut de qualité du demandeur invoqué, **A.)** estime que c'est également à tort que la partie adverse ferait référence à la loi du 16 mai 1975 portant statut de la copropriété des immeubles bâtis alors que la résidence aurait été construite pour son propre compte, en sa qualité de seul et unique maître de l'ouvrage, et qu'il n'existerait aucun syndicat des copropriétaires. Ce ne serait que le 16 octobre 2001 que l'immeuble aurait été soumis au régime de la copropriété.

Il expose encore qu'il aurait un intérêt évident à agir alors qu'en sa qualité de maître de l'ouvrage il serait susceptible de voir engager sa responsabilité vis-à-vis de son fils **A1.)** ainsi que vis-à-vis d'éventuels futurs acheteurs d'un ou plusieurs appartements de la résidence **RES1.**)

En ordre subsidiaire, il soutient que jamais aucun syndic n'aurait été nommé étant donné que l'immeuble appartiendrait aux membres de la famille **A.)** et qu'il écherrait

de considérer qu'**A.)** a agi en sa qualité de syndic de fait accepté par tous les copropriétaires sinon qu'il aurait agi sur base de la théorie de la gestion d'affaires.

Il estime qu'il y aurait lieu d'ordonner une nouvelle expertise alors que les opérations d'expertise menées par l'expert Kintzelé n'auraient pas permis de déterminer les travaux aptes à remédier définitivement aux désordres, celui-ci ne semblant pas disposer des connaissances requises en matière de travaux de toiture, et qu'il résulterait du témoignage de **B.)** et du rapport VMZINC que la toiture serait toujours affectée de nombreux désordres et que des infiltrations persisteraient.

Il estime encore que la société **SOC1.)** ne saurait s'exonérer de la présomption de responsabilité édictée par l'article 1792 du Code civil par la preuve du fait que le dommage ne serait pas dû à son fait mais à celui de son sous-traitant, la société TOITURE **SOC2.)**. Ces faits ne rempliraient d'ailleurs pas les conditions de la force majeure.

Finalement, il soutient qu'il ne serait pas établi qu'il y ait eu réception de sorte que le moyen quant à la prescription décennale ne serait pas fondé.

Il ajoute que la société TOITURE **SOC2.)** aurait accepté sa responsabilité en faisant procéder à des travaux de remise en état de grande envergure et qu'en tout état de cause les travaux de remise en état réalisés seraient couverts par la garantie décennale des constructeurs suivant les articles 1792 et 2270 du Code civil et ce à partir de leur réception par l'expert Kintzelé.

VI) Les irrecevabilités

A) Le libellé obscur

Le tribunal relève tout d'abord en ce qui concerne le défaut d'indication des pièces sur lesquelles est basée la demande, que cette mention dans l'assignation n'est pas sanctionnée par l'article 154 du nouveau code de procédure civile.

Ledit article énumère certaines mentions que l'assignation doit contenir sous peine de nullité pour dire ensuite que l'assignation comprend aussi l'indication des pièces sur lesquelles la demande est fondée. Cette formalité n'est pas sanctionnée par la nullité et aucune autre disposition légale ne prévoit cette sanction.

Aux termes de l'article 154 du nouveau code de procédure civile, l'assignation doit contenir l'objet de la demande et un exposé sommaire des moyens.

Pour pouvoir préparer sa défense la partie assignée doit savoir de façon précise ce qu'on lui demande et sur quelle qualité, quel titre, quels motifs le demandeur se fonde. L'indication exacte des prétentions et la désignation des circonstances de fait qui forment la base de la demande sont requises. La description des faits doit être suffisamment précise pour ne pas laisser le défendeur se méprendre sur l'objet de la demande et pour lui permettre le choix des moyens de défense appropriés (Cour 14 juillet 2010, n° 34588 du rôle).

L'article 154 du nouveau Code de procédure civile est à interpréter en ce sens qu'une action en justice est recevable à la condition que le défendeur ne puisse se méprendre sur sa portée, sans que pour autant il ne soit nécessaire de mentionner les dispositions légales qui se trouvent à sa base ou de la qualifier spécialement (Cour 20 avril 1977, P. 23 p. 517).

Les circonstances de fait à l'origine de la demande ainsi que les bases légales sont exposées dans l'exploit introductif. **A.)** explique qu'il a chargé la société **SOC1.)** de la construction de la résidence **RES1.)**, laquelle a chargé à son tour la société **TOITURE SOC2.)** des travaux de toiture suite auxquels des infiltrations seraient apparues dans la résidence. Il conclut à la responsabilité des deux sociétés.

Au dispositif de l'acte introductif d'instance, il réclame la condamnation au paiement des frais de remise en état à déterminer à dire d'expert.

Contrairement à l'argumentation de la défenderesse, il se dégage de ces développements que l'objet de la demande est énoncé de façon suffisamment claire et précise dans l'acte introductif d'instance et que le libellé de la demande est suffisamment précis pour permettre à la partie défenderesse de choisir les moyens de défense appropriés.

Le moyen de nullité est partant à rejeter.

B) Le cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle

En vertu de la règle du non-cumul des responsabilités la victime d'un dommage ne peut se prévaloir des règles de la responsabilité délictuelle du moment que les conditions de la responsabilité contractuelle sont données.

Lors de l'introduction d'une instance il appartient dès lors en principe au demandeur de se prononcer clairement sur le régime de responsabilité qu'il entend voir appliquer.

Rien n'interdit au demandeur de baser sa demande à l'égard de son cocontractant principalement sur la responsabilité contractuelle et subsidiairement sur la responsabilité délictuelle (G. Ravarani, La responsabilité civile des personnes privées et publiques, 2^{ième} éd. n°1240).

En l'espèce, **A.)** recherche la responsabilité de la société **SOC1.)** et de la société **TOITURE SOC2.)** principalement sur la base contractuelle et subsidiairement la responsabilité de la société **TOITURE SOC2.)** sur la base délictuelle.

A.) n'a dès lors pas cumulé les deux ordres de responsabilité, de sorte que le moyen d'irrecevabilité opposé à la demande n'est dès lors pas fondé non plus.

VII) Le fond

A) La demande d'A.)

1. La qualité à agir

La société TOITURE **SOC2.)** oppose l'irrecevabilité de la demande pour défaut de qualité à agir dans le chef d' **A.)**.

A cet égard il convient d'emblée de remarquer qu'il ne faut pas confondre la recevabilité de l'action en justice avec le bien-fondé de la demande. L'action en justice s'entend uniquement du pouvoir de saisir un juge pour qu'il se prononce sur l'existence d'un droit méconnu ou contesté. L'existence effective du droit invoqué par le demandeur n'est pas une condition de recevabilité de la demande, mais uniquement la condition de son succès au fond, ou, en d'autres termes, de son bien-fondé. Or, le bien-fondé du droit invoqué ne se vérifie pas lors de l'appréciation de la recevabilité de la demande.

Plus précisément, quant au défaut de qualité, il y a lieu de relever que la qualité pour agir en justice est définie comme le pouvoir en vertu duquel une personne exerce l'action en justice ou encore le titre qui permet à une partie d'exiger du juge qu'il statue sur le fond du litige.

Le syndicat a en effet qualité pour agir chaque fois que l'intérêt collectif est en jeu, qu'il s'agisse de l'administration ou de la jouissance de l'immeuble en tant qu'ensemble ou des seules parties communes ainsi que de la sauvegarde de tous les droits y relatifs, tant vis-à-vis des copropriétaires individuels que vis-à-vis des tiers (Jurisclasseur, Copropriété, Fasc. n°100, n°13 et s.).

En revanche suivant l'article 12, alinéa 2, de la loi du 16 mai 1975, « *tout copropriétaire peut ... exercer seul les actions concernant la propriété ou la jouissance de son lot.* »

Tout propriétaire peut ainsi agir en vue de la sauvegarde des droits afférents à l'immeuble, à titre individuel, dès l'instant où le fait générateur du dommage collectif lui cause simultanément un préjudice particulier, indépendant du premier, dans la propriété ou la jouissance de son lot. Par conséquent la recevabilité de son action, en concours ou non avec l'action collective, est subordonnée à la démonstration d'un préjudice personnel (Jurisclasseur, Copropriété, Fasc. n°100, n°134).

La jurisprudence avait retenu dans une formule initialement large que « *l'atteinte aux parties communes dont chaque lot contient une quote-part constitue pour le copropriétaire un préjudice personnel l'autorisant à agir en réparation des troubles à la fois collectifs et personnels* » (Cass. 3^e civ., 6 mars 1984 : Bull. civ. III, n°60). La tendance actuelle est d'exiger du copropriétaire agissant seul qu'il ait un intérêt légitime à agir (Cass. 3^e civ., 15 févr. 1989 : Bull. civ. III, n°39. - Cass. 3^e civ., 30 juin 1993 : Bull. civ. III, n°103) ou un intérêt légitime en raison d'un préjudice personnel éprouvé dans la jouissance ou la propriété de son lot (Cass. 3^e civ., 23 février 2000 : Juris-Data n°2000-000819). L'intérêt légitime est en particulier évident lorsque le désordre affecte une partie commune à usage exclusif du copropriétaire qui agit (Pratique du droit de la construction : Contrats & responsabilités, Ed. Jurisclasseur 2003, n°017-17).

En cas d'atteinte aux parties communes, un copropriétaire ne peut agir à titre individuel que s'il établit l'existence d'un préjudice personnel subi dans la jouissance

ou la propriété soit de ses parties privatives soit des parties communes, le seul fait d'être titulaire de tantièmes de copropriété dans les parties communes n'étant pas suffisant (Jurisclasseur, Copropriété, Fasc. n°100, n°141).

Il appartient au copropriétaire demandeur d'apporter la preuve d'un préjudice personnel. À défaut, son action est irrecevable (Jurisclasseur, Copropriété, Fasc. n°100, n°142).

Dans cette conception du préjudice personnel, le copropriétaire justifie d'un intérêt légitime à agir pour demander réparation des désordres affectant la toiture de l'immeuble, partie commune (Jurisclasseur, Copropriété, Fasc. n°100, n°143, Cass. 3^{ième} civ., 18 déc. 1996 : *JurisData* n° 1996-005074).

Si la cause des dégâts d'humidité des murs et plafond se trouve selon le rapport d'expertise dans la toiture qui fait partie des parties communes, il n'en demeure pas moins que les dégâts affectent les parties privatives d'**A.**), de sorte qu'il allègue bel et bien un préjudice personnel différent du préjudice collectif de tous les copropriétaires.

Le moyen d'irrecevabilité n'est partant pas fondé.

2. Les responsabilités en jeu

A.) recherche principalement la responsabilité de la société TOITURE **SOC2.)** et de la société **SOC1.)** sur la base contractuelle notamment sur base des articles 1792 et 2270 du Code civil et subsidiairement sur base des articles 1641 et suivants du même code s'il s'agit d'un contrat de vente. En dernier ordre de subsidiarité la responsabilité de la société TOITURE **SOC2.)** est recherchée sur la base délictuelle.

- la responsabilité de la société **SOC1.)**

Il est constant en cause qu'**A.)** a, par contrat de construction du 4 octobre 1993, chargé la société **SOC1.)** de la construction « clés en mains » de la résidence **RES1.)** sur un terrain lui appartenant.

Il y a d'abord lieu d'analyser la nature des relations contractuelles liant les parties et plus particulièrement de trancher la question de savoir s'il s'agit d'un contrat de vente ou d'un contrat d'entreprise.

Pour décider s'il y a vente ou louage d'ouvrage, la jurisprudence retient que lorsque le fournisseur doit effectuer un travail spécifique en vertu d'indications particulières rendant impossible de substituer au produit commandé un autre équivalent, le contrat avec le client est à qualifier de contrat d'entreprise. Par contre, lorsque le contrat porte sur une chose standard dont les caractéristiques sont déterminées à l'avance et qui est destinée à être produite en série afin de répondre aux besoins d'une clientèle la plus large possible, le contrat est un contrat de vente. Le contrat par lequel le locator operis s'engage à fournir à la fois la matière et la main d'œuvre,

comme en l'espèce, doit être qualifié de louage d'ouvrage ou de contrat d'entreprise (6 février 2009, n°31/2009, Th. c/ K.).

En s'engageant dans ce contrat, l'entrepreneur s'est obligé à exécuter des travaux exempts de malfaçons et conformes aux règles de l'art. La responsabilité contractuelle de l'entrepreneur a pour objet d'assurer au maître de l'ouvrage une parfaite exécution des engagements souscrits.

Aussi l'entrepreneur est-il tenu d'assurer la réparation des vices, quelle que soit leur importance, leur incidence ou le moment de leur découverte, dès lors qu'ils constituent une inadéquation ou une non-conformité, si minime soit-elle, de l'ouvrage réalisé ou en cours de réalisation.

Cette responsabilité contractuelle de droit commun court jusqu'à la réception valant agréation des travaux.

Avant la réception de l'ouvrage exécuté par l'entrepreneur, le droit de la responsabilité contractuelle de droit commun est applicable tandis qu'après la réception, seul le droit spécial de la garantie légale des constructeurs, prévu par les articles 1792 et 2270 du Code civil, s'applique.

La réception constitue l'agréation par le maître de l'ouvrage ou par l'acquéreur du travail exécuté et la réception des travaux a précisément pour objet la vérification de la bonne exécution de ces travaux par l'entrepreneur. La réception ne consiste pas seulement dans la livraison de l'ouvrage, mais dans l'approbation par le maître de l'ouvrage du travail exécuté.

Cette réception peut être expresse et résulte alors d'un procès-verbal de réception contradictoire. Le procès-verbal de réception peut contenir des réserves concernant certains ouvrages, ce qui retarde le point de départ du délai pour les ouvrages visés par ces réserves. Pour les travaux non incriminés, le délai commence à courir. Peu importe par ailleurs que la réception soit qualifiée de définitive ou de provisoire. On ne tient compte que de la réception effective.

Elle peut également être tacite, et se déduire de la prise de possession des lieux sans réserves expresses, et du paiement complet des travaux ou de la location de l'immeuble. Mais la prise de possession ne doit cependant pas être équivoque.

Il appartient à celui qui s'en prévaut de prouver que les actes de prise de possession documentent nécessairement la volonté du maître de l'ouvrage d'agréer les travaux exécutés.

La société **SOC1.)** soutient qu'un constat de réception des travaux aurait eu lieu et aurait été signé entre parties le 8 février 1995.

A.) soutient qu'il ne serait pas établi qu'il y ait eu réception alors que le constat de réception versé par la partie adverse ne serait non seulement pas signé en toutes ses pages mais surtout qu'il ne renseignerait pas sur sa présence.

Il résulte de ce constat de réception établi le 8 février 1995 que les parties ont formulé plusieurs réserves et que celui-ci a été signé par les parties dont **A.)**. Aucune contestation ne figurant sur ce constat, il n'est pas nécessaire que toutes les pages soient paraphées mais il suffit que la dernière page soit signée, ce qui est le cas en l'espèce.

Il faut dès lors en conclure qu'il y a eu réception des travaux de sorte que les articles 1792 et 2270 du Code civil trouvent à s'appliquer à l'action d'**A.)** contre la société **SOC1.)**.

- la responsabilité de la société TOITURE **SOC2.)**

Le tribunal constate que la société TOITURE **SOC2.)** n'est intervenue qu'en sa qualité de sous-traitant chargé par la société **SOC1.)** sur le chantier d'**A.)**. Aucun lien contractuel n'existe donc entre le demandeur et la société TOITURE **SOC2.)** et il est de principe que l'action du maître de l'ouvrage à l'encontre des locataires d'ouvrage avec lesquels il n'a pas traité, c'est-à-dire les sous-traitants, est de nature délictuelle (Georges RAVARANI, Tableau des délais d'action en matière de garantie des immeubles vendus ou construits, P.28, chr. p. 4 et jurisprudence y citée).

Il faut en conclure que, dans les rapports entre **A.)** et la société TOITURE **SOC2.)**, les articles 1792 et 2270 du Code civil ne s'appliquent pas, la responsabilité de cette partie à l'égard du demandeur devant s'analyser au regard des articles 1382 et 1383 du Code civil.

3. Les vices et malfaçons affectant les travaux réalisés par la société TOITURE **SOC2.)**

Dans l'assignation introductive, **A.)** fait état de vices et de malfaçons affectant les travaux réalisés par la société TOITURE **SOC2.)**. Dans l'attente du dépôt du rapport dressé par l'expert KINTZELE, les demandeurs chiffrent les coûts de réfection des malfaçons à la somme de 75.000.- euros.

Il résulte du rapport d'expertise KINTZELE du 13 mai 2004 que les infiltrations d'eau ne sont pas dues à un problème de condensation mais qu'il s'agit bien d'infiltrations d'eau par la toiture. Il préconise une révision globale de la toiture notamment au niveau des parties horizontales et des lucarnes arrondies et des remplacements partiels du zinc.

Dans un rapport d'expertise complémentaire du 9 juillet 2008, l'expert KINTZELE ne constate plus d'infiltrations d'eau par la toiture et chiffre les travaux de peinture suite aux infiltrations dans deux appartements au montant de 1.291,73.- euros et la révision des soudures au montant de 703,50.- euros.

Il résulte du rapport d'expertise unilatéral de l'expert WIES du 18 septembre 2009 qu'il a constaté des traces récentes et pertinentes d'infiltrations d'eau de pluie et des désordres par suite de défaut de pose, de fixations, d'insuffisance de recouvrements et de blocages des dilatations. Il retient encore qu'une vétusté sur 14 ans de 35% sur les frais à engager resterait à charge du propriétaire mais ne procède pas à une évaluation des coûts nécessaires à la remise en état de la toiture.

A.) et la société **SOC1.)** concluent à la nomination d'un nouvel expert.

La société TOITURE **SOC2.)** s'y oppose et demande à voir écarter le rapport d'expertise WIES.

En ce qui concerne le rapport d'expertise unilatéral, il convient de relever que si le principe de l'inopposabilité du rapport peut exceptionnellement être écarté, ce n'est non seulement à la condition que le rapport ait été régulièrement versé aux débats et soumis devant le juge à la libre discussion des parties, et qu'il ait en fait été discuté, mais il faut encore qu'il résulte des éléments de la cause que les droits de la défense de la partie à laquelle on l'oppose soient suffisamment sauvegardés.

Ce n'est pas le débat contradictoire devant le juge après communication du rapport qui constitue une sauvegarde suffisante des droits de la défense de cette partie pour permettre au juge de puiser dans le seul rapport unilatéral les éléments à la base de sa condamnation, le principe restant la contradiction lors des opérations d'expertise elles-mêmes. L'exigence du caractère contradictoire implique que les conclusions de l'expert soient soumises aux parties de façon à ce que l'expert puisse avoir connaissance de leurs observations et qu'il prenne, le cas échéant, position.

En l'occurrence, le rapport contradictoire dressé par l'expert KINTZELE et le rapport unilatéral dressé par l'expert WIES ne sont pas complémentaires, mais sont partiellement contradictoires. Le tribunal ne peut dès lors pas puiser dans le seul rapport unilatéral, sous peine de vider de tout sens le principe du contradictoire des opérations d'expertise.

Au vu des contestations du demandeur étayées par le rapport unilatéral WIES, contenant des conclusions en partie opposées à celles consignées dans le rapport dressé contradictoirement, il y a lieu, conformément à la demande d'**A.)** et de la société **SOC1.)**, de charger un nouvel expert judiciaire de la mission détaillée au dispositif du jugement.

Il convient de réserver ce volet de la demande d'**A.)** en attendant le résultat de la mesure d'instruction.

B) La demande de la société SOC1.)

Il convient encore de réserver le volet de cette demande en attendant le résultat de la mesure d'instruction.

Par ces motifs

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, dixième chambre civile, siégeant en matière commerciale et en première instance, statuant contradictoirement,

vu l'ordonnance de clôture du 15 juillet 2011 dans les rôles 88558, 91199 et 134925,

entendu Mme Vanessa WERCOLLIER en son rapport oral en application de l'article 226 du nouveau code de procédure civile,

joint les affaires inscrites au rôle sous les numéros 88558, 91199 et 134925,

rejette le moyen de nullité de l'assignation du 18 mars 2004 pour libellé obscur,

rejette le moyen d'irrecevabilité de la demande pour violation de la règle du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle,

rejette le moyen d'irrecevabilité tiré du défaut de qualité à agir dans le chef d'**A.**),

partant, déclare recevables les demandes introduites par voie d'assignations des 18 mars 2004 et 10 mai 2004,

avant tout autre progrès en cause, ordonne une expertise et commet pour y procéder :

Daniel GODFROY, demeurant à L-2349 Luxembourg, 36, rue des Prés,

avec la mission de concilier les parties, si faire se peut, sinon dans un rapport écrit, détaillé et motivé de :

- « 1. *faire un descriptif de l'état actuel de l'immeuble litigieux, situé (...) à (...),*
2. *constater les vices, malfaçons, non-conformités et inexécutions qui affectent l'immeuble sis à (...), (...),*
3. *déterminer les causes et origines de ces vices, malfaçons, non-conformités et inexécutions,*
4. *se prononcer sur le coût et les moyens d'une remise en état adéquate ou de fixer une moins-value à mettre en compte ».*

charge le juge-délégué Vanessa WERCOLLIER du contrôle de cette mesure d'instruction,

fixe la provision à valoir sur les honoraires et frais de l'expert à la somme de 750.- euros,

ordonne à **A.)** de payer la provision à l'expert ou de la consigner auprès de la caisse de consignation, au plus tard le 23 janvier 2012,

dit que l'expert déposera son rapport au greffe du tribunal, après paiement de la provision et, le cas échéant, de la provision complémentaire, ou après consignation de la provision et, le cas échéant, de la provision complémentaire, au plus tard le 30 mars 2012,

dit que, le cas échéant, l'expert demandera au juge commis un report de la date de dépôt en indiquant sommairement les motifs qui empêchent le dépôt dans le délai prévu,

dit que l'expert informera ce magistrat de la provision complémentaire nécessaire,

dit que le paiement de la provision ou la consignation de la provision se font sans préjudice du droit de taxation des honoraires et frais,

dit qu'en cas d'empêchement du juge commis ou de l'expert, il sera procédé à leur remplacement par le président de chambre,

réserve le surplus et les dépens,

fixe l'affaire pour une conférence de mise en état devant la dixième chambre à l'audience publique du vendredi, 20 avril 2012, à 9.00 heures, salle TL 3.05 de la Cité Judiciaire.