Arrêt commercial

Audience publique du vingt-trois décembre deux mille neuf.

Numéros 30020 et 30139 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Carlo HEYARD, premier conseiller;
Annette GANTREL, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

I)

E n t r e :

la société anonyme AAA, *établie et ayant son siège social à UUU, inscrite au registre de 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 Camille FABER de Luxembourg des 10 et 15 mars 2005,*

comparant par Maître François PRUM, avocat à Luxembourg ;

e t

1) l'ADMINISTRATION COMMUNALE DE BBB, *établie à la maison communale à VVV, représentée par son collège des Bourgmestre et Echevins actuellement en fonction,*

intimée *aux fins du prédit exploit FABER,*

comparant par Maître Jean WAGENER, avocat à Luxembourg ;

2) la société de droit allemand CCC, *établie et ayant son siège social à WWW, inscrite au registre de commerce et des sociétés de …….. sous le numéro ……., représentée par son gérant actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du prédit exploit FABER,*

comparant par Maître René DIEDERICH, avocat à Luxembourg ;

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

intimée *aux fins du prédit exploit FABER,*

comparant par Maître René FALTZ, avocat à Luxembourg ;

4) la société anonyme EEE, *établie et ayant son siège social à YYY, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, venant aux droits et obligations de la société anonyme FFF,*

intimée *aux fins du prédit exploit FABER,*

comparant par Maître Franz SCHILTZ, avocat à Luxembourg ;

5) la société anonyme EEE, *établie et ayant son siège social à YYY, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du prédit exploit FABER,*

comparant par Maître James JUNKER, avocat à Luxembourg ;

I I)

E n t r e :

la société à responsabilité limitée DDD, *établie et ayant son siège social à XXX, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son gérant actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Alec MEYER de Luxembourg des 18 avril 2005,*

comparant par Maître René FALTZ, avocat à Luxembourg ;

e t

1) l'ADMINISTRATION COMMUNALE DE BBB, *établie à la maison communale à VVV, représentée par son collège des Bourgmestre et Echevins actuellement en fonction,*

intimée *aux fins du prédit exploit MEYER,*

comparant par Maître Jean WAGENER, avocat à Luxembourg ;

2) la société de droit allemand CCC, *établie et ayant son siège social à WWW, inscrite au registre de commerce et des sociétés de ……. sous le numéro ……., représentée par son gérant actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du prédit exploit MEYER,*

comparant par Maître René DIEDERICH, avocat à Luxembourg ;

3) la société anonyme AAA, *établie et ayant son siège social à UUU, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du prédit exploit MEYER,*

comparant par Maître François PRUM, avocat à Luxembourg ;

4) la société anonyme EEE, *établie et ayant son siège social à YYY, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du prédit exploit MEYER,*

comparant par Maître James JUNKER, avocat à Luxembourg ;

5) la société anonyme EEE, *établie et ayant son siège social à YYY, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, venant aux droits et obligations de la société anonyme FFF,*

intimée *aux fins du prédit exploit MEYER,*

comparant par Maître Franz SCHILTZ, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Le 6 décembre 2001, la société CCC fut autorisée par le Ministère des Travaux Publics à réaliser le chantier « GGG », situé à BBB, aux abords et à l'angle de la rue JJJ et de la rue OOO.

La société CCC chargea la société DDD de l'exécution du chantier qui, elle, confia à la société AAA la réalisation des travaux de forage hydraulique.

Le 12 décembre 2001, lors des travaux de forage, la société AAA transperça l'enrobage en béton, deux tuyaux de protection et deux câbles 65 kV appartenant à BBB.

L'endommagement de ces câbles entraîna la coupure de l'alimentation en électricité de la zone comprenant ……., ……., ….. et ……..

Le 25 juin 2003, l'Administration communale de BBB – se basant sur le rapport d'expertise dressé par José TONNAR et Alain REIS le 19 juin 2002 en exécution des ordonnances des référés des 21 décembre 2001 et 29 janvier 2002 – a assigné devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale :

1) la société CCC
2) la société DDD
3) la société AAA
4) la société EEE
5) la société FFF

pour les y entendre condamner, solidairement, sinon in solidum, sinon chacune pour le tout, au paiement du montant de 279.182,54 € sinon du montant de 241.705,54 € à titre de *travaux et moyens de redressement nécessaires*, ainsi qu'au paiement du montant de 157.190,66 € à titre de *mesures provisoires*, le tout à augmenter de la TVA, ce avec les intérêts légaux à partir du 12 décembre 2001, jour de la survenance du sinistre, sinon à partir de l'assignation en justice, sinon à partir du jugement à intervenir, jusqu'à solde.

L'Administration communale de BBB a en outre conclu à la condamnation des parties assignées au paiement des frais d'expertise (3.480,05 €) ainsi qu'au paiement d'une indemnité de procédure de 2.500 € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

La responsabilité des parties assignées sub 1), sub 2) et sub 3) a été recherchée sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil, sinon sur base des articles 1384 alinéa 1er et 1384 alinéa 3 du même code.

L'action a été dirigée contre les assignés sub 4) et sub 5) sur base de l'article 89 de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurances.

Par jugement du 1er décembre 2004, le tribunal a :

- reçu la demande en la forme ;

- dit la demande non fondée en tant que dirigée contre la société CCC, la société EEE et la société FFF ;

- dit la demande fondée jusqu'à concurrence du montant de 369.730,07 € à l'encontre des autres parties défenderesses ;

- condamné la société DDD et la société AAA in solidum à payer à l'Administration communale de BBB le montant de 369.730,07 € + TVA avec les intérêts légaux à partir du 12 décembre 2001, jour du sinistre, jusqu'à solde ;

- dit fondée la demande en allocation d'une indemnité de procédure de l'Administration communale de BBB ;

- condamné la société DDD et la société AAA in solidum à payer à l'Administration communale de BBB une indemnité de procédure de 500 € ;

- condamné la société DDD et la société AAA in solidum aux frais et dépens de l'instance, y compris les frais de l'instance en référé et les frais d'expertise.

Par exploits d'huissier des 10 et 15 mars 2005, la société AAA a interjeté appel contre le jugement du 1er décembre 2001.

Par exploit d'huissier du 18 avril 2005, la société DDD a relevé appel du même jugement qui lui a été signifié à la requête de l'Administration communale de BBB par exploit d'huissier du 22 mars 2005.

Les appels, relevés dans les formes et délai de la loi et par ailleurs non critiqués à cet égard, sont à déclarer recevables.

Il y a lieu de les joindre dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice pour y toiser dans un seul et même arrêt.

I) <u>Quant à la responsabilité des différents intervenants</u>

A) <u>Jugement, moyens et prétentions des parties</u>

Pour retenir la responsabilité de DDD sur base de l'article 1382 du Code civil, le tribunal a – en substance – :

- constaté que la société CCC avait délégué la direction et le contrôle du chantier à la société DDD ;

- dit que *le fait que DDD a entamé des fouilles sur base de plans qu'elle savait imprécis et incomplets constitue immanquablement une faute, sinon une négligence grave ;*

- dit qu'il aurait appartenu à la société DDD de demander *des plans supplémentaires* ;

- retenu – à supposer que l'Administration de BBB ait été dans l'impossibilité de produire des plans plus précis – que la société DDD *aurait dû s'abstenir d'exécuter les travaux ou du moins, obtenir décharge* ;

- dit que la société DDD *reste en défaut de prouver que le multitubulaire endommagé aurait été posé de façon inattendue et contraire aux usages en la matière.*

La société DDD critique les juges de première instance d'avoir retenu sa responsabilité dans la genèse du sinistre au motif qu'elle *aurait entamé des fouilles sur base de plans qu'elle savait imprécis et incomplets*.

La société DDD soutient avoir *approfondi les sondages existants pour vérifier que le multitubulaire se trouvait bien à la profondeur à laquelle il devait se trouver en vertu du plan HHH.*

Selon la société DDD, *effectuer des fouilles était le seul moyen pour trouver l'emplacement exact du multitubulaire.*

Elle soutient avoir satisfait à ses obligations en *approfondissant les quatre sondages préexistants et en calculant la profondeur respectivement le niveau le plus bas du multitubulaire.*

Elle souligne qu'une visite des chambres de tirage n'aurait pas permis de déceler que le *multitubulaire était un mètre plus profond sur une distance de 10 mètres.*

Pour le cas où la Cour retiendrait sa responsabilité dans la genèse du sinistre, la société DDD entend se décharger en se prévalant, et de la faute de l'Administration communale de BBB qui *n'a pas été en mesure de produire des plans as built exacts*, et de la *pose totalement inattendue et imprévisible du multitubulaire au point d'impact, événement équivalant à un cas de force majeure.*

Aux termes de ses conclusions notifiées le 13 mars 2007, la société DDD, se basant sur le rapport d'expertise COUNESON du 9 février 2007, fait encore valoir que *la présence d'un multitubulaire à une telle profondeur est tout à fait inhabituelle alors que cette pose entraîne une perte de capacité de transport de l'ordre de 10 à 12 %* ; que *la visite des chambres n'aurait rien pu relever d'autre que la profondeur des tubes à l'endroit où ceux-ci débouchent dans les chambres* et qu'un *faisceau lumineux dirigé dans les tubes ne peut en effet éclairer au mieux que les premiers mètres de l'intérieur des tubes* ; que *l'élément initiateur de l'incident* serait à rechercher dans les informations peu fiables procurées par l'Administration communale de BBB.

La société DDD reproche aux juges de première instance de n'avoir pas fait droit à son offre de preuve par témoins, réitérée en instance d'appel, se lisant comme suit :

« *En date du 19 septembre 2001, l'entreprise DDD avait convenu un rendez-vous avec M. III du service électricité de BBB.*

Lors de ce rendez-vous M. III a tracé en surface l'emplacement du réseau électrique.

Il a uniquement indiqué la présence des gaines électriques posées dans le sable et à aucun moment il n'a indiqué la présence supplémentaire d'un multitubulaire posé dans le béton.

Quelques jours plus tard, l'entreprise DDD a effectué 4 sondages dans le trottoir espacé à distance égale le long du chantier rue JJJ.

Ces sondages ont permis effectivement de situer les gaines électriques dans le sable.

Quelque temps plus tard l'entreprise DDD a reçu un plan HHH no I-E610C. Sur les coupes types annexées, l'entreprise DDD a vu la présence de multitubulaires posés dans le béton.

Elle a alors approfondi tous les quatre sondages préexistants et est alors tombée sur la surface du multitubulaire en béton.

En se basant sur les profils types, elle a alors calculé la profondeur respectivement le niveau le plus bas du multitubulaire.

A l'aide de ces données, elle a alors dessiné le multitubulaire sur ses plans.

Sur les 4 sondages effectués le multitubulaire était toujours à la même profondeur.

L'entreprise DDD a continué ces données à son sous-traitant, la société AAA.

Suite à l'accident relatif à la rupture du multitubulaire, la société DDD a effectué un sondage supplémentaire à côté du point d'impact.

Il s'est alors avéré que contre toute attente le multitubulaire n'était pas enfoui à une même profondeur tout au long de la rue JJJ, mais que sur une longueur de +/- 10 m le multitubulaire était enfoui +/- 1 m plus bas et ceci pour une raison inconnue.

A moins d'avoir disposé de plans « as built » ou qu'au hasard un des sondages ait été effectué sur cette zone de 10 m (la longueur du chantier était de 100 m), il était tout à fait impossible de prévoir que le multitubulaire se trouvait à cette profondeur à cet endroit ».

Dans un ordre d'idées plus subsidiaires encore, la société DDD conclut à un partage des responsabilités largement en sa faveur.

Le tribunal a retenu la responsabilité de la société AAA, gardienne de la grue qui a percé les câbles, manœuvrée par un de ses ouvriers, sur base de l'article 1384 alinéas 1er et 3 du Code civil.

En ce qui concerne les moyens avancés par la société AAA pour s'exonérer de la responsabilité pesant sur elle, le tribunal a, en substance, dit :

- que *si le bordereau prévoit que DDD est chargée de l'obtention des plans, il n'en demeure pas moins que AAA, en tant que spécialiste des travaux de forage, devait disposer de la compétence nécessaire pour vérifier si ces plans étaient suffisamment complets pour pouvoir exécuter les travaux en toute sécurité* ;

- que *le fait que AAA ait reçu des plans incomplets de la part de DDD ne présentait pas pour elle les caractères de la force majeure, d'autant plus qu'en date du 14 novembre 2001, DDD lui transmettait le bordereau d'envoi de la société KKK comportant la mention que les plans seraient incomplets* ;

- que *BBB n'a eu aucun comportement fautif qui aurait contribué à la réalisation du dommage.*

La société AAA fait grief aux juges de première instance d'avoir ainsi statué, soulignant que ni l'Administration communale de BBB, ni le LLL, ni la société KKK n'auraient été en mesure *de fournir des plans exacts détaillés de type as built permettant de matérialiser de manière exacte l'ensemble du réseau électrique et conduites passant sous la rue JJJ où devaient se dérouler les travaux du projet « GGG »*.

Aux termes de ses conclusions notifiées le 13 avril 2007, la société AAA, se référant au rapport d'expertise COUNESON, ajoute – entre autres – que l'expert *a constaté la présence du second réseau*

multitubulaire à environ 3,2 mètres de profondeur et que cette profondeur était tout à fait inhabituelle pour un tel réseau.

La société AAA prétend s'être exonérée, sinon totalement du moins partiellement, de la présomption de responsabilité pesant sur elle par la faute de la victime qui a omis de la renseigner sur la position exacte du ou des réseaux multitubulaires ; qu'il ne lui appartenait en effet pas de *deviner les informations* que l'Administration communale de BBB, en tant que propriétaire de l'installation, n'a pas pu fournir elle-même ; que BBB a commis une faute en relation de cause à effet avec le préjudice lui accru suite au sinistre.

La société AAA soutient encore que le comportement de la société DDD – en se trompant sur la localisation exacte du réseau multitubulaire – constitue pour elle une cause exonératoire de responsabilité.

Elle offre de prouver – dans un ordre d'idées subsidiaires – par l'audition du témoin MMM les faits suivants :

« *Le 19 septembre 2001, un rendez-vous fut fixé entre DDD et Monsieur III responsable du service électricité de BBB, afin que celui-ci matérialise de manière précise les réseaux électriques souterrains enfouis sous le chantier.*

Le traçage des câbles fut effectué par Monsieur III montrant uniquement la présence de réseaux enfouis dans le sable, mais nullement le réseau multitubulaire litigieux.

Aucun plan fourni par le maître d'œuvre CCC, ni par BBB et des services compétents (services électricité) ne matérialisaient l'existence et la profondeur réelle des réseaux multitubulaires litigieux.

Au vu de la carence de BBB, dont les services ne pouvaient fournir des renseignements plus précis, ainsi qu'au vu de la carence de KKK, DDD a procédé à quatre sondages pour déterminer la profondeur exacte où étaient enfouis les câbles du réseau multitubulaire, sondages effectués dans le trottoir espacé à distance égale le long du chantier rue JJJ.

Les quatre sondages ont ainsi permis de situer les gaines électriques présentes dans le sable ainsi que le profil béton sous lequel était présent le multitubulaire endommagé par la suite.

DDD en a donc déduit légitimement, eu égard au profil béton, que le réseau multitubulaire se trouvait entre 1 et 2 mètre de profondeur.

Sur base de ces constatations, les informations ont été transmises par DDD à AAA.

Suite au sinistre, DDD effectua un sondage à côté du point d'impact.

Le résultat fut étonnant : en effet, le multitubulaire n'était pas enfoui à la même profondeur sur toute la longueur de la rue, mais plus profondément que prévu sur une longueur de 10 mètres, le chantier faisant une centaine de mètres ».

L'Administration communale de BBB conclut à voir confirmer les juges de première instance.

Elle conteste que la société DDD ait réalisé quatre forages avant le sinistre.

Elle conteste également que le multitubulaire ait été placé à une profondeur inhabituelle.

Elle prétend que la société DDD argumenterait à tort qu'une visite des chambres de tirage n'aurait pas permis de fournir des renseignements supplémentaires quant à l'emplacement exact des câbles.

Elle conteste toute faute dans son chef en relation de cause à effet avec la survenance du sinistre et soutient que la société DDD essaie vainement de se décharger de toute responsabilité en invoquant une *prétendue pose inattendue et imprévisible du multitubulaire*.

Elle conclut – dans ses conclusions notifiées le 31 mars 2008 – au rejet du rapport COUNESON pour avoir été unilatéralement dressé.

Elle dénie au rapport COUNESON – s'il devait être pris en considération – toute pertinence, faisant valoir que l'expert n'a pas personnellement pu vérifier l'emplacement des câbles, mais s'est nécessairement basé, pour l'établissement de son rapport, sur des informations *forcément unilatérales et subjectives* de la part de la société DDD.

La société CCC conclut à la confirmation pure et simple du jugement a quo. Elle conclut en outre à la condamnation de la société DDD et de la société AAA à lui payer, chacune, une indemnité de procédure de 1.500 € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Le tribunal – en retenant que les sociétés DDD et AAA *ont entamé des fouilles alors qu'elles ne pouvaient raisonnablement ignorer que les plans à leur disposition étaient incomplets* – a dit que les compagnies d'assurances FFF, assureur de la société DDD, et EEE, assureur de la société AAA, ont à bon droit invoqué une clause de non-assurance pour refuser toute indemnisation.

La compagnie d'assurances FFF conclut à la confirmation du jugement a quo.

A titre subsidiaire, et pour le cas où une quelconque intervention de la part de FFF devrait être donnée, celle-ci demande à voir appliquer la franchise contractuelle de 30%.

La compagnie d'assurances EEE conclut, sur base du rapport d'expertise COUNESON, à voir dire non fondée la demande en indemnisation de BBB, sinon à voir limiter l'indemnisation de la victime au montant de 85.790 €.

Elle conclut, pour autant que la Cour arriverait à la conclusion qu'aucune faute en relation de cause à effet avec le sinistre n'est établie dans le chef de l'Administration communale de BBB, à voir dire que *la responsabilité en question doit être mise à charge de la société DDD pour avoir failli à son obligation de renseigner correctement la société AAA* ; que la société DDD, qui aurait dû fournir à la société AAA les renseignements exacts sur *les implantations, enquêtes sur les ouvrages enterrés et leur déviation éventuelle*, devra la tenir quitte et indemne de toute condamnation.

A titre plus subsidiaire encore, et pour le cas où la Cour retiendrait la responsabilité de la société AAA dans la genèse du sinistre, la compagnie d'assurances EEE conclut à l'application de la franchise de 30 %.

La compagnie d'assurances EEE conclut en outre à la condamnation de la société DDD au paiement d'une indemnité de procédure de 1.500 € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Aux termes de ses conclusions notifiées le 19 septembre 2008, la société EEE soutient que *suite à l'apport à EEE par FFF de la branche d'activité d'assurance non vie exercée à travers sa succursale luxembourgeoise FFF*, elle reprend l'instance introduite à l'encontre de la compagnie d'assurances FFF et, venant aux droits de FFF, reprend à son compte, dans toute leur forme et teneur, les conclusions antérieurement prises.

B) <u>Discussion</u>

Une remarque préliminaire s'impose en ce qui concerne les rapports d'expertise versés en cause.

Si, conformément à l'article 438 du Nouveau Code de procédure civile, les experts ne doivent jamais porter d'appréciations d'ordre juridique, le rapport d'expertise TONNAR/SEIL, qui se prononce entre autres sur les responsabilités encourues par les différents intervenants, n'est pas pour autant à écarter des débats tel que l'exigent les parties appelantes, la Cour restant libre de faire siennes les constatations

purement matérielles et d'ordre technique faites par les experts TONNAR/SEIL qui se révèlent nécessaires à la solution du présent litige.

Le rapport COUNESON, quoique dressé de manière unilatérale, a été régulièrement communiqué et soumis à la libre discussion des parties. Il vaut donc comme élément de preuve et la Cour pourra y puiser tous les renseignements qu'elle juge utiles pour solutionner le litige (cf : Cass. 7 novembre 2002, no 1910 du registre, AOUN/ BNP PARIBAS LUXEMBOURG).

Le rapport COUNESON, non lésionnaire des droits de la défense, ne saurait dès lors être écarté des débats.

Le même raisonnement vaut par ailleurs pour le rapport BADENT versé par l'Administration communale de BBB.

De l'étude des pièces versées au dossier, on peut déduire que les faits à la base du présent litige se présentent chronologiquement de la manière suivante :

Par fax du 26 juin 2001, la société AAA – en transmettant le « *Leistungsverzeichnis Baugrube* » à la société DDD – a pris soin d'énumérer parmi les *prestations non comprises et à charge de la société DDD, les implantations précises, enquêtes sur les ouvrages enterrés et leur déviation éventuelle.*

Le 3 septembre 2001, la société DDD a demandé à BBB *un rendez-vous sur place pour procéder au dépistage des câbles et conduites*.

Le 7 septembre 2001, BBB a transféré à la société DDD *un plan de situation (esquisse) indiquant le réseau de chauffage urbain existant.*

Le marquage des câbles effectué par le dénommé III de BBB indiquait l'emplacement horizontal des câbles dans le sol. Aucune indication ne renseignait sur la position verticale voire la profondeur exacte des câbles. Des fouilles approfondies s'avéraient donc nécessaires pour détecter leur emplacement exact.

Le 13 novembre 2001, la société AAA a invité la société DDD de lui *communiquer les coupes des réseaux enterrés rue des Labours, rue de JJJ.*

Le 14 novembre 2001, la société KKK – qui avait été chargée par le LLL, promoteur du chantier « GGG » en partenariat avec l'Etat du Grand-Duché, de la gestion de toute demande technique en rapport avec le site – a remis à la société DDD deux plans, l'un émanant de *HHH*, l'autre de *NNN*.

Il s'agit, d'une part, d'un plan « *Rehaussement bretelle BBB-Plan de situation Réseaux* » et, d'autre part, d'une disquette « *Plans as-built du carrefour JJJ-OOO (Format : dwg)* ».

Le plan *HHH* contenait l'information de l'existence d'un réseau multitubulaire.

Dans sa lettre du 14 novembre 2001, KKK a averti la société DDD s.à r.l de ce qu'elle *devait absolument, avant le démarrage des travaux de terrassement, demander un marquage des câbles auprès des différents services de BBB* et que *le plan as built reprend seulement le levé des réseaux qui ont été modifiés lors des travaux du réaménagement du carrefour JJJ/OOO.*

Il n'est pas contesté que la société DDD a effectué, avant le sinistre, des sondages dans le trottoir le long du chantier rue JJJ pour déterminer la profondeur des câbles du réseau multitubulaire ; que les *sondages ont permis de situer les gaines électriques présentes dans le sable ainsi que le profil béton sous lequel était présent le multitubulaire endommagé par la suite* ; que ces informations, ensemble les plans *HHH* et *NNN* ainsi que la lettre KKK du 14 novembre 2001, ont été portés à la connaissance de la société AAA.

Forte de ces renseignements, la société AAA a entamé les travaux de forage en question.

Le sinistre eut lieu le 12 décembre 2001.

Après la survenance du sinistre, la société DDD effectua un sondage à côté du point d'impact qui révéla que *le multitubulaire n'était pas enfoui à la même profondeur sur toute la longueur de la rue, mais plus profondément que prévu sur une longueur de 10 mètres, le chantier faisant une centaine de mètres.*

Les experts TONNAR/REIS ont constaté que *suite au sinistre, l'entreprise AAA a fait des fouilles de sondages supplémentaires et a corrigé ses plans de coupes dans le terrain en représentant le réseau multitubulaire 65 kV à une profondeur réelle comprise entre 3 et 4 mètres.*

Il est vrai que le témoin MMM a confirmé dans son attestation testimoniale, dressée le 14 septembre 2004 en conformité du prescrit des articles 400 et suivants du Nouveau Code de procédure civile, que *quatre sondages ont été effectués dans le trottoir espacé à distance égale le long du chantier Rue JJJ,* sondages qui *ont permis effectivement de situer les gaines électriques posées dans le sable* (… …) et qu'*après communication du plan HHH, les 4 sondages préexistant ont été approfondis.*

Il n'en reste pas moins que les experts judiciaires TONNAR/SEIL ont constaté – lors de la visite des lieux tenue après le sinistre – que la société DDD n'avait pas exécuté des *fouilles de sondages très complètes*, qu'elle s'était limitée à *effectuer des fouilles sommaires qui ont mis à jour les réseaux à une faible profondeur (1 à 2 mètres) et signifié la présence de béton d'enrobage* et que si la société DDD *a pu croire qu'il s'agissait du réseau multitubulaire 65 kV,* elle n'avait cependant pas vérifié cet état des choses *en terrassant en profondeur jusqu'au niveau inférieur du béton ce qui lui aurait permis de s'assurer qu'il s'agissait ou non du réseau multitubulaire en question*.

Ceci est d'autant plus vrai que la société DDD n'était pas sans connaître l'existence de multitubulaires, alors qu'elle a reçu – avant le sinistre – le plan *HHH* no I-E610C et a constaté *sur les coupes types annexées la présence de multitubulaires posés dans le béton.*

Que la société DDD ait effectué des vérifications supplémentaires après la survenance du sinistre, est irrelevant.

La société DDD, professionnelle en la matière, sachant que les plans à sa disposition manquaient de précision, a péché par imprudence en ne s'adressant pas, avant le sinistre, à BBB aux fins de visiter les chambres de tirage, visite qui, aux dires des experts judiciaires TONNAR/REIS, lui aurait permis de *vérifier la profondeur exacte du réseau multitubulaire 65 kV.*

Même si l'expert COUNESON est d'avis qu'*une vérification à partir des chambres de tirage n'aurait rien pu révéler d'autre que la profondeur des tubes à l'endroit où ceux-ci débouchent dans les chambres* et qu'un *faisceau lumineux dirigé dans les tubes ne peut en effet éclairer au mieux que les premiers mètres de l'intérieur des tubes,* il n'en reste pas moins qu'une telle visite, ensemble l'éventuel emploi d'autres moyens techniques tels que le *traçage électromagnétique*, auraient pu éclairer la société DDD sur l'emplacement du réseau multitubulaire.

En agissant comme elle l'a fait, la société DDD – qui, en vertu des stipulations contractuelles était *mit der kompletten Herstellung der Baustelle beauftragt* et qui devait se renseigner sur *les implantations précises, enquêtes sur les ouvrages enterrés et leur déviation éventuelle* – a commis une faute en relation de cause à effet avec le sinistre dont s'agit.

Pour échapper à cette faute, la société DDD offre de prouver :

« que *contre toute attente le multitubulaire n'était pas enfoui à une même profondeur tout au long de la rue JJJ, mais que sur une longueur de +/- 10 m le multitubulaire était enfoui +/- 1 m plus bas et ceci pour une raison inconnue* ;

qu'*à moins d'avoir disposé de plans « as built » ou qu'au hasard un des sondages ait été effectué sur cette zone de 10 m (la longueur du chantier était de 100 m), il était tout à fait impossible de prévoir que le multitubulaire se trouvait à cette profondeur à cet endroit* ».

Dans son attestation du 14 mars 2004, le témoin MMM a précisé que *sur les 4 sondages effectués, le multitubulaire était bien toujours à la même profondeur* et que ce n'était que lors du sondage supplémentaire effectué après la survenance du sinistre au point d'impact qu'il s'est révélé que sur une longueur d'environ dix mètres le multitubulaire se trouvait situé à une profondeur plus basse que celle constatée lors des sondages effectués avant le sinistre.

Extériorité, imprévisibilité et irrésistibilité sont les caractères que doit revêtir l'événement pour constituer un cas de force majeure.

La condition d'imprévisibilité est donnée lorsque l'événement s'est produit quoique le responsable ait pris toutes les mesures requises pour éviter sa réalisation.

Il y a irrésistibilité lorsqu'aucune mesure n'aurait pu permettre d'éviter la réalisation de l'événement ou ses conséquences préjudiciables.

En l'occurrence, la société DDD, qui savait qu'il fallait *avant démarrage des travaux de terrassement, absolument demander un marquage des câbles* (cf : lettre du 14 novembre 2001 d'KKK), connaissait le risque qu'il y avait de percer les câbles en entamant les travaux de forage en l'absence de plans détaillés.

La société DDD ne saurait dès lors échapper à sa responsabilité en se prévalant d'une *pose totalement inattendue et imprévisible du multitubulaire au point d'impact.*

La responsabilité de la société DDD dans la genèse du sinistre est partant à retenir.

Le jugement dont appel est à confirmer quant à ce point.

C'est également à juste titre que les juges de première instance ont retenu la responsabilité de la société AAA, gardienne de la grue qui a percé les câbles, manœuvrée par un de ses ouvriers, sur base de l'article 1384 alinéas 1er et 3 du Code civil.

Il est acquis en cause que la société AAA savait que les plans et instructions lui soumis par la société DDD en vue des travaux de forage présentaient des failles. Elle n'ignorait pas que la société KKK avait mis en garde la société DDD quant au marquage des câbles par BBB.

La société AAA aurait dès lors dû redoubler de prudence en procédant à des investigations supplémentaires et en utilisant des moyens de détection plus adéquats afin de positionner de la manière la plus précise possible le réseau multitubulaire litigieux.

En se limitant aux investigations faites par la société DDD alors qu'elle les savait non complètes, la société AAA a fait preuve de peu de professionnalisme et doit en supporter les conséquences.

La situation factuelle telle que reprise ci-dessus démontre à suffisance qu'aucune cause exonératoire – qu'elle soit constituée par la faute de la victime ou d'un tiers – n'est donnée dans le chef de la société AAA de sorte que sa responsabilité dans la genèse du sinistre reste entière.

Le jugement entrepris est partant également à confirmer quant à ce point.

II) <u>Quant à l'indemnisation</u>

Le mode de réparation adopté par BBB consistait en la réalisation d'une *liaison provisoire* suivie d'une réparation définitive par le *remplacement pur et simple du câble en les jonctions existantes.*

L'Administration communale de BBB a réclamé le montant de 279.182, 54 € sinon le montant de 241.705,54 € à titre de *travaux et moyens de redressement nécessaires* ainsi que le montant de 157.190,66 € à titre de *mesures provisoires.*

Le tribunal a retenu que *si la pose d'un câble de 250 mètres aurait été moins onéreuse tout en constituant une solution techniquement suffisante, la pose de câbles de 500 m s'avère en fin de compte une alternative plus fiable et permet de replacer la requérante dans une situation identique à celle existant avant le sinistre.*

Le tribunal a donc alloué à l'Administration communale de BBB au titre de la réparation définitive le montant de 279.182,54 € représentant le coût de la pose de câbles de 500 mètres.

Le tribunal a fixé le montant réclamé à titre de mesures provisoires à 90.547,53 €, faisant siennes les conclusions des experts judiciaires TONNAR/REIS aux termes desquelles *le nouveau tronçon, avec des câbles de 20 kV, installé d'urgence dans l'attente de la remise en état définitive des câbles de 65 kV endommagés, aurait dû être probablement mis en place dans un avenir plus ou moins proche et qu'il constitue dès lors en fin de compte une plus-value pour l'Administration communale de BBB,* de sorte que *50 % des frais de base peuvent être*

considérés comme faisant partie du sinistre et 50 % comme investissement durable.

La société DDD a demandé en première instance l'institution d'une contre-expertise, motif pris de ce que l'expertise TONNAR/REIS ne ferait qu'avaliser la position de BBB.

En instance d'appel, la société DDD soutient que le *préjudice avalisé par les experts n'est pas en relation causale directe avec la prétendue faute par elle commise.* Elle maintient ses conclusions aux termes desquelles une réparation définitive ponctuelle aurait été concevable. Elle conteste la nécessité de l'installation d'une liaison provisoire. En tout état de cause, elle conteste le montant de 90.747,53 € alloué au titre de mesures provisoires à l'Administration communale de BBB.

L'appelante AAA critique les juges de première instance d'avoir méconnu le principe de la réparation intégrale du préjudice en accordant à l'Administration communale de BBB une indemnisation supérieure à son préjudice réel.

La société AAA conclut à voir constater, au regard des conclusions de l'expert COUNESON, que le mode de réparation pour lequel l'Administration communale de BBB a opté est inapproprié ; que les réparations provisoire et définitive telles que proposées par l'expert COUNESON auraient été suffisantes pour permettre le fonctionnement de l'installation électrique litigieuse de sorte que le montant à allouer à l'Administration communale de BBB devrait se limiter au montant total de [30.730 € (réparation provisoire) + 55.060 € (réparation définitive)] = 85.790 €.

La compagnie d'assurances EEE, venant également aux droits et obligations de FFF, conclut également à voir limiter le montant auquel l'Administration communale de BBB peut prétendre à titre d'indemnisation à 85.790 €.

L'Administration communale de BBB se prévaut du rapport d'expertise du Dr.-Ing. Rainer BADENT, dressé le 21 février 2008 en réponse aux conclusions de l'expert COUNESON, disant en résumé que « *Die durchgeführte Reparaturmassnahme war angemessen und im vorliegenden Fall die kostengünstigste. Die Reparaturkosten betrugen € 279.182,54 €* ».

En ce qui concerne les mesures provisoires, l'Administration communale de BBB est d'accord pour accepter un pourcentage de 50 % en rapport avec le préjudice et un pourcentage de 50 % en rapport avec un investissement avancé.

Appréciation

Présentement, *la réparation consistait en la restitution de la fonctionnalité de l'installation, c'est-à-dire, de la possibilité de transporter de l'énergie électrique par les liaisons souterraines 65 kV.*

Le temps de réparation, le coût de la réparation et la fiabilité de la réparation sont les critères qui déterminent le choix du mode de réparation.

L'urgence qu'il y a de rétablir la fonctionnalité d'une installation électrique endommagée nécessite souvent le recours à des mesures provisoires en attendant la réparation de la liaison de base, les installations provisoires devant être démontées une fois la liaison de base devenue opérationnelle (cf : rapport COUNESON)

Selon l'expert COUNESON, le mode de réparation retenu en l'occurrence, à savoir, l'installation d'une liaison provisoire et le remplacement du câble entre les jonctions existantes, ne se justifie pas par rapport aux critères qui sont retenus pour la détermination de la méthode de réparation.

L'expert COUNESON estime non justifiée l'installation d'une liaison provisoire d'un montant de 157.190,66 €. Une réparation provisoire (coût estimé à 30.730 €), qui aurait consisté dans *l'élimination d'une courte longueur de câble (de l'ordre de 80 à 90 mètres) entre le défaut et J15 et le remplacement de cette longueur par du câble neuf et la réalisation de deux jonctions pour relier ce nouveau tronçon au câble en place* », aurait été plus adéquate.

Il précise qu'il n'y avait *aucune raison de rejeter une solution de réparation qui conduit à placer une ou deux jonctions de plus par circuit*, *l'augmentation de risque de perte de l'alimentation du plateau du BBB* – le cas échéant entraînée par cette façon de procéder – *aurait été négligeable.*

En tout état de cause, comme la liaison provisoire a toujours fonctionné en 2007, l'expert COUNESON estime qu'elle n'est plus à considérer comme constituant une liaison provisoire destinée à *apporter la sécurité d'alimentation nécessaire pendant le temps des travaux de réparation* mais comme un investissement anticipé, *seuls les frais de mise en oeuvre en week-end et les intérêts intercalaires* pouvant *être portés à charge de l'incident.*

L'expert COUNESON évalue le coût de la *remise en service définitive – mode opératoire quasi identique à celui de la réparation provisoire* – au montant de 55.000 €.

Il conclut que le remplacement du *tronçon dégradé entre J15 et l'endroit du défaut était largement satisfaisant par rapport aux critères de temps de récupération, de fiabilité et de coût.*

Il soutient que si on devait retenir la *réparation définitive* telle que proposée par les experts TONNAR/REIS, il y aurait lieu de *déduire* du montant retenu à ce titre par les experts TONNAR/REIS *la valeur des câbles retirés des tubes.*

L'expert BADENT précise que « (… …) *Bei dem beschädigten KABEL handelt es sich um die Verbindung « A » nach « BBB B ». Diese 65kV-Verbindung ist die einzige zuverlässige Versorgungsmöglichkeit des Viertels BBB-Süd.* (… …). *Die Verbindung ist für die zuverlässige Energieversorgung von äusserster Wichtigkeit.* (… …). *Vom technischen Standpunkt ausgesehen handelt es sich bei der installierten Anlage um eine quasi ideale Anlage. Beim Bau und bei der Installation wurden keine Kosten und Mühen gescheut*. (… …). *Eine derartige Anlageauslegung wird nur bei extrem wichtigen (für die sichere elektrische Energieversorgung) Verbindungen gefordert*. (… …). *Die Kabelanlage hätte man auch deutlich kostengünstiger bauen können, allerdings nicht auf diesem hohen technischen Niveau mit einer solch hohen zu erwarteten Verfügbarkeit*. (… …) ».

L'expert BADENT explique que « (… …) *Unmittelbar nach dem Schaden erfolgte die Energieversorgung über Niederspannungsnetze und das 20 kV-Kabelsystem. Die Versorgung war allerdings recht labil und bot keinerlei Sicherheiten und Reserven mehr.* (… …). *Bei einem Ausfall des 20 kV-Kabels wären Teile der Stadt BBB ohne elektrische Energie gewesen mit entsprechend verheerenden Folgen (Ausfall der Heizungen etc)*. (… …). *Als Provisorium wurden in die vorhandenen Leerrohre 20 kV-Kabel eingezogen und somit ein zweites Parallelsystem installiert. Diese Installation musste sehr schnell erfolgen, deshalb wurde hierbei auch am Wochenende gearbeitet mit entsprechenden Zuschlägen.* (… …) ».

L'expert BADENT rejoint les conclusions des experts TONNAR/REIS en ce sens que « (… …) *je weniger Muffen, desto weniger Schwachstellen (potentielle Fehler), desto sicherer bzw. verfügbarer die Anlage* ».

Il réfute le mode de réparation proposé par l'expert COUNESON, consistant à « *das Kabel über eine Länge von 80-90 cm auszutauschen* », alors qu'une réparation qui devait entraîner « *3 zusätzliche Muffen, kann bestenfalls als « Flickwerk » bezeichnet werden* ». Même si – en pareil cas – le coût de la réparation avait été largement inférieur au montant qui a été déboursé par l'Administration communale de BBB, « *so wiegt* – selon l'expert BADENT – *dies bei weitem nicht den Qualitätsverlust der Anlage auf, so dass diese Reparaturvariante verworfen werden muss* ».

Il est de principe que la réparation du préjudice doit mettre la partie lésée dans la même situation dans laquelle elle se serait trouvée au jour où la réparation est ordonnée, si la faute n'avait pas été commise.

Le préjudice est à réparer in concreto. Les montants alloués à la victime au titre d'indemnisation doivent réparer le préjudice subi sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit. Les frais inutiles et frustratoires ne donnent pas lieu à remboursement.

En l'occurrence, de tels frais n'existent pas.

Il se déduit des considérations qui précèdent que le coût de la réparation définitive (279.182,54 €) correspond au mode de réparation qui a été nécessaire pour remettre l'Administration communale de BBB en possession d'une installation correspondant en tous points – niveau, qualité et standing – à celle qui existait avant le sinistre.

Le montant de 279.182,54 € est partant à allouer à l'Administration communale de BBB sans qu'il y ait lieu d'en déduire un quelconque montant au titre de la *valeur des câbles retirés des tubes* (cf : conclusions COUNESON), pareille *valeur* laisse en effet d'être chiffrée par l'expert.

La Cour se rallie tant aux conclusions des experts TONNAR/REIS qu'aux conclusions de l'expert BADENT, consistant à retenir que le fait de placer d'urgence une nouvelle ligne 20kV qui, vu sa grande fiabilité, a stabilisé l'alimentation en énergie électrique des quartiers du BBB, correspond à un mode de réparation provisoire adapté aux circonstances factuelles.

Tous les experts sont cependant d'avis que le coût de ces mesures provisoires n'est à attribuer que pour partie au sinistre du 12 décembre 2001.

Les experts TONNAR/REIS estiment que *les frais pour la mise en place de cette mesure provisoire, qui restera après sinistre un investissement durable, pourraient être équitablement partagés comme suit : les suppléments payés pour heures samedi et dimanche font partie intégrante du sinistre. 50% des frais de base sont à imputer comme étant un investissement durable, une plus-value du réseau, investissement qui n'était pas demandé à l'heure actuelle, mais qui peut très bien servir.*

Cette clef de répartition ne constitue qu'une simple proposition des experts TONNAR/REIS, prise dans un souci d'équité.

La Cour rejoint, à ce titre, les conclusions des experts COUNESON et BADENT, adoptant pour la ventilation du dommage des données objectives.

Le coût à imputer au sinistre est le coût supplémentaire pour une mise en œuvre anticipée de la liaison litigieuse, comprenant les frais exposés en raison des travaux effectués le week-end ainsi que les intérêts *intercalaires* du montant de l'investissement entre le moment où

la liaison provisoire a été installée et celui où cet investissement devait de toute façon se faire.

Conformément au calcul de l'expert BADENT, ce montant s'élève à 31.742,44 € qui, non contesté matériellement, est partant à allouer à l'Administration communale de BBB à titre d'indemnisation des mesures provisoires.

Le jugement a quo est partant à réformer sur ce point.

III) Quant à la couverture d'assurance

Le tribunal a refusé à la société DDD et à la société AAA la prise en charge de l'indemnisation par leurs assureurs respectifs en se basant sur la clause d'exclusion insérée dans chaque contrat d'assurance, de la teneur suivante :

« *Sous peine de non-assurance :*

- *Le preneur d'assurance est tenu de se renseigner auprès des services compétents sur l'emplacement exact des conduites souterraines.*

- *Le preneur d'assurance ne pourra commencer ses travaux que lorsqu'il aura obtenu de la part des services compétents des indications précises sur l'emplacement des câbles ou conduites* ».

Pour statuer ainsi, le tribunal a dit que la société DDD et la société AAA, en omettant de s'entourer de renseignements plus précis avant de commencer les travaux de forage, sachant que les plans à leur disposition étaient incomplets, n'ont pas rempli leurs obligations découlant de leur contrat d'assurance respectif.

La Cour fait sienne cette motivation, aucun argument solide n'ayant été avancé en instance d'appel qui permettrait de s'en écarter.

IV) Quant à l'indemnité de procédure relative à l'instance d'appel

Il y a lieu de débouter les parties respectives de leurs demandes en obtention d'une indemnité de procédure, alors qu'il ne paraît pas inéquitable de laisser à chacune d'elles les sommes exposées par chacune d'elles et non comprises dans les dépens.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, sur rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit l'appel relevé par la société DDD ;

reçoit l'appel relevé par la société AAA ;

les joint ;

donne acte à la compagnie d'assurances EEE de ce qu'elle reprend l'instance introduite à l'encontre de la compagnie d'assurances FFF ;

dit les appels partiellement fondés ;

réformant :

dit la demande de l'Administration communale de BBB fondée et justifiée jusqu'à concurrence du montant de (279.182,54 € + 31.742,44) = 310.924,98 € + TVA ;

condamne la société DDD et la société AAA in solidum à payer le montant de 310.924,98 € + TVA à l'Administration communale de BBB avec les intérêts légaux à partir du 12 décembre 2001, jour du sinistre, jusqu'à solde ;

confirme pour le surplus ;

déboute les parties respectives de leurs demandes en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

condamne la société DDD et la société AAA in solidum aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Jean WAGENER, de Maître René DIEDERICH, de Maître Franz SCHILTZ et de Maître James JUNKER qui la demandent, affirmant avoir fait l'avance des frais et dépens.