Arrêt commercial

Audience publique du vingt-huit avril deux mille dix.

Numéro 34436 du rôle.

Composition :

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

E n t r e :

1) AAA , *pensionné, demeurant à L-1363 Luxembourg, 20 rue Couvent ;*

2) la société à responsabilité limitée BBB, *établie et ayant son siège social à TTT, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……, représentée par son ou ses gérants actuellement en fonctions,*

appelants *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 23 décembre 2008,*

sub 1) et 2) comparant par Maître Alain GROSS, avocat à Luxembourg ;

e t :

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

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

intimées *aux fins du prédit exploit ENGEL,*

comparant par Maître Christian POINT, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Faits et Rétroactes

Le 20 mars 2000, AAA, en sa qualité de maître d'ouvrage, et EEE, en sa qualité d'architecte, ont conclu en vue de la construction d'un immeuble à trois étages à WWW (VVV), un *contrat d'architecte* aux termes duquel *l'architecte s'engage à fournir les prestations suivantes :*

** Recherche des données : extraits et plans cadastraux, règlement des bâtisses*
** Avant-projet. Définition du problème*
** Projet (intégration des composantes du projet) Développement du parti définitif*
** Autorisations. Préparation des documents et plans servant aux demandes d'autorisations*
** Projet d'exécution. Etablissement des plans d'exécution.*
** Calcul et introduction du cadastre vertical*

Le 8 novembre 2000, Madame la Bourgmestre de la Commune de WWW, constatant une violation par AAA de l'autorisation de bâtir lui délivrée le 8 juin 2000, a, au regard de son absence de prise de position dans le délai lui imparti, ordonné par décision du 28 novembre 2000 la fermeture du chantier avec effet immédiat.

Reprochant à EEE d'avoir dressé des *plans erronés* et de n'avoir pas établi de cadastre vertical, AAA et la société BBB ont, par exploit d'huissier du 28 novembre 2000, assigné EEE devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière civile, pour y voir engager sa responsabilité contractuelle sinon quasi-délictuelle et pour l'y entendre condamner au paiement du montant de 4.000.000 francs luxembourgeois en réparation du préjudice leur accru.

Par jugement du 30 mai 2001, le tribunal a déclaré la demande de AAA et de la société BBB non fondée, faute par eux d'avoir établi une faute concrète de l'architecte en rapport avec les plans par lui dressés.

De ce jugement, AAA et la société BBB ont relevé appel et par arrêt du 12 décembre 2002 la Cour a nommé expert Monsieur Gilles KINTZELE avec la mission *de vérifier si les plans exécutés par EEE*

sont conformes aux règles de l'art, d'analyser les griefs formulés par les appelants et de se prononcer sur leur bien-fondé, d'évaluer le préjudice subi par les appelants.

Par arrêt du 14 avril 2005, la Cour – au regard du rapport d'expertise Jean-Claude HENGEN, dressé le 7 octobre 2004 en exécution de l'arrêt du 12 décembre 2002 – a dit que *les reproches des appelants sont justifiés* et que *les travaux d'architecte ont été mal exécutés* et a évalué le préjudice en résultant à la somme totale de 74.208,13 €. La Cour a condamné EEE à payer à AAA le montant de 37.104,06 € et à la société BBB le montant de 37.104,06 €, chaque fois avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice, jusqu'à solde. EEE a en outre été condamné à payer à chacune des parties appelantes une indemnité de procédure de 500 €.

N'ayant par la suite reçu aucun paiement de la part de EEE, AAA et la société BBB ont :

1) par exploit d'huissier du 6 septembre 2005, fait donner assignation à la compagnie d'assurances CCC à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour l'y entendre condamner au paiement du montant de 93.962,57 €, suivant décompte du 20 avril 2005, avec les intérêts légaux à échoir depuis le 15 mai 2005, et

2) par exploit d'huissier du 28 décembre 2007, fait donner assignation à la compagnie d'assurances DDD à comparaître devant le même tribunal pour l'y *entendre déclarer débitrice envers les parties demanderesses à hauteur de 20% du préjudice subi et constaté par l'arrêt de la Cour d'appel du 14 avril 2005 à savoir la somme de 74.208,13 € à majorer des intérêts légaux à échoir depuis le 28.11.2000, partant l'assignée condamner au paiement de la somme de 74.208,13 €*, augmentée des intérêts.

Les parties demanderesses ont fait exposer que EEE était assuré auprès des parties assignées en responsabilité civile professionnelle ; que la compagnie d'assurances CCC aurait été *présente lors d'une première réunion avec l'expert KINTZELE en mai 2001* ; que *les défenderesses étaient au courant de la procédure introduite contre EEE* ; qu'elles *auraient pu respectivement dû intervenir dans cette procédure* ; que *l'ensemble de la procédure menée contre EEE leur est opposable.*

Les compagnies d'assurances CCC et DDD ont résisté à la demande, arguant que seule l'activité d'architecte de EEE serait couverte par le contrat d'assurance conclu entre parties ; qu'il se serait *avéré très vite, notamment suite à l'intervention de Gilles KINTZELE à titre d'architecte-conseil pour les assureurs que la majeure partie des revendications adverses portaient sur des prestations de EEE qui sont*

étrangères à l'activité d'architecte, mais relèvent du domaine de l'ingénierie civile.

Les compagnies d'assurances CCC et DDD ont conclu à l'inopposabilité à leur égard tant des arrêts des 12 décembre 2002 et 14 avril 2005 que de l'expertise Jean-Claude HENGEN.

Elles ont en outre fait plaider que AAA et la société BBB n'ont pas prouvé en quoi l'activité d'architecte de EEE leur aurait causé un préjudice.

Elles se sont prévalues de la limite contractuelle fixée à 10.000.000 francs luxembourgeois, d'une franchise de10 % avec un minimum de 50.000 francs luxembourgeois et un maximum de 250.000 francs luxembourgeois par sinistre.

Le jugement entrepris et les moyens des parties

Par jugement du 20 novembre 2008, le tribunal, après avoir joint les deux demandes, les a déclarées non fondées et a condamné AAA et la société BBB aux frais et dépens de l'instance.

Pour décider ainsi, le tribunal a – en substance – :

- dit que l'arrêt du 14 avril 2005 n'est pas opposable aux compagnies d'assurances CCC et DDD, étant donné que celles-ci n'ont pas été parties ni appelées à cette instance et qu'il n'est pas établi qu'elles aient assuré la direction du procès ;

- décidé qu'il appartient dès lors à AAA et à la société BBB de rapporter la preuve des fautes commises par l'architecte EEE, le lien de cause à effet entre les fautes commises par l'architecte et le dommage en résultant pour les parties demanderesses ainsi que l'étendue exact de ce dommage.

- refusé d'écarter des débats le rapport d'expertise Jean-Claude HENGEN, établi le 30 août 2004, *dans la mesure où il a été librement débattu et commenté entre parties qui avaient d'ailleurs toutes les possibilités de soutenir leur version des faits par d'autres éléments de preuve* ;

- constaté que selon l'expertise HENGEN du 30 août 2004 les plans dressés par EEE ne sont pas conformes aux règles de l'art sur un certain nombre de points ;

- constaté qu'il ressort du rapport d'expertise HENGEN que l'ensemble des erreurs concernent les *« plans d'ingénieur »* et constituent *« des erreurs flagrantes effectuées au niveau de l'ingeneering qui n'est pas le métier d'un architecte mais bien celui d'un ingénieur civil »* ;

- dit que les fautes que EEE a pu commettre dans le cadre des plans d'ingénierie ne sont pas couvertes par la garantie d'assurance contractuelle conclue avec les compagnies d'assurances CCC et DDD ;

- dit, relativement aux « plans d'architecte », que les discordances constatées par l'expert HENGEN entre les plans d'architecte et les constructions effectivement réalisées n'ont entraîné aucun préjudice matériel dans le chef de AAA et de la société BBB,

- retenu – entre autres – qu'il n'est ni établi ni offert en preuve que *les parties au contrat d'architecte aient convenu d'une date déterminée pour l'introduction du cadastre vertical ou que les demandeurs originaires aient mis en demeure l'architecte de produire le cadastre vertical dans un délai déterminé* ;

- décidé que *ni la relation causale entre les manquements de EEE et le préjudice allégué par les demandeurs, ni le montant de ce préjudice, ne sont établis à suffisance de droit*.

De ce jugement, AAA et la société BBB ont régulièrement relevé appel par exploit de l'huissier de justice Guy Engel du 23 décembre 2008.

Ils concluent par réformation du jugement entrepris à la condamnation des compagnies d'assurances CCC et DDD au paiement du montant de 93.962,57 € et, au besoin, à voir ordonner le partage de cette somme au profit de chaque partie appelante, le tout avec les intérêts à échoir depuis le 15 mai 2005, jusqu'à solde.

Ils réclament, chacun, une indemnité de procédure de 1.500 € pour la première instance et, chacun, une indemnité de procédure de 1.500 € pour l'instance d'appel.

Au soutien de leur appel, AAA et la société BBB font valoir que les juges de première instance ont, à tort, fait droit à l'exception tirée de la non-couverture d'assurance au motif que les fautes reprochées à EEE relèveraient exclusivement de l'activité de l'ingénieur.

Ils soulignent avoir fait appel à EEE *pour l'établissement de plans en vue de l'obtention de l'autorisation de bâtir et dans une phase ultérieure pour l'établissement de plans d'exécution en vue d'assurer la réalisation de la construction sur base des plans autorisés par l'administration communale.*

Ils estiment que les travaux réalisés par EEE rentrent dans le cadre des activités d'un architecte.

Ils insistent sur le fait qu'*une fois les travaux de constructions en cours, les plans d'exécution, c'est-à-dire la réalisation de la construction*

sur base des plans autorisés, ne pouvaient techniquement être mis en œuvre et que des corrections importantes s'imposaient pour rendre les plans conformes à des réalités techniques notamment par le contrôle FFF et par l'entreprise de construction.

Ils reprochent en outre aux juges de première instance de n'avoir pas retenu la responsabilité de EEE en rapport avec la non-réalisation du cadastre vertical.

Les compagnies d'assurances CCC et DDD concluent à voir débouter les parties appelantes de l'intégralité de leurs demandes.

Discussion

Le 7 décembre 1998, EEE a conclu une police d'assurance « *Responsabilité civile générale* » qui *garantit le preneur d'assurance contre les conséquences pécuniaires de la responsabilité en sa qualité de Bureau d'architecte*, sous réserve des limites de garantie et de la franchise.

La police d'assurance constitue une co-assurance, les garanties et primes se répartissant entre la compagnie d'assurances CCC (80%) et la compagnie d'assurances DDD (20%).

Les compagnies d'assurances CCC et DDD soutiennent que EEE a été investi, en sa qualité d'architecte, d'une mission limitée, que les fautes actuellement lui reprochées par les parties appelantes n'entrent pas dans le champ d'activité d'un architecte de sorte que les sinistres en relation avec ces prétendues fautes ne sont pas couverts par la police d'assurance souscrite par EEE.

Les compagnies d'assurances CCC et DDD réitèrent leur moyen tiré de la non-couverture d'assurance et concluent à l'inopposabilité à leur égard tant des arrêts rendus les 12 décembre 2002 et 14 avril 2005 que du rapport d'expertise Jean-Claude HENGEN dressé en exécution de l'arrêt du 12 décembre 2002. Ils soutiennent, dans un ordre d'idées subsidiaires, que le rapport HENGEN ne fait autre chose que de mettre en évidence que EEE s'est livré à une activité d'ingénieur qui n'est pas couverte par la police d'assurance.

Conformément à l'article 92.1 de la loi du 27 juillet 1992 sur le contrat d'assurance, *aucun jugement n'est opposable à l'assureur, à l'assuré ou à la personne lésée que s'ils ont été présents ou appelés à l'instance. Toutefois, le jugement rendu dans une instance entre la personne lésée et l'assuré est opposable à l'assureur, s'il est établi qu'il a, en fait, assumé la direction du procès*.

L'article 82 de la même loi prévoit qu'*à partir du moment où la garantie de l'assureur est due, et pour autant qu'il y soit fait appel, celui-ci a l'obligation de prendre fait et cause pour l'assuré dans les limites de la garantie.*

L'obligation de l'assureur de défendre l'assuré contre les réclamations du tiers joue donc à partir du moment où la garantie est due et seulement dans les limites de la garantie. L'intervention de l'assureur suppose que le litige soit relatif à la responsabilité couverte.

En l'occurrence, les compagnies d'assurances CCC et DDD admettent avoir été informées *au courant de l'année 2000 d'une multitude de problèmes opposant EEE* et les actuelles parties appelantes et avoir chargé l'expert Gilles KINTZELE de la vérification de la nature des difficultés rencontrées sur le *chantier AAA* afin de déterminer s'il y a lieu à couverture conformément aux stipulations de la police d'assurance souscrite par leur assuré.

Il est acquis en cause que cette vérification n'a pas été menée jusqu'à son terme, étant précisé que AAA et la société BBB n'avaient réservé aucune suite à la lettre de Gilles KINTZELE du 28 décembre 2000 leur demandant la production d'un certain nombre de pièces et documents.

Il n'est établi par aucun élément du dossier que les compagnies d'assurances CCC et DDD aient pris en mains la défense de EEE ou aient dirigé à sa place le procès intenté à son encontre par exploit d'huissier du 28 novembre 2000, acte qui, par ailleurs, n'a jamais été notifié à l'assureur.

Les compagnies d'assurances CCC et DDD n'ont jamais mené – eut-il été de manière occulte – la procédure engagée à l'encontre de EEE.

A cela s'ajoute que les intérêts des compagnies d'assurances CCC et DDD n'ont jamais coïncidé, celles-ci ayant dès 2000 contesté que les sinistres invoqués par AAA et la société BBB se trouvent couverts par la police d'assurance souscrite par EEE. Le fait que l'expert Gilles KINTZELE ait participé en 2000 à l'une des réunions entre parties pour vérifier la nature exacte des sinistres invoqués ne change rien à cet état des choses.

Etant donné que les compagnies d'assurances CCC et DDD n'ont été ni présentes ni appelées à l'instance introduite par acte d'huissier du 28 novembre 2000 à l'encontre de EEE et n'ont pas non plus été les maîtres de la défense de celui-ci, il y a lieu de dire que les arrêts des 12 décembre 2002 et 14 avril 2005 rendus entre AAA , la société BBB et EEE sont inopposables aux compagnies d'assurances CCC et DDD.

Comme l'ont correctement retenu les juges de première instance, il appartient dès lors à AAA et à la société BBB de prouver que les

sinistres par eux invoqués se sont produits dans les conditions prévues au contrat d'assurance et d'établir la réalité des fautes commises par EEE en relation de cause à effet avec le préjudice prétendument accru aux actuelles parties appelantes.

Pour ce faire, AAA et la société BBB se réfèrent à l'expertise Jean-Claude HENGEN du 30 août 2004.

Les compagnies d'assurances CCC et DDD jugent ce rapport *inutilisable*, étant donné qu'elles n'ont pas été présentes aux opérations d'expertise et n'ont donc pas pu présenter leurs observations à l'expert.

Le principe du contradictoire exige qu'une personne puisse présenter ses observations au cours de l'élaboration même du rapport.

L'inopposabilité de l'expertise Jean-Claude HENGEN aux compagnies d'assurances CCC et DDD résulte du défaut de participation ou de représentation de celles-ci aux opérations d'expertise.

On ne saurait en effet – pour savoir si garantie est due par les compagnies d'assurances CCC et DDD – se baser sur une expertise ordonnée dans le cadre d'une instance judiciaire dans laquelle celles-ci n'étaient pas parties et dont elles contestent l'opposabilité (Cour de cassation, 8 décembre 2005, numéro 2226 du registre).

Le rapport HENGEN étant à déclarer inopposable aux compagnies d'assurances CCC et DDD , il y a lieu à institution d'une nouvelle expertise avec la mission plus amplement spécifiée au dispositif du présent arrêt.

En l'état actuel des choses, il y a lieu de réserver tous autres moyens et droits des parties, les demandes en obtention d'une indemnité de procédure ainsi que les frais.

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 ;

avant tout autre progrès en cause, nomme expert Monsieur Louis WEISGERBER, demeurant à …, avec la mission de concilier les parties si faire se peut, sinon dans un rapport écrit et motivé :

- *de décrire la nature de la mission ayant incombé à l'architecte EEE en vertu du contrat d'architecte conclu le 20 mars 2000 ;*

- *de préciser si cette mission relève de la compétence d'un « bureau d'architecte » ;*

- *de vérifier si les prétendues fautes commises par l'architecte EEE sont liées à sa mission d'architecte telle que définie dans le contrat d'architecte du 20 mars 2000 ;*

- *de vérifier si l'établissement du cadastre vertical fait partie du rôle de l'architecte ;*

- *de vérifier si l'établissement des plans d'exécution suite à l'établissement des plans de construction fait partie de la mission d'un architecte ou d'un ingénieur ;*

- *de vérifier si les erreurs prétendument commises dans les plans dressés par l'architecte EEE ayant prétendument conduit à une perte de surface habitable dans la résidence GGG à VVV relèvent de l'activité d'architecte ou d'ingénieur ;*

- *de déterminer le dommage prétendument accru à AAA et à la société BBB suite aux fautes commises dans le cadre de l'activité d'architecte de EEE ;*

- *de chiffrer l'étendue de ce préjudice.*

fixe à 2.000 € le montant de la provision à avancer par AAA et par la société BBB ;

charge Madame la première conseillère Annette GANTREL du contrôle de cette mesure d'instruction;

dit que si les honoraires de l'expert devaient dépasser le montant de la provision versée, il devra en avertir ledit magistrat et ne continuer ses opérations qu'après consignation d'une provision supplémentaire;

dit que si l'expert rencontre des difficultés dans l'exécution de sa mission, il devra en référer au même magistrat;

dit que l'expert devra déposer son rapport au greffe de la Cour le 15 juillet 2010 au plus tard;

réserve tous autres moyens et droits des parties, les demandes en obtention d'une indemnité de procédure ainsi que les frais.