

MCS/KG

MINUTE N°

737/13

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS
COUR D'APPEL DE COLMAR
PREMIERE CHAMBRE CIVILE - SECTION A

ARRET DU 06 Novembre 2013

Numéro d'inscription au répertoire général : 1 A 11/03748

Décision déferée à la Cour : 28 Mars 2011 par le TRIBUNAL DE GRANDE
INSTANCE A COMPETENCE COMMERCIALE DE STRASBOURG

Copie exécutoire à

- Me Anne CROVISIER

- I a S E L A R L
WEMAERE-LEVEN-LAISSUE

- Me Noura TASSEL-BENCHABANE

- Me Marion BORGHI de la SCP
CAHN G./CAHN T./BORGHI

APPELANT :

Monsieur K
: 67770 DALHUNDEN

Représenté par Me Anne CROVISIER, avocat à la Cour
Plaidant : Me HECKER, avocat à STRASBOURG

Le 6 novembre 2013

Le Greffier



INTIMEES :

SAS W
67204 ACHENHEIM

Représentée par Me Anouk LEVEN-EDEL de la SELARL
WEMAERE-LEVEN-LAISSUE, avocat à la Cour
Plaidant : Me l'HUILLIER, avocat à NANCY

SA M
72030 LE MANS CEDEX 09

Représentée par Me Noura TASSEL-BENCHABANE, avocat à la Cour
Plaidant : Me ROEHRIG, avocat à COLMAR

SARL K GMBH Société de droit allemand K GMBH
76777 NEUPOTZ/ (Allemagne)

Mutualité G
50969 KOLN/ (Allemagne)

Représentées par Me Marion BORGHI de la SCP CAHN G./CAHN T./BORGHI,
avocat à la Cour
Plaidant : Me LECHLER, avocat à PARIS

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 02 Octobre 2013, en audience publique, devant la Cour
composée de :

M. VALLENS, Président de Chambre
Mme SCHNEIDER, Conseiller, entendu en son rapport
Mme ROUBERTOU, Conseiller

qui en ont délibéré.

Greffier, lors des débats : Mme MUNCH-SCHEBACHER,

ARRET :

- Contradictoire
- prononcé publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du Code de Procédure Civile.
- signé par M. Jean-Luc VALLENS, Président et Mme Christiane MUNCH-SCHEBACHER, Greffier, auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

En cours d'année 1995, la SAS W a souhaité étendre ses bâtiments de production et réaménager les surfaces de circulation et de stockage sur le site de son usine de fabrique de briques à BETSCHDORF.

Elle a confié à l'entreprise de M. K les travaux de pavage et de pose de bitume.

Les travaux achevés en 1996 portaient sur une surface pavée de 24.837 m² et sur 3.700 m² de pose d'enrobé.

Après l'hiver 1996/97, il a été constaté des déformations au niveau de la zone pavée.

M. K et la société de droit allemand K fournisseur du matériau de remblai dénommé "frostschutz" ont fait intervenir leurs assureurs respectifs et après une expertise contradictoire, M. K a repris les travaux d'un commun accord entre les parties et la compagnie d'assurance G assureur de la société K a pris en charge 55 % du coût des réfections.

Ces travaux de reprise ont consisté en l'enlèvement du matériau de remblai frostschutz dans les seules zones affectées d'un affaissement sans qu'il n'y ait une purge totale de ce matériau.

De nouveaux désordres sont apparus après l'hiver 2002 dans les surfaces censées être réparées mais également dans d'autres zones présentant des affaissements.

La SAS W a sollicité et obtenu par ordonnance en référé du 25 février 2003 la désignation d'un expert M. H

L'expert désigné a conclu en substance que les désordres étaient liés à des défauts dans la phase de conception et de l'exécution des travaux et à l'utilisation du matériau de remblai frostschutz non conforme à la réglementation française et à l'usage qui en a été fait, que les travaux de réfection de la zone pavée pouvaient être chiffrés à 475.000 € HT et les préjudices accessoires à 23.000 € et que la responsabilité des désordres pouvait être répartie à raison de 20 % restant à la charge de la SAS W qui n'avait pas fait appel à un maître d'oeuvre et n'a pas communiqué les informations relatives au trafic, de 70 % à la charge de M. K, et de 10 % à la charge de la société K

La SAS W a accepté les conclusions de l'expert.

Sur la base de ce rapport d'expertise, la SAS W a obtenu par ordonnance de référé du 5 octobre 2006, l'autorisation d'effectuer les travaux de réfections urgents à ses frais avancés, travaux qui ont été effectués par l'entreprise H au cours des deuxième et troisième trimestres 2007.

Parallèlement, la SAS W a fait assigner devant le Tribunal de Grande Instance de STRASBOURG M. K, son assureur la SA M venant aux droits de la compagnie A Assurance, la société de droit allemand K GmbH et son assureur la compagnie d'assurance G pour obtenir leur condamnation à réparer le préjudice subi.

Elle demandait que M. K et la société K GmbH soient déclarés solidairement responsables du sinistre relatif à la zone pavée pour 80 %, et condamnés à lui payer la somme de 368.000 € pour les travaux de réfection des pavés, de 18.400 € pour les préjudice annexes.

S'agissant de la zone bitumée non couverte par les opérations d'expertise, elle demandait que M. K soit déclaré entièrement responsable des désordres, et condamné in solidum avec son assureur au paiement de la somme de 133.444,50 € correspondant au devis de l'entreprise H.

La société K et son assureur la société G ont conclu à l'irrecevabilité et au rejet des demandes et ont formé un appel en garantie contre M. K et son assureur la SA M

M. K a formé un appel en garantie contre son assureur la SA M et contre la société K et la société G.

La SA M a dénié sa garantie et subsidiairement a opposé un plafond de garantie.

Par jugement du 28 mars 2011, le Tribunal de Grande Instance de STRASBOURG a :

1) sur la demande principale formée par la SAS W

-débouté la SAS W de sa demande formée contre la société la société K GmbH et la société G

-condamné M. K à payer à la SAS W la somme de 374.812,49 € au titre de la réfection de la zone pavée et 18.400 € au titre des préjudices annexes

-condamné la société M, assureur de M. K, in solidum avec M. K à payer à la SAS W la somme de 135.490 € de dommages-intérêts au titre de la zone bitumée

-condamné M. K et la SA M in solidum à payer à la SAS W la somme de 8.000 € en application de l'article 700 du Code de Procédure Civile

G
700 - -condamné in solidum M. K et la SA M à payer à la société K et à la somme de 5.000 € en application des dispositions de l'article

-condamné in solidum M. K et la SA M aux entiers frais et dépens y compris les frais d'expertise, de référé expertise et de référé en autorisation d'exécution des travaux urgents

2) sur les appels en garantie formés par M. K et son assureur la SA M contre la société K GmbH et son assureur G

-déclaré les appels en garantie irrecevables

-condamné M. K à payer à la société K et à la société G la somme de 2.000 € en application des dispositions de l'article 700 du Code de Procédure Civile

-condamné la SA M à payer à la société K et la société G la somme de 2.000 € en application de l'article 700 du Code de Procédure Civile

-condamné M. K et la SA M aux dépens des appels en garantie

3) sur l'appel en garantie de M. K contre la société la SA M

-condamné la SA M à garantir M. K de la condamnation principale au profit de la SAS W pour la somme de 135.490,72 € avec intérêts au taux légal à compter du jugement

-condamné la SA M à garantir M. K de la totalité des condamnations prononcées à son encontre dans le cadre de l'instance principale au titre des frais et dépens et de l'indemnité pour frais irrépétibles allouée à la SAS W

-condamné la SA M à payer à M. K la somme de 2.000 € en application des dispositions de l'article 700 du Code de Procédure Civile

-condamné la SA M aux entiers dépens de l'appel en garantie

M. K a régulièrement interjeté appel de ce jugement.

Vu les dispositions de l'article 455 du Code de Procédure Civile,

Vu les conclusions de l'appelant M. K déposées au greffe le 29 mai 2012 tendant à l'infirmer le jugement déféré. à ce que la Cour dise et juge que la quote-part de responsabilité à la charge de la SAS W doit être de 40 %, dise et juge que dans les rapports entre l'entreprise M. K et la société K, respectivement son assureur, la responsabilité résiduelle doit être partagée à raison de 45 % à la charge de M. K et de 55 % à la charge de

la société K , dise et juge que seul un montant de 260.650,04 € peut être alloué à la SAS Wi , subsidiairement un montant de 244.125,80 € , confirme le jugement en ce qu'il a admis une réception tacite des ouvrages et jugé que la garantie souscrite auprès de la SA M) lui est acquise, dise et juge que le plafond de garantie est nul et de nul effet, condamne la SA M à le tenir quitte de toute condamnation pouvant être prononcée contre lui dans le cadre de cette procédure, condamne solidairement la société K et la société G à le tenir quitte et indemne de toute condamnation dans la limite de sa part de responsabilité. et condamne la SAS Wienerberger la SA M la société K et la société G à lui payer chacune une somme de 2.000 € en application de l'article 700 du Code de Procédure Civile, en sus des frais et dépens de procédure d'appel,

Vu les conclusions de l'intimée la SAS W reçues au greffe le 17 décembre 2012 tendant au rejet de l'appel et sur son appel incident, a ce que la Cour déclare M. K responsable des désordres affectant la zone pavée et de la zone bitumée, le condamne à lui payer la somme de 135.490,72 € au titre des désordres de la zone bitumée , condamne la SA M in solidum avec M. K à lui payer la somme de 374.812,49 € en réparation des désordres de la zone pavée, 18.400 € au titre des préjudice annexes et 135.490,72 € en réparation des désordres de la zone bitumée. confirme le jugement déféré pour le surplus et condamne solidairement M. K , la SA M à lui payer la somme de 10.000 € en application de l'article 700 du Code de Procédure Civile outre les dépens d'appel,

Vu les conclusions de l'intimée la SA M reçues au greffe le 14 août 2012 tendant à la confirmation du jugement en ce qu'il a admis l'application du plafond de garantie et de la franchise, déboute les parties de toutes leurs demandes tendant à aggraver sa situation au regard du jugement déféré et condamne in solidum la SAS W , M. K , la société K et son assureur à lui payer la somme de 5.500 € au titre des frais irrépétibles de première instance et d'appel, et sur son appel incident. à ce que la Cour infirme le jugement déféré sauf en ce qu'il a constaté que la SAS W assumait 20 % de la responsabilité du sinistre, et statuant à nouveau, à ce que la Cour dise et juge que la part de responsabilité entre les entreprises M. K et K doit être partagée à raison de 40 % à la charge de l'entreprise K et de 40 % à la charge de l'entreprise K , constate qu'aucune responsabilité tacite n'est intervenue et que le litige relève de la seule responsabilité contractuelle, mette hors de cause la SA M , constate que si une réception tacite est intervenue , elle couvrirait les vices apparents et non réservés que constitue le défaut affectant le frostschutz , dise et juge que les conditions de sa garantie ne sont pas réunies, constate que les travaux réalisés sont des travaux de bâtiment et non de génie civil, constate que le contrat RC. décennal a une date d'effet postérieure à l'exécution des travaux, déboute la SAS W , M. K , la société K et son assureur de leurs demandes dirigées contre elle et les condamne à lui payer la somme de 5.500 € en application de l'article 700 du Code de Procédure Civile outre les dépens d'appel, subsidiairement à ce que la Cour réduise à de plus justes proportions les demandes, constate l'existence d'un plafond de garantie, dise et juge qu'elle ne saurait être tenue au-delà de la somme de 120.954,23 €, constate que la clause de reprise du passé ne vise que les dommages matériel, constate que la police exclut les activités relatives aux enrobés bitumés, dise et juge que l'accord conclu en juin 1998 entre M. K et la société G lui est inopposable, condamne la société K et son assureur la société G à la garantir de toutes les condamnations pouvant être prononcées contre elle et condamne in solidum la SAS W , M. K , la société K et son assureur à lui payer la somme de 5.500 € en application de l'article 700 du Code de Procédure Civile en sus des dépens d'appel,

Vu les conclusions des intimées la société K GmbH et la société G
reçues au greffe le 26 octobre 2012 tendant à ce que la Cour confirme
le jugement déferé en ce qu'il a déclaré irrecevable les demandes dirigées contre elles .
subsidairement mette hors de cause la société K et la société G condamne M. K
et la SAM à les garantir de toute condamnation susceptible d'être dirigée contre elles
et condamne M. K et / ou la partie succombante à leur payer une somme de 5.000 € en
application de l'article 700 du Code de Procédure Civile,

VU LES PIÈCES DE LA PROCÉDURE

SUR LES RESPONSABILITÉS ENCOURUES A L'EGARD DU MAÎTRE D'OUVRAGE

Attendu que M. K fait grief au jugement déferé d'avoir retenu une part de
responsabilité de la SAS W limitée à 20 % dans les désordres survenus alors que cette
responsabilité est prépondérante et doit être évaluée à 40 % puisque le maître d'ouvrage ne lui
a fourni qu'une information lacunaire voire erronée sur l'importance du trafic de semi-remorques
et de chariots élévateurs sur les voies considérées, et que les travaux de construction qu'elle a
fait exécuter dans le même temps ont perturbé le bon déroulement de ses travaux de voirie, le
tout démontrant que la SAS W aurait du recourir à un maître d'oeuvre pour la
coordination du chantier ;

Qu'il considère que la présence du matériau frostschutz qui est à l'origine des désordres
doit conduire à la reconnaissance d'un taux de responsabilité de 55 % à la charge du fournisseur
la société K, comme l'avait retenu l'expertise des compagnies d'assurance puisque c'est
précisément son caractère peu drainant et imperméable qui a permis la réalisation du dommage;

Attendu qu'il convient de rappeler les liens contractuels existants entre les différents
acteurs et les responsabilités qu'ils sont susceptibles d'encourir ;

Que la SAS W a la qualité de maître d'ouvrage et que l'entreprise de M. K
est la seule entreprise qu'elle a chargé de la construction de son ouvrage consistant en travaux
de pavage et de voirie ;

Que l'expert a décrit les dommages constatés lors des opérations d'expertise comme étant
des déformations des surfaces pavées et de l'enrobé, des affaissements, des ornières, l'absence
de pente et une dégradation par carottage et craquelures d'une partie des surfaces en enrobé ;

Qu'à l'évidence la nature et la gravité des dommages compromettent la solidité de
l'ouvrage et le rendent impropre à sa destination de sorte que la garantie décennale de M. K
est encourue au sens de l'article 1792 du code civil et non sa seule responsabilité contractuelle ;

Que contrairement aux allégations de la SAM, et même si aucun procès-verbal
de réception n'a été établi entre les parties, les désordres ne relèvent pas de la responsabilité
contractuelle de l'entreprise mais bien de la garantie légale des constructeurs ;

Qu'en effet, les circonstances de l'espèce caractérisent une réception tacite dès lors que le prix a été intégralement payé et que la SAS W a pris possession de l'ouvrage, manifestant sa volonté non équivoque d'accepter cet ouvrage ;

Que pour la SAS W maître d'ouvrage, le matériau de remblai frostschutz ne pouvait évidemment pas constituer un vice apparent, le grief de l'apparence ne pouvant être reproché qu'à celui qui l'a mis en oeuvre M. K

Attendu que la société K est liée par un contrat de fourniture à M. K

Qu'elle est sans lien contractuel avec la SAS W et qu'ayant fourni un matériau indifférencié et non un ouvrage, sa responsabilité ne relève pas de la garantie des constructeurs au sens des articles 1792 et suivants du code civil ;

Qu'ainsi à l'égard de la SAS W, aucun partage de responsabilité ne peut être opéré entre M. K et son fournisseur, le premier étant tenu de plein droit de la garantie légale des constructeurs et que le jugement déféré a à juste titre déclaré irrecevable la demande de la SAS W dirigée à l'encontre de la société K ;

Qu'en revanche, il conviendra de rechercher dans un second temps si dans le cadre d'une action récursoire, la société K est tenue d'une part de responsabilité à l'égard de M. K

Attendu que s'agissant des rapports entre la SAS W et M. K il résulte des constatations et observations de l'expert que la SAS W a élué l'intervention d'un bureau d'études pour réaliser une étude des sols et élaborer un cahier des charges avec sa collaboration, et également pour contrôler l'exécution des travaux, ce qui aurait permis d'éviter la mise en oeuvre du frostschutz ;

Que l'expert a relevé à juste titre que la SAS W n'a pas communiqué à M. K les informations nécessaires pour apprécier l'importance du trafic et a également assuré la fourniture des pavés qui n'était pas adapté au trafic, qu'enfin à la suite du premier sinistre, elle n'a pas exigé la purge complète du frostschutz pourtant jugé défectueux ;

Attendu que les griefs formulés sont à l'évidence fondés et qu'ils ont concouru à la réalisation du dommage, constituant à due concurrence de sa part de responsabilité, une cause exonératoire pour l'entreprise K, l'exonérant partiellement de la responsabilité qu'il encourt en sa qualité de constructeur au sens des articles 1792 et suivants du code civil ;

Que pour déterminer la part de responsabilité devant rester à la charge de la SAS de M. K il convient de rappeler les éléments de responsabilité retenus par l'expert à l'égard de M. K qui a en tant que professionnel spécialisé en travaux publics et pavage, établi ses offres chiffrées en l'absence de communication écrite des données de trafic ainsi que de l'étude de sol a élué les données techniques relatives aux niveaux respectifs, profils fils d'eau et exutoires, s'est abstenu de procéder à la vérification du frostschutz alors que celui-ci ne présentait pas pour un professionnel toutes les caractéristiques requises ce dont il a pu se convaincre pour le moins lors de sa mise en oeuvre par épandage, a mis en oeuvre un pavage manifestement non adapté au trafic lourd considéré, a accepté de ne pas mettre en oeuvre des prestations qui auraient limité le sinistre (géotextile) n'a pas proposé de drainage enterré ni réalisé un système de récolte des eaux en surface ni réalisé une pente suffisante ;

Que l'expert a également retenu à bon droit à la charge de M. K qu'il n'a pas réclamé de procès-verbal de réception qui aurait permis d'effectuer un contrôle des tolérances de nivellement et de planimétrie, a géré de façon autonome l'apparition du premier sinistre et a procédé en 1997 moyennant indemnisation à la purge des matériaux non conformes et sans aucune limitation de surface et a ainsi endossé la responsabilité des ouvrages réparés et approuvés les ouvrages d'origine laissés intacts ;

Qu'en considérant les manquements commis par M. K et ceux imputés à la SAS W ; l'expert M. H a à bon droit évalué à 20 % la part de dommage devant rester à la charge du maître d'ouvrage, la part résiduelle incombant à M. K étant de 80 % comme retenu à bon droit par le jugement déféré ;

SUR LES DOMMAGES EN LIEN AVEC LES RESPONSABILITÉS

Attendu qu'il convient de rappeler que les travaux confiés à M. K ont consisté en des travaux de pavage sur une surface de 24.837 m² et des travaux de pose d'enrobé sur 3750 m²;

Que des désordres ont été constatés tant en ce qui concerne les zones pavées que bitumées et seront successivement examinés ;

Attendu que s'agissant des zones pavées, le jugement déféré a retenu intégralement la facture de l'entreprise H chiffré à 483.515,61 €, a porté en déduction le prix des pavés réutilisables (15.000 €) dégageant un solde de 468.515,61 € auquel il a affecté le taux de responsabilité de M. K de 80 % pour retenir une somme de 374.812,49 € ;

Attendu que pour contester cette somme, M. K a fait valoir que l'expert M. H a chiffré le coût des travaux de réfection à 460.000 €, a indiqué que la surface théoriquement à traiter n'était que de 4.912 m², que rien ne justifiait que soit retenues les surfaces de stockage adjacentes soit au total 5900 m², que les prestations non payées tels que géotextile et drainage devaient être déduites, réduisant de ce fait à 412.505 € la base de calcul avant application du partage de responsabilité ;

Qu'il se prévaut en outre du devis de l'entreprise S inférieur au chiffrage effectué par l'expert ou à celui de l'entreprise H , puisqu'il s'établit à la somme de 415.426 €, soit après déduction des pavés et autres prestations non payés et en considération des surfaces réelles à traiter ressort à 260.650,04 € ;

Qu'à supposer même que l'on retienne la facture de l'entreprise H il fait observer que celle-ci mentionne une surface de 6975 m² au lieu de 4912 m² et qu'ainsi, déduction faite des prestations non dues, les travaux de réfection peuvent être chiffrés à 293.246,18 €.

Attendu que l'expert a détaillé les prestations à réaliser pour remédier aux désordres en les chiffrant à 475.000 € y compris les honoraires du maître d'oeuvre ;

Que sur la base du rapport d'expertise, et dûment autorisée par ordonnance en référé la SAS W a confié les travaux de réfection à l'entreprise H qui a établi sa facture à la somme de 483.515,61 € montant très voisin de celui retenu par l'expert deux ans auparavant ;

Qu'il est constant que le devis de l'entreprise S a chiffré les mêmes travaux de réfection à 416.426 € HT en ce non compris les honoraires du maître d'oeuvre (retenus dans le rapport de l'expert pour 13.775 €) ;

Que la comparaison entre ces différents chiffrages fait surtout ressortir une différence de quantité (5.900 m² selon l'expert et 6.896 m² voire 7.120 m² mis en oeuvre par l'entreprise H) ;

Que si l'expert a expliqué sur ce point (p 45 du rapport) que la surface théoriquement à traiter était de 4912 m², mais qu'il retenait par précaution une surface de 5900 m² soit 2 mètres linéaires ajoutées aux surfaces nominales, rien n'établit que cette "marge " supplémentaire se soit avérée insuffisante après dépavage de la zone et qu'il faille retenir une surface traitée de 6.896 m² voire de 7.120 m² ;

Que les explications de la SAS W selon lesquelles le matériau frostschutz n'avait pas été mis en oeuvre de façon uniforme, son épaisseur variant selon les points de sondage de 3 cm à 28 cm (article 17 du rapport) ont déjà été retenues pour majorer l'évaluation de la surface à traiter de 4.912 m² à 5900 m² et qu'il n'est justifié d'aucune circonstance nouvelle permettant de retenir une surface supplémentaire ;

Que dans ces conditions, il convient de retenir pour les postes "structures" les montants tels que calculés par la SA M (page 18 de ses conclusions) pour une surface traitée de 5.900 m² soit 300.900 € HT au lieu de 360.252,80 € générant un différentiel de 59.352,80 € ;

Que par ailleurs, si M. K n'a pas mis en oeuvre un voile de géotextile, et ne l'a donc pas facturé, l'expert a rappelé que les règles de l'art préconisent une telle mise en oeuvre entre chaque couche de matériaux différents pour éviter la migration par gravité ou capillarité ;

Qu'ainsi le principe de la réparation intégrale du préjudice impose une réparation dans les règles de l'art et par conséquent la fourniture et la pose d'un voile géotextile ;

Qu'il en va de même des travaux de drainage nécessaires à la pérennité de l'ouvrage Qu'en effet, l'ouvrage réalisé par M. K ne comportait aucun système de récolte des eaux de surface, ni drainage enterré ni même de pentes, et que cette erreur de mise en oeuvre est également à l'origine des désordres et doit être corrigée ;

Que le coût du drainage et de l'évacuation des eaux pluviales facturés pour un montant de 20.115 € HT par l'entreprise H entre dans les prévisions du rapport de l'expert (qui avait chiffré ces travaux à 38.645 €) et doivent être intégralement retenues ;

Que par ailleurs les prestations que l'entreprise H a chiffrées pour une somme de 47.688 € au titre du "terrassement des purges, chargement et mise en dépôt puis remblai et sable et gravier" constituent bien des prestations retenues par l'expert sous le vocable "démolition préalables, stockages et évacuation" pour un coût évalué à 91.450 € ;

Qu'il doit en être conclu que le coût des travaux de réfection doit être calculé comme suit :

483.515,61 € HT (facture de l'entreprise H) - 59.352,80 € (différentiel eu égard aux surfaces retenues par l'expert) - 15.000 € (coût des pavés réutilisables), soit un solde de 409.162,81 € auquel il convient d'appliquer la part de responsabilité retenue à la charge de M. K aboutissant à une somme de 327.330,24 €

Attendu qu'il résulte du rapport d'expertise que la SAS W a subi un préjudice immatériel correspondant aux réparations provisoires qui ont du être effectuées par son personnel lorsque la circulation n'était pas possible compte tenu de l'état des chaussées, et un préjudice d'utilisation de 1997 à 2005, tous préjudices qui ont été évalués à juste titre à 23.000 € ;

Que le jugement déféré a à bon droit imputé à M. K ce préjudice en lien direct avec les désordres à hauteur de 80 % de ce montant soit 18.400 € ;

Attendu que les désordres affectant les zones bitumées, constatés contradictoirement par l'expert et décrits dans son rapport ont consisté en des déformations de la surface bitumée et en une dégradation par croutage et craquelures d'une partie des surfaces en enrobé présentant également des affaissements en partie centrale de la surface de roulement ;

Que ces désordres sont constatés plus en détail dans le procès-verbal de constat de Me Westermann du 7 octobre 2002 ;

Que suite à un dire du conseil de M. K soutenant que seules les surfaces affectées par l'emploi de frostschutz relevaient de sa mission sauf à prévoir une extension, l'expert M. H n'a pas examiné plus avant les désordres constatés, affectant la zone bitumée ;

Qu'en toute hypothèse, la seule constatation contradictoire des désordres également de nature décennale en ce qu'ils portent atteinte à la destination de l'ouvrage permet de retenir de plein droit la garantie décennale de M. K en sa qualité de constructeur ;

Attendu qu'au regard de l'évaluation des dommages, la SAS W a produit le devis détaillé de l'entreprise H relatif à la réfection de l'enrobé pour un montant de 133.444,50 € ;

Que M. K ne conteste précisément aucun poste de ce devis ni ne produit aucune pièce permettant de considérer qu'il aurait été sur-évalué ;

Qu'il ne peut faire grief à la SAS W de ce que ces travaux n'ont pas été soumis au contrôle de l'expert alors que c'est précisément sur son initiative que l'expert a limité son champ d'investigation à la seule zone pavée ;

Que pour les mêmes motifs que pour la zone pavée, il convient de considérer que parce que la SAS W n'a pas fait appel à un maître d'oeuvre et parce qu'elle n'a pas fourni les informations nécessaires à M. K pour apprécier l'intensité du trafic, elle a commis une faute qui est de nature à exonérer partiellement M. K de sa responsabilité au titre de la garantie légale, cette part de responsabilité devant, tout comme pour la zone bitumée être fixée à 20 % ;

Que dans ces conditions, il convient de condamner M. K au paiement d'une somme de 106.755,60 € ;

Que le jugement déféré doit être confirmé en ce qu'il a condamné M. K à payer à la SAS W la somme de 18.400 €, et infirmé pour le surplus tant au regard des montants que de l'omission à statuer portant sur le dommage des zones bitumées et de condamner M. K au paiement des sommes de 327.330,24 € et de 106.755,60 € ;

Attendu qu'il ne paraît pas inéquitable de laisser à la charge de chacune des parties les frais exposés à hauteur d'appel et non compris dans les dépens ;

Qu'il n'y a pas lieu de faire application des dispositions de l'article 700 du Code de Procédure Civile

SUR LA GARANTIE DUE PAR L'ASSUREUR LA SA M

Attendu que la SA M explique que s'agissant de travaux réalisés en 1995 alors que M. K était assuré par une autre compagnie, elle est actionnée au titre de la clause de reprise du passé laquelle comporte un plafond de garantie de 152.449,02 € ;

Qu'elle soutient que ce plafond de garantie est licite doit s'appliquer alors que les garanties souscrites sont des garanties facultatives, la police génie civil ne relevant pas de l'assurance obligatoire ;

Qu'elle ajoute que de ce plafond de garantie doit être déduite une provision de 18.603,55 € versée le 31 juillet 2010, de sorte qu'elle ne saurait être tenue au-delà de la somme de 133.845,47 € ;

Qu'elle entend également opposer tant à la SAS W qu'à M. K la franchise égale en l'espèce à 14.958,30 € ;

Attendu que la police d'assurance souscrite par M. K avec effet au 1er janvier 1996 auprès des Assurances M devenue A Assurances puis M couvre la responsabilité décennale des entreprises de génie civil et que l'ouvrage réalisé par M. K au profit de la SAS W constitue bien un ouvrage de génie civil ;

Que le dommage étant survenu après la réception tacite des travaux comme expliqué ci-dessus relève bien de la garantie décennale des constructeurs au sens des articles 1792 et suivants du code civil ;

Attendu que s'agissant d'un chantier ouvert avant le 1er janvier 1996, le fait générateur du dommage a eu lieu avant la souscription du contrat auprès de la SA M et relève ainsi de la clause de reprise du passé définie par l'annexe 1 et couvrant les réclamations formulées depuis la prise d'effet de la police mais se rapportant à des chantiers ouverts pendant la période de validité du précédent contrat d'assurance souscrit auprès de l'U ;

Que la clause de reprise du passé a fixé un plafond de garantie de 1.000.000 Francs soit 152.449,02 €, ce montant se réduisant et s'épuisant au fur et à mesure des réclamations dont l'assureur est saisi ;

Que M. K ne saurait utilement soutenir que l'annexe 1 ne lui est pas opposable alors que dans le cadre des conditions particulières (article 10) il "reconnait avoir reçu un exemplaire de l'annexe 1 qui fait partie intégrante du contrat" ;

Attendu que contrairement au moyen soutenu par M. K , ce plafond de garantie est licite puisqu'il ne porte que sur l'extension de garantie facultative que constitue la "reprise du passé" que la Cour de cassation (Cass I Civ, 8 juillet 1997, n° 95-12.817) a ainsi cassé un arrêt de Cour d'appel ayant condamné l'assureur à garantir l'ensemble des condamnations sans appliquer le plafond de garantie au motif suivant " *En statuant ainsi alors qu'elle avait constaté que la limite de l'engagement de l'assureur s'élevait à un million de francs au titre de la reprise du passé, garantie dont relevaient les désordres litigieux, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences de ses constatations a violé le texte susvisé* " ;

Attendu que par ailleurs, le montant de la franchise prévue par l'article 8 du contrat et calculée selon ces dispositions à hauteur 14.958,30 € n'est pas discuté et que ces dispositions trouvent à s'appliquer ;

Attendu que M. K conteste avoir reçu le paiement d'une somme de 18.603,55 € le 31 juillet 2000 à la suite du premier sinistre ;

Que la SA M justifie avoir le 31 juillet 2000 adressé au courtier M. B un chèque de ce montant libellé à l'ordre de l'entreprise K en lui demandant de lui retourner le reçu signé par l'assuré ;

Que si la SA M n'est pas en possession du reçu signé par M. K , elle produit néanmoins la copie du chèque émis au bénéfice de M. K qui l'a personnellement endossé comme en témoigne sa signature apposée au verso du chèque ;

Qu'il convient d'en déduire que la SA M a versé un acompte de 18.603,55 € lors du premier sinistre qui, conformément à la clause de reprise du passé doit être déduit du plafond de garantie ;

Que la garantie restant due par la SA M est ainsi limitée à :
 $152.449,02 \text{ €} - 14.958,30 \text{ €} - 18.603,55 \text{ €} = 118.887,17 \text{ €}$;

Que la SA Mj ayant expressément admis dans ses conclusions que le solde restant du au titre de sa garantie s'élevait à 120.954,23 € il y a lieu de retenir cette somme dans le cadre de l'appel en garantie formé par M. KJ in à l'encontre de la SA M

Que comme l'a souligné la SAS W la franchise est inopposable au tiers lésé, de sorte que la somme due par la SA M à la SAS W dans le cadre de son action directe s'élève à la somme de : 152.449,02 € - 18.603,55 € soit 133.845,47 € ;

Que le jugement déféré doit être infirmé en ce sens ;

Attendu qu'il ne paraît pas inéquitable de laisser à la charge de chacune des parties les frais exposés à hauteur d'appel et non compris dans les dépens ;

Qu'il n'y a pas lieu de faire application des dispositions de l'article 700 du Code de Procédure Civile

SUR L'APPEL EN GARANTIE CONTRE LA SOCIÉTÉ K ET SON ASSUREUR

Attendu que le jugement déféré a déclaré la demande irrecevable en considérant qu'une transaction avait bien été conclue entre M. K , la société K et leurs assureurs, par laquelle M. K a réalisé des travaux de réfection et établi une facture de 677.947,20 Francs et la société G assureur de la société K a contribué à ces travaux à hauteur de 372.870,96 Francs correspondant à 55 % du coût des travaux de réfection, ce qui correspondait très exactement à la transaction conclue suite aux opérations d'expertise ;

Que le premier juge a considéré que M. K avait accepté cette transaction en encaissant les chèques de la société G et que cette transaction était opposable à la société A Assurances qui avait participé à la recherche des responsabilités et à l'élaboration de la transaction par son cabinet Saretec ;

Attendu que M. K soutient pour sa part qu'aucun protocole transactionnel n'a été signé, et qu'aucune concession réciproque n'a été consentie, le seul point en discussion étant de savoir s'il acceptait ou non de n'être indemnisé qu'à hauteur de 55 % pour les travaux de réfection déterminés par les experts d'assurance et qu'il a réalisés ;

Attendu qu'une réunion d'expertise a eu lieu entre le cabinet Saretec missionné par la SA Mj assureur de M. K et le cabinet IFB mandaté par la société G

Qu'aucun protocole d'accord n'a été établi lors de cette réunion ;

Que le cabinet IFB a proposé par courrier du 17 juillet 1997 de participer à hauteur de 55 % aux travaux de réfection devant être réalisés par M. K et de fait a versé une participation correspondant à 55 % des factures de réfection que M. K a effectivement perçue ;

Que si entre commerçants, les actes juridiques et notamment une transaction peuvent être prouvés par tous moyens, il est nécessaire néanmoins de caractériser la conclusion d'une transaction au sens de l'article 2044 du code civil, c'est à dire un accord ayant pour objet de mettre fin à un différend s'étant élevé entre les parties et comportant des concessions réciproques ;

Qu'en l'espèce, la société K et la société G ne rapportent la preuve d'aucune concession réciproque qu'auraient consenties les parties, de sorte que l'accord conclu entre assureurs fixant simplement la participation de la société K et de son assureur aux travaux de réfection entrepris en 1997 par M. K ne peut être qualifiée de transaction rendant irrecevable toute nouvelle demande dirigée contre la société K ;

Attendu que la société K et son assureur G soulèvent l'irrecevabilité de la demande formulée contre eux par M. K et la SA M en invoquant l'absence de fondement juridique de la demande, et la prescription de l'action en application des dispositions du BGB, subsidiairement de la Convention de La Haye ;

Attendu que l'absence d'indication de fondement juridique de la demande n'est pas sanctionnée par l'irrecevabilité de la demande mais par la nullité de l'assignation (article 56 du Code de Procédure Civile , étant rappelé que la société K et la société G avaient été assignés devant les premiers juges par la SAS W ;

Qu'indépendamment de toute sanction d'ordre procédural, il convient de rappeler que le fondement juridique invoqué par M. K et son assureur à l'encontre des appelés en garantie est un manquement contractuel pour avoir " fourni un matériau non conforme à ses spécifications et préconisé l'emploi du frostschutz pour un usage auquel il n'était pas approprié" ;

Attendu que la SA M soutient qu'indépendamment de la loi applicable et du délai de prescription, le délai pour agir a été interrompu du fait de la réclamation de 1996/97, sachant qu'il n'y a qu'un seul sinistre dont les manifestations se sont généralisées en 2002 ;

Que cependant la réclamation formulée par M. K en 1996/97 concernait une surface d'environ 2500 m2 affectée par des affaissements et qu'il y a été porté remède en 1998 dans le cadre de l'accord conclu entre M. K et la société K ;

Que la nouvelle réclamation formulée en 2002 portait ainsi sur de nouveaux désordres même s'ils étaient en lien avec la même fourniture de matériaux de sorte qu'il ne peut être considéré que la réclamation de 1996 a interrompu le délai pour agir pour tous les dommages pouvant survenir ultérieurement trouvant leur origine dans la même livraison de matériaux ;

Attendu que pour déterminer la prescription applicable à l'action, il convient au préalable de déterminer la loi applicable au contrat ayant lié les parties portant sur une vente de matériaux livrés en ALLEMAGNE par une société ayant son siège en ALLEMAGNE à une personne ayant son siège en FRANCE ;

Que la SA M. fait valoir que la loi française est applicable en vertu de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la responsabilité des produits rendant applicable la loi de l'Etat sur le territoire duquel le fait dommageable s'est produit si la personne lésée réside dans ce même Etat (article 4) sauf s'il ne pouvait être raisonnablement prévu que le produit serait mis en vente dans cet Etat ;

Qu'à titre subsidiaire, elle soutient qu'à supposer que la loi allemande soit applicable, la détermination de la prescription applicable est complexe et qu'il appartient à la juridiction saisie de réouvrir les débats pour lui permettre de prendre position sur le contenu du droit allemand sur ce point ;

Que la société K et la société G répliquent que la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 est inapplicable lorsque comme en l'espèce la propriété du produit a été transférée à la personne lésée par celle dont la responsabilité est invoquée ;

Qu'elles répliquent que la loi allemande est applicable comme lieu de fabrication et de livraison du matériau, et que si l'on considère que le contrat est un contrat de vente international, il convient d'appliquer la Convention de Vienne de 1980 donnant compétence à la loi du fabricant/vendeur c'est à dire la loi allemande ;

Qu'elle indiquent que selon l'article 477 du BGB l'action en garantie des défauts apparents ou cachés est limitée à 6 mois à compter de la livraison, que selon l'article 39-2 de la Convention de Vienne, l'acheteur est déchu du droit de se prévaloir des défauts de conformité s'il ne les dénonce pas au plus tard dans un délai de 2 ans à compter de la remise des marchandises ;

Qu'elles ajoutent que selon l'article 3 de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporel, la loi applicable est celle du domicile du vendeur ;

Attendu qu'il résulte de l'article 1er alinéa 2 de la Convention de La Haye sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits que "*lorsque la propriété ou la jouissance du produit a été transférée à la personne lésée dont la responsabilité est invoquée la convention ne s'applique pas dans leurs rapports respectifs*" ;

Que M. K se prévalant de la qualité de "personne lésée" au sens de la Convention de La Haye ne peut en réalité invoquer cette convention dans la mesure où il est lié au "fabricant ou producteur du produit" par un contrat de vente ;

Que la Convention de Vienne applicable en matière de vente internationale s'applique directement dans l'ordre juridique interne de chaque Etat contractant, mais que les dispositions invoquées de l'article 39 alinéa 2 ne définissent pas le délai de prescription de l'action mais uniquement le délai de dénonciation du défaut de conformité (Cass. Com 3 février 2009 n° 07-21.827 "*le délai de deux ans de l'article 39 de la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandise est un délai de dénonciation du défaut de conformité et non un délai pour agir*") ;

Que l'article 7 de la Convention de Vienne prévoit également que pour les questions qu'elle ne tranche pas expressément, il est renvoyé aux règles du droit international privé ;

Que s'agissant d'un contrat de vente international conclu entre un vendeur allemand et un acheteur français portant sur des objets mobiliers, il convient d'appliquer la Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels et en particulier son article 3 prévoyant ce qui suit : " *A défaut de loi déclarée applicable par les parties, (..) la vente est régie par la loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande (...)* "

Qu'en application de ces dispositions , le contrat de vente internationale conclu entre un vendeur ayant son siège social en ALLEMAGNE et un vendeur français est régi par la loi allemande ;

Que la Convention de Rome du 19 juin 1980 conduit à la même solution en ce qu'elle prévoit (article 10) que la loi du contrat régit les divers modes d'extinction des obligations ainsi que les prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai, et qu'à défaut de choix des parties, la loi applicable est avec laquelle le contrat présente les liens les plus étroits Qu'en l'espèce, la prestation caractéristique étant celle fournie par le vendeur, la loi désignée par cette règle de conflit est également la loi allemande ;

Attendu que la société K et la société Gothaer ont justifié du contenu de la loi allemande en fournissant la traduction de l'article 477 du BGB ainsi qu'un article de doctrine de M. Pedamon , Professeur à l'Université Panthéon - Assas traitant de "L'indemnisation de l'acheteur selon le droit allemand pour les dommages causés par le vice ou la non-conformité de la marchandise livrée" ;

Que pour sa part la SA M se contente de demander la réouverture des débats en vue de produire toute étude sur le contenu de la loi allemande ;

Que cependant la question de la prescription et de la loi applicable au contrat de vente de matériau a été posée dès le débat devant les premiers juges et que la SA M avait tout loisir de fournir tout document venant contredire ou nuancer les pièces produites , de sorte que sa demande de réouverture des débats ne se justifie pas ;

Que selon les dispositions de l'article 477 du BGB " *l'action en résolution ou en réduction du prix ainsi qu'en dommages-intérêts pour défaut d'une qualité garantie se prescrit, si le vendeur n'a pas dolosivement dissimulé le vice pour les biens meubles par six mois à compter de la livraison (..) . Lorsque l'acheteur exige la production en justice d'une preuve aux fins de la conservation de celle-ci , la prescription est interrompue (..)* " ;

Que l'étude de droit comparé de M. Pedamon souligne que l'indemnisation de l'acheteur est soumise à la prescription de six mois fixée par l'article 477 du BGB, prescription qui commence à courir du jour de la livraison de la marchandise et non, comme en droit français du jour de la découverte du vice ;

Qu'il doit en être conclu que s'agissant de livraisons de matériaux effectuées jusqu'au mois de juillet 2006 l'action fondée sur les vices ou non-conformités devait à peine d'irrecevabilité être introduite dans un délai de 6 mois à compter de la livraison ;

Que la demande dirigée par M. K et la SA M à l'encontre de la société K et de la société G doit être déclarée irrecevable et le jugement confirmé sur ce point pour d'autres motifs ;

Attendu qu'ainsi quelle que soit la part de responsabilité (10 %) que l'expert a pu imputer à la société K dans la survenance du dommage, celle-ci ne permet pas à M. K de s'exonérer à due concurrence de sa responsabilité et que l'action récursoire qu'il aurait pu exercer est aujourd'hui prescrite ;

Que les développements de M. K et de la SA M sur la faute commise par la société K en fournissant un matériau de mauvaise qualité ou inadapté au chantier ne seront pas examinés par la Cour à raison de la prescription de la demande ;

Attendu qu'il ne paraît pas inéquitable de laisser à la charge de la société K et de la société G les frais exposés et non compris dans les dépens ;

Qu'il n'y a pas lieu de faire application des dispositions de l'article 700 du Code de Procédure Civile.

PAR CES MOTIFS

LA COUR,

DECLARE les appels recevables,

Au fond les **DIT** fondés pour partie,

1) Sur l'instance opposant la SAS W à M. K , à la SA M , à la société K et à la société G

INFIRME le jugement déféré en ce qu'il a condamné M. K à payer à la SAS W la somme de 374.812,49 € au titre des travaux de réfection de la zone pavée,

L'INFIRME également en ce qu'il a condamné la SA M in solidum avec M. K à payer à la SAS W la somme de 135.490 €,

Et statuant à nouveau,

CONDAMNE M. K à payer à la SAS W la somme de 327.330,24 € à titre de dommages-intérêts correspondant aux réfections de la zone pavée,

CONDAMNE la SA M in solidum avec M. K à payer la SAS W la somme de 133.845,47 €,

Et y ajoutant,

CONDAMNE M. K à payer à la SAS W la somme de **106.755,60 €** à titre de dommages-intérêts correspondant aux travaux de rectification de la zone bitumée,

CONFIRME le jugement déféré pour le surplus,

DIT n'y avoir lieu à application des dispositions de l'article 700 du Code de Procédure Civile pour la procédure d'appel,

CONDAMNE in solidum M. K et la SA M aux dépens d'appel,

2) Sur les appels en garantie formés par M. K et la SA M à l'encontre de la société K et la société G

CONFIRME le jugement déféré,

DIT n'y avoir lieu à application des dispositions de l'article 700 du Code de Procédure Civile pour la procédure d'appel,

CONDAMNE in solidum M. K et la SA M aux dépens d'appel,

3) Sur l'appel en garantie de M. K contre la SA M

INFIRME le jugement déféré en ce qu'il a condamné la SA M à garantir M. K de la condamnation principale prononcée contre lui au profit de la SAS W à concurrence de la somme de 135.490,72 € avec intérêts au taux légal à compter du jugement,

Et statuant à nouveau,

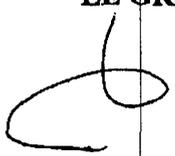
CONDAMNE la SA M à garantir M. K de la condamnation principale prononcée contre lui au profit de la SAS W à concurrence de la somme de **120.954,23 €** avec intérêts au taux légal à compter de ce jour,

CONFIRME le jugement déféré pour le surplus,

DIT n'y avoir lieu à application des dispositions de l'article 700 du Code de Procédure Civile pour la procédure d'appel,

CONDAMNE la SA M aux dépens d'appel.

LE GREFFIER,



Suivent les signatures
Pour copie conforme
Le Greffier

LE PRESIDENT,

