

COUR D'APPEL DE NOUMÉA

7

Arrêt du 29 Janvier 2013

Chambre Commerciale

Numéro R.G. :

11/61

Décision déferée à la cour :

rendue le : 10 Août 2011

par le : Tribunal mixte de Commerce de NOUMEA

Saisine de la cour : 25 Août 2011

PARTIES DEVANT LA COUR

APPELANT

La Compagnie d'Assurances QBE INSURANCE INTERNATIONAL, prise en la personne de son représentant légal

5 rue Anatole France - BP. 449 - 98845 NOUMEA CEDEX

représentée par la SELARL JURISCAL

INTIMÉS

LA SOCIETE BALLANDE, SAS prise en la personne de son représentant légal

21-23 rue de l'Alma - 98800 NOUMEA

représentée par la SELARL de GRESLAN

LA COMPAGNIE MONCEAU GENERALE ASSURANCES, prise en la personne de son représentant légal

1 Avenue des Cités Unies d'Euros - BP. 10217 - 41103 VENDÔME CEDEX

représentée par la SELARL LOUZIER-FAUCHE-CAUCHOIS

L'OFFICE CALEDONIEN D'ASSURANCES MUTUELLES - OCAM, pris en la personne de son représentant légal

20 rue Anatole France - Galerie NOUMEA CENTRE - BP. 1910 - 98846 NOUMEA CEDEX

représentée par la SELARL CALEXIS

AUTRE INTERVENANT

LA SELARL Mary-Laure GASTAUD, agissant en qualité de liquidateur de la Société des Distribution Pacifique Calédonienne, dite SDPC

1 bis, Boulevard Extérieur - Auguste Mercier - Quartier Latin - BP. 3420 - 98846 NOUMEA CEDEX

représentée par la SELARL GILLARDIN-AUPLAT

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 22 Novembre 2012, en audience publique, devant la cour composée de :

Bertrand DAROLLE, président de chambre, président,

Christian MESIERE, Conseiller,

Anne AMAUDRIC DU CHAFFAUT, Conseiller,

qui en ont délibéré,

Christian MESIERE, Conseiller, ayant présenté son rapport.
Greffier lors des débats:Stéphan GENTILIN

ARRÊT :

- 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 à l'article 451 du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie, après que le délibéré de l'affaire a été prorogé à l'audience du **15 janvier 2013** ce dont les parties ont été préalablement avisées
- signé par Bertrand DAROLLE, président, et par Stephan GENTILIN, greffier, auquel la minute de la décision a été transmise par le magistrat signataire.

PROCEDURE DE PREMIERE INSTANCE

Par un jugement rendu le 10 août septembre 2011, auquel il est renvoyé pour l'exposé de l'objet du litige, le rappel des faits et de la procédure, les prétentions et les moyens des parties, le Tribunal Mixte de Commerce de NOUMEA, statuant sur les demandes formées par la SAS. BALLANDE à l'encontre de la compagnie d'assurances MONCEAU GENERALE ASSURANCES dite MGA et de l'OFFICE CALEDONIEN d'ASSURANCES MUTUELLES dit OCAM, en présence de la société QBE INSURANCE INTERNATIONAL dite QBE, appelée en intervention forcée et de la selarl. ML.GASTAUD ès-qualités de liquidateur de la Société de Distribution Pacifique Calédonienne dite SDPC, aux fins d'obtenir la réparation de l'intégralité du préjudice résultant d'une part, de la destruction par incendie des locaux loués à la société SDPC, soit 496.455.271 FCFP au titre des travaux de démolition et de reconstruction, vétusté non déduite, 84.464.677 FCFP au titre de la perte des loyers du magasin BUT et d'autre part, de la destruction partielle des locaux voisins loués à la société CALEBAM/SPEEDY pour 30.000.000 FCFP, soit un total de 610.919.948 FCFP, à savoir :

* la condamnation de la société QBE. au paiement de la somme de 610.919.948 FCFP, don't 201.028.840 FCFP au profit de la compagnie d'assurances MGA par subrogation,

à titre subsidiaire :

* la condamnation de la compagnie d'assurances MGA au paiement de la somme de 235.514.791 FCFP au titre de sa garantie, avec intérêt au taux légal à compter du 02 octobre 2006, date de la sommation de payer,

à titre encore plus subsidiaire :

* la condamnation de l'OCAM à lui verser la retenue de 12% qui pourrait être appliquée à l'indemnité qui lui est due,

* en tout état de cause la condamnation de la société QBE. au paiement de la somme de 1.000.000 FCFP sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile,

au bénéfice de l'exécution provisoire,

a :

au vu de l'absence de preuve des éléments constitutifs du cas fortuit,

* débouté la société QBE INSURANCE INTERNATIONAL de sa demande tendant à voir exonérer la société SDPC de la présomption de responsabilité pesant sur le locataire des locaux détruits par l'incendie,

* condamné la société QBE INSURANCE INTERNATIONAL à verser à la société BALLANDE la

somme de 356.797.839 FCFP en réparation de son préjudice, majorée des intérêts au taux légal à compter du 10 avril 2008,

* débouté la société BALLANDE du surplus de ses demandes,

* condamné la société QBE INSURANCE INTERNATIONAL à rembourser à la compagnie MONCEAU GENERALE ASSURANCES la somme de 201.028.840 FCFP par elle versée à son assurée, majorée des intérêts au taux légal à compter du 6 août 2008, avec capitalisation conformément aux dispositions de l'article 1154 du code civil,

* constaté que l'action dirigée par la société BALLANDE à l'encontre de la compagnie MONCEAU GENERALE ASSURANCES et de l'OFFICE CALEDONIEN d'ASSURANCES MUTUELLES et l'appel en garantie formé par la compagnie MONCEAU GENERALE ASSURANCES à l'encontre de la société QBE INSURANCE INTERNATIONAL sont sans objet,

* ordonné l'exécution provisoire du présent jugement,

* condamné la société QBE INSURANCE INTERNATIONAL à verser à la société BALLANDE une somme de 300.000 FCFP sur le fondement des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile,

* condamné la société QBE INSURANCE INTERNATIONAL à verser à la compagnie MONCEAU GENERALE ASSURANCES une somme de 100.000 FCFP sur le fondement des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile,

* condamné la société BALLANDE à verser à l'OFFICE CALEDONIEN d'ASSURANCES MUTUELLES une somme de 100.000 FCFP sur le fondement des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile,

* débouté la compagnie MONCEAU GENERALE ASSURANCES des demandes présentées à ce titre,

* condamné la société QBE INSURANCE INTERNATIONAL aux dépens, avec distraction.

PROCEDURE D'APPEL

Par une requête enregistrée au greffe de la Cour le 25 août 2011, la société QBE INSURANCE INTERNATIONAL a déclaré relever appel de cette décision, qui ne semble pas avoir été signifiée.

Dans son mémoire ampliatif d'appel et ses conclusions postérieures, elle sollicite la réformation du jugement entrepris et demande à la Cour :

* de constater que l'incendie est dû à un cas fortuit,

* de constater que la société SDPC n'a commis aucune faute en sa qualité de locataire,

* de débouter la société BALLANDE et les compagnies MGA et OCAM de toutes leurs demandes dirigées à son encontre,

à titre subsidiaire :

* d'ordonner une expertise judiciaire aux fins de permettre le chiffrage des éventuels préjudices subis par la société BALLANDE suite à l'incendie,

* de réduire à de plus justes proportions les indemnités qui ont été allouées à la société BALLANDE,

en tout état de cause :

* de condamner la société BALLANDE à lui verser la somme de 500.000 FCFP au titre de l'article 700 du Code de procédure civile, ainsi qu'aux entiers dépens avec distraction.

Elle fait valoir pour l'essentiel :

- que si sur le fondement de l'article 1733 du Code civil, le locataire est présumé responsable de l'incendie, il peut s'exonérer de sa responsabilité s'il est établi que l'incendie est d'origine criminelle,
- que le premier juge n'a pas tiré les conséquences qui s'imposaient de la constatation de l'origine criminelle de l'incendie,
- qu'en l'espèce, à la suite du sinistre, une information judiciaire a été ouverte aux fins de déterminer les causes de l'incendie,
- qu'aux termes du rapport en date du 27 mars 2006, Mme GUIRONNET conclut : 'Au vu des résultats analytiques, il est confirmé qu'il s'agit d'un incendie d'origine volontaire avec déversement de supercarburant',
- que par une ordonnance du 19 janvier 2007, le juge d'instruction constatant l'existence d'un incendie volontaire, a prononcé un non-lieu, aucune charge suffisante ne pouvant être retenue contre quiconque,
- que dans un premier temps, la société BALLANDE a diligenté une procédure à l'encontre de son assureur, la société MGA, et de son courtier, la société OCAM,
- que par la suite elle a cru bon d'assigner la société QBE,
- que la société SDPC (enseigne BUT), qui avait souscrit auprès d'elle un contrat multirisque professionnel, a été placée en liquidation judiciaire le 17 mai 2006,
- que la société BALLANDE a produit sa créance entre les mains du liquidateur judiciaire à hauteur de 540.660.635 FCFP,
- que par un arrêt rendu le 26 octobre 2009, la Cour d'appel a admis la créance de la société BALLANDE pour un montant de 447.204.708 FCFP,
- que cet arrêt a une portée limitée à l'admission de la créance,
- qu'en effet, dans le cadre de la procédure d'admission de créance, le juge commissaire ne peut se prononcer que sur l'existence, la nature et le montant de la créance litigieuse,
- que ni le juge commissaire, ni la Cour d'appel ne sont habilités à se prononcer sur les responsabilités encourues,
- que contrairement à ce qui est soutenu, la décision rendue le 26 octobre 2009 n'a nullement autorité de la chose jugée sur la question de la responsabilité de la société SDPC,
- qu'en outre, la motivation de cet arrêt est contestable et il contient des contradictions,
- que la responsabilité de la société SDPC ne peut être valablement retenue dès lors qu'il résulte du rapport de l'expert judiciaire désigné au pénal que l'incendie est d'origine criminelle,
- qu'en effet, si l'article 1733 du Code civil établit une présomption de responsabilité à la charge du locataire en cas d'incendie, ce dernier peut s'exonérer de toute responsabilité s'il prouve que

l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure,

- que la jurisprudence considère que l'incendie volontaire dont l'auteur est inconnu constitue pour le locataire un cas de force majeure l'exonérant de sa responsabilité, sauf à démontrer qu'il s'agit de personnes dont le preneur doit répondre,

- qu'elle admet que l'incendie constitue un cas de force majeure si :

- * il a été commis par un tiers,

- * il n'a pas été facilité par une négligence du locataire,

- que peu importe que l'identité des criminels soit restée inconnue,

- que de ce fait, retrouver les auteurs de l'infraction n'est donc pas une condition préalable à l'application du cas fortuit ou de la force majeure, prévus par l'article 1733 du Code civil,

- qu'ainsi, et contrairement à ce qui a été retenu par le premier juge, le fait que les auteurs de l'incendie n'aient pas été retrouvés ne permet pas de contester l'origine criminelle de l'incendie,

- qu'il résulte de la procédure pénale que l'incendie a pour origine le déversement de supercarburant et qu'il n'est pas le fait des personnes dont la société SDPC doit répondre,

- que Mme GUIRONNET a mis à jour cinq points de départ de feu différents,

- qu'il est donc pleinement établi que l'incendie est d'origine criminelle,

- que la société BALLANDE ne démontrant pas que l'incendie ait été déclenché par une personne dont la société SDPC devait répondre en application de l'article 1735 du Code civil et n'apportant pas la preuve d'une quelconque défaillance de la société SDPC, la Cour ne pourra que reconnaître que l'origine criminelle de l'incendie est exonératoire de responsabilité pour le locataire, la société SDPC, et pour son assureur QBE,

- qu'en ce qui concerne la modification des lieux, retenue par le premier juge, aucun élément ne permet d'établir la faute de l'assuré, ni même l'incidence qu'a pu avoir le percement du mur coupe-feu,

- que l'expert Mr FONTEIX a conclu que le mur coupe-feu avait conservé ses caractéristiques mécaniques et pouvait, sans risque, jouer son rôle de paroi,

- que ce constat a été repris par la Cour dans son arrêt du 27 août 2007, portant sur la demande de reconstruction formée par la société BALLANDE,

- que dès lors la Cour constatera l'absence totale d'incidence du perçage du mur coupe-feu dans la propagation de l'incendie et de ce fait, l'absence de faute d'imprudence de nature à engager la responsabilité du locataire,

- qu'en ce qui concerne les indemnités allouées à la société BALLANDE, elles sont manifestement excessives,

- que le premier juge a procédé au chiffrage des préjudices subis sur la base de rapports d'experts privés (Mr LANGE, Mr CEREUIL) qui ne sont pas opposables à la compagnie QBE, faute de tout débat contradictoire,

- que ceci justifie la demande d'expertise financière aux fins de déterminer le montant des dommages réellement subis par la société BALLANDE,

- qu'il appartiendra notamment à l'expert de distinguer les coûts de reconstitution (reconstruction ') et les éventuelles pertes de loyers directement imputables au sinistre, de ceux résultant d'une volonté délibérée du propriétaire des murs de procéder à la destruction en vue de mettre en place un nouveau complexe commercial,
- qu'en effet, alors que trois rapports sur quatre se prononçaient en faveur d'une démolition/reconstruction partielle des locaux, le premier juge a entendu indemniser la société BALLANDE sur la base d'une démolition/reconstruction totale,
- que cette solution n'est nullement justifiée et contraire au principe de réparation intégrale puisqu'elle tend à enrichir la société BALLANDE indûment,
- que la compagnie QBE ne saurait supporter le coût du projet de construction d'un nouveau complexe immobilier sous l'enseigne 'PLEXUS',
- que ce projet, souhaité par la société BALLANDE, a généré sa décision de démolir également le local occupé par la société CALEBAM,
- que ce chef de préjudice ne résulte pas du sinistre mais d'une décision purement commerciale dont la compagnie QBE n'a pas à assumer la responsabilité et encore moins le coût,
- qu'en ce qui concerne la perte des loyers, le premier juge l'a calculée sur la base de 2.557.142 FCFP par mois et d'une période de 24 mois correspondant à la durée des travaux,
- que celle-ci n'est pas justifiée, le Cabinet CUNNINGHAM ayant retenu une période de 14 mois, bien plus raisonnable, soit une perte de loyers de 36.805.748 FCFP.

Par conclusions datées des 09 décembre 2011, 16 mai, 03 et 27 août, 21 septembre 2012, la compagnie MONCEAU GENERALE ASSURANCES dite MGA sollicite la confirmation du jugement entrepris en tant que de besoin par substitution de motifs en ce qu'il a condamné la compagnie QBE à servir réparation à la société BALLANDE et à son assureur subrogé la compagnie MGA, à hauteur de 201.028.840 FCFP, majorée des intérêts au taux légal capitalisés, ainsi qu'aux dépens.

Elle forme un appel incident et demande à la Cour :

- * de débouter la compagnie QBE de toutes ses prétentions et demandes,
- * de condamner la compagnie QBE à lui verser la somme de 2.000.000 FCFP à titre de dommages-intérêts à raison de sa mauvaise foi,
- * de débouter la société BALLANDE de toutes ses prétentions exposées à titre subsidiaire à son encontre,
- * de dire que si par extraordinaire la Cour venait à considérer qu'elle est tenue à un quelconque complément d'indemnité contractuelle à l'égard de la société BALLANDE, la compagnie QBE sera tenue à garantie des entières conséquences dommageables du sinistre incendie survenu le 18 décembre 2005,
- * de dire que la compagnie QBE devra la relever et la garantir de toutes condamnations pouvant intervenir à son encontre,
- * de dire la décision à intervenir commune et opposable à la selarl. ML. GASTAUD, ès-qualités de mandataire liquidateur de la société SDPC,

* de condamner la compagnie QBE à lui verser la somme de 1.000.000 FCFP au titre des frais irrépétibles de première instance,

* de condamner la compagnie QBE à lui verser la somme de 500.000 FCFP au titre des frais irrépétibles d'appel, ainsi qu'aux dépens d'appel.

Elle fait valoir pour l'essentiel :

- que par un arrêt rendu le 26 octobre 2009, la Cour a retenu la responsabilité de la société SDPC dans la survenance de l'incendie et a admis la créance de la société BALLANDE au passif de ladite société pour un montant de 447.204.778 FCFP dont 201.028.840 FCFP au profit de la compagnie MGA par subrogation,

- que niant les grands principes qui régissent le droit des assurances, la compagnie QBE prétend que cette décision, prononcée à l'encontre de son assurée, ne peut s'imposer à elle, et demande à la juridiction commerciale d'écarter toute faute de la société SDPC,

- que cette décision, qui a relevé la responsabilité de la société SDPC, locataire de la société BALLANDE, dans la survenance et la propagation de l'incendie du 18 décembre 2005, s'impose à la compagnie QBE, laquelle ne saurait être admise à tenter d'exclure la responsabilité définitivement acquise de la société SDPC,

- que selon la jurisprudence, la décision judiciaire condamnant l'assuré à raison de sa responsabilité constitue pour l'assureur qui a garanti cette responsabilité, dans ses rapports avec la victime, la réalisation, tant dans son principe que dans son étendue, du risque couvert et lui est, dès lors, opposable lorsque ladite victime exerce son action directe, à moins de fraude à son encontre,

- que la compagnie QBE ne peut feindre d'ignorer les décisions rendues en ce sens par la Cour de Cassation et qui sont rappelées dans tous les manuels de référence comme faisant partie des grands arrêts du droit de l'assurance,

- que le refus de ce principe atteste de la mauvaise foi de la compagnie QBE,

- qu'au surplus, en violation de l'article L. 121-13 du Code des assurances, elle a versé entre les mains du mandataire liquidateur une somme supérieure à 200.000.000 FCFP au titre des indemnités contractuelles dues à son assuré la société SDPC, alors même qu'elle n'avait pas indemnisé les tiers lésés,

- qu'enfin, elle a prétendu que la garantie de la responsabilité de son assurée était plafonnée à 250.000.000 FCFP, alors que ce montant qui figure aux conditions particulières de la police d'assurance ne vise que le plafond du contenu des bâtiments, par nature propriété du locataire,

- qu'en tout état de cause, quelle que soit l'origine de l'incendie, il est établi que par sa faute, en modifiant des équipements de sécurité incendie des lieux confiés à bail, la société SDPC a facilité la propagation de l'incendie,

- que la société BALLANDE est en droit de solliciter parfaite réparation de son entier préjudice auprès de la compagnie QBE,

- qu'en revanche, elle a été pleinement remplie de ses droits issus de la police d'assurances dommage par le versement à son profit de la somme de 201.028.840 FCFP,

- qu'en effet, la déclaration erronée du risque à garantir faite par l'assurée de la surface des locaux ne saurait être niée, outre qu'elle a été reconnue par le juge des référés,

- que la réduction opérée est donc justifiée au regard de l'article 3 du titre IV des conditions générales

du contrat,

- que les prétentions de la société BALLANDE visant à voir fixer un complément d'indemnités contractuelles ne sauraient prospérer.

Par conclusions datées des 23 janvier et 22 mai et 1^{er} octobre 2012, l'OFFICE CALEDONIEN d'ASSURANCE MUTUELLE dit OCAM sollicite la confirmation du jugement entrepris en tant que de besoin par substitution de motifs et demande à la Cour :

* de débouter la compagnie QBE de son appel, l'incendie n'étant pas dû à un cas fortuit,

* de dire que la compagnie QBE doit indemniser la société BALLANDE,

* de constater que la compagnie QBE renonce à opposer un plafond de garantie,

* de débouter la compagnie QBE de sa demande d'expertise financière,

* de dire en conséquence que l'action de la société BALLANDE à son encontre est sans objet,

à titre subsidiaire :

* de dire que la compagnie MGA est mal fondée en ses prétentions d'application de la règle proportionnelle,

* de constater qu'il n'a commis aucune faute,

* de débouter la société BALLANDE de ses demandes portées au subsidiaire à son encontre,

en tout état de cause :

* de déclarer la décision à intervenir opposable à la selarl. ML. GASTAUD ès-qualités de liquidateur de la société SDPC,

Il forme un appel incident et demande à la Cour :

* de condamner la compagnie QBE et la société BALLANDE, chacune séparément, à lui payer la somme de 500.000 FCFP au titre des frais irrépétibles de première instance,

* de condamner la compagnie QBE et la société BALLANDE, chacune séparément, à lui payer la somme de 500.000 FCFP au titre des frais irrépétibles d'appel.

Il fait valoir pour l'essentiel :

- qu'au regard des dispositions de l'article 1733 du Code civil, c'est au locataire de prouver que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou par vice de construction, ou que le feu a été communiqué par une maison voisine,

- que pour tenter de s'exonérer de cette obligation, la compagnie QBE fait valoir une jurisprudence qui érigerait en force majeure l'incendie volontairement causé par un tiers non identifié,

- que cette analyse ne peut être retenue,

- que la discussion est vaine dès lors que la responsabilité du locataire a été judiciairement consacrée par la Cour d'appel le 26 octobre 2009, décision aujourd'hui définitive,

- qu'en effet, il est avéré que la modification apportée par la société SDPC (ouverture d'une fenêtre

de type passe-plat pour le service après-vente technique) a mis à néant la sécurité offerte par le mur coupe-feu,

- que la compagnie MGA est infondée à faire valoir une application de règle proportionnelle liée à une mauvaise indication de la surface dès lors que la police est en valeur de capitaux déclarés,

- qu'elle conteste avoir commis une faute, mais en tout état de cause et cette faute eut-elle été commise, elle aurait laissé sa cliente exempte de préjudice puisqu'elle ne peut que recevoir son indemnité totale,

- que le courtier a visité le risque mais n'est pas géomètre-expert et n'a pas compétence pour calculer les surfaces,

- que la surface portée dans la police est celle dont l'assurée a elle-même donné indication.

Par conclusions datées des 05 avril et 17 août 2012, la société BALLANDE sollicite la confirmation du jugement entrepris, sauf en ce qu'il a évalué le préjudice total qu'elle a subi à la somme de 557.826.679 FCFP.

Elle forme un appel incident et demande à la Cour :

- * de débouter la société QBE de toutes ses demandes,

- * de condamner la compagnie QBE à lui verser la somme de 610.919.948 FCFP, dont 201.028.840 FCFP au profit de la société MGA par subrogation, majorée des intérêts au taux légal à compter du 10 avril 2008,

à titre subsidiaire :

- * de condamner la compagnie MGA à lui rembourser la somme de 235.514.791 FCFP, majorée des intérêts au taux légal à compter de la sommation de payer du 02 octobre 2006,

à titre infiniment subsidiaire :

- * dans le cas où la Cour ferait application d'une retenue de 12 % sur l'indemnité qui lui est due, condamner la société OCAM à lui rembourser les sommes ainsi déduites de son indemnité d'assurance,

en tout état de cause :

- * de condamner la compagnie QBE à lui payer la somme de 1.000.000 FCFP sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile, ainsi qu'aux entiers dépens.

Elle fait valoir pour l'essentiel :

- qu'aux termes de l'article 1733 du Code civil, le locataire répond de l'incendie à moins qu'il ne prouve que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure ou par vice de construction ou que le feu a été communiqué par une maison voisine,

- que la Cour d'appel, dans son arrêt du 26 octobre 2009 a admis la créance de la société BALLANDE pour un montant de 447.204.778 FCFP dont 201.028.840 FCFP au profit de la compagnie MGA par subrogation,

- que cet arrêt répond aux objections de la société QBE qui prétendait voir constater l'absence de négligences du locataire et l'existence d'un cas fortuit exonératoire de responsabilité,

- que la Cour a très clairement indiqué qu'à défaut de preuve directe que l'incendie avait pour origine un acte de malveillance d'un tiers étranger au locataire, celui-ci restait civilement responsable des conséquences du sinistre,
- que la Cour a ajouté qu'au surplus, l'incendie avait pu être facilité par une modification des lieux puisqu'il n'est pas contesté que le gérant de la société SDPC avait fait percer un mur coupe-feu pour créer une ouverture destinée au service technique après vente compromettant ainsi les conditions de sécurité incendie,
- que l'autorité de la chose jugée s'attache à cet arrêt et s'impose à l'assureur de la société SDPC,
- que s'agissant de l'exonération de la présomption de responsabilité du locataire, dont la preuve lui incombe, celle-ci n'est nullement rapportée,
- qu'en effet, dans son ordonnance de non lieu, si le juge d'instruction ne met personne en cause, il n'exclut en aucun cas la responsabilité du locataire,
- qu'en tout état de cause, qu'il s'agisse d'un incendie accidentel ou d'un incendie criminel dont l'auteur ne peut être qu'une personne ayant les clés du magasin, la responsabilité du locataire est totale dans cet incendie,
- qu'il est donc incontestable qu'elle dispose d'un recours direct à l'encontre de la société QBE, assureur de la société SDPC/BUT,
- que son préjudice se compose des éléments suivants :
 - * destruction/reconstruction du bâtiment : 496.455.271 FCFP, tel qu'établi par l'expert Mr CEREUIL,
 - * perte des loyers des locaux occupés par BUT : 2.628.982 FCFP multiplié par 27 mois (pour tenir compte de la période pendant laquelle les locaux ont été rendus indisponibles du fait de la société QBE et de son expert, Mr JEAN) = 70.982.514 FCFP,
 - * locaux occupés par CALEBAM/SPEEDY : 30.000.000 FCFP,
 soit un préjudice total de 597.437.785 FCFP,
- qu'à titre subsidiaire, elle invoque le principe de responsabilité de la compagnie MGA dont la police a été souscrite auprès de l'OCAM, courtier d'assurances de la société BALLANDE,
- que selon le contrat, le capital garanti devait être au moins égal au prix de reconstruction du bâtiment, après déduction de la vétusté,
- que la minoration de l'indemnité d'assurance de 12 % opposée par la compagnie CIMA/MGA au prétexte de la découverte après le sinistre d'une différence de surface au sol du bâtiment, soit 4.663 m² alors que la surface déclarée était de 4.158 m², est donc dénuée de tout fondement,
- qu'en outre, la prime de la police d'assurance a été calculée sur la base d'un capital garanti et non d'une surface,
- qu'il n'y a donc pas lieu à réduction de l'indemnité,
- que la compagnie MGA est redevable de l'intégralité des montants garantis, soit la somme totale de 400.142.580 FCFP,

- que son préjudice garanti se décompose de la manière suivante :

a) sur les préjudices pris en compte par la compagnie MGA :

- qu'au titre du seul bâtiment détruit, la compagnie CIMA/MGA doit lui régler le montant garanti dans les conditions particulières, soit la somme de 356.210.021 FCFP,

- que la compagnie MGA lui ayant réglé la somme de 201.028.840 FCFP (en évoquant à tort la règle proportionnelle et en procédant à une minoration injustifiée de 12 %, soit en omettant la règle du rapport des excédents pour n'appliquer que la règle proportionnelle des capitaux), reste donc lui devoir la somme de 400.142.580 FCFP - 201.028.840 FCFP = 199.113.740 FCFP,

b) sur les préjudices non pris en compte par l'assureur :

* pertes indirectes : 2.067.162 FCFP, soit : la consommation d'eau par les pompiers (445.556 FCFP), le devis de réfection de la voirie d'accès et du parking de l'immeuble de l'entreprise NOUMEA BITUMAGE (10.000.000 FCFP), les frais divers occasionnés par le sinistre : honoraires d'avocat (766.190 FCFP), frais d'huissiers (204.311 FCFP),

* honoraires d'experts : montant maximum garanti = 4.333.889 FCFP (frais réels : CEREUIL (EXCAL) + LANGE + FONTEIX = 4.910.800 FCFP), soit un total de 6.401.051 FCFP,

c) sur les recours des locataires :

* 18.000.000 FCFP (locaux détruits et condamnations prononcées au profit de la société CALEBAM et de son assureur QBE) + 12.000.000 FCFP (indemnité d'éviction de la société CALEBAM), soit un total de 30.000.000 FCFP,

- qu'au total, c'est donc une somme de 235.514.791 FCFP qui sera mis à la charge de la compagnie MGA (199.113.740 + 6.401.051 + 30.000.000),

- qu'à titre infiniment subsidiaire, elle invoque la responsabilité de l'OCAM qui, en sa qualité de courtier, est débitrice d'une obligation de conseil et d'information à l'égard de sa cliente,

- que si la règle proportionnelle de 12 % de retenue au titre de l'inexactitude des surfaces déclarées venait à être appliquée, il conviendrait de condamner l'OCAM à indemniser la société BALLANDE des sommes ainsi déduites de son indemnité d'assurance.

Par conclusions datées des 16 avril et 28 juin 2012, la selarl. ML. GASTAUD, agissant en qualité de mandataire liquidateur de la société SDPC - BUT déclare s'en remettre à la sagesse de la Cour sur le mérite des arguments respectifs des parties.

A titre reconventionnelle, elle demande à la Cour :

* de dire que les sommes dont la société BALLANDE et la compagnie MGA recevront paiement au titre de l'indemnisation des préjudices subis viendront diminuer les créances déclarées pour les mêmes chefs de préjudice au passif de la société SDPC - BUT,

* de condamner la compagnie QBE ou toute autre partie succombante à lui payer la somme de 400.000 FCFP sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile, ainsi qu'aux entiers dépens.

Elle fait valoir pour l'essentiel :

- que dans le cadre de la procédure collective, les créances relatives au litige sont désormais inscrites

au passif de la société en liquidation, conformément à l'arrêt rendu par la Cour le 26 octobre 2009, pour les sommes suivantes :

* créance de la SAS. BALLANDE pour 246.175.938 FCFP,

* créance de la compagnie MGA pour 201.028.840 FCFP à titre subrogatoire,

soit un total de 447.204.477 FCFP,

- que cette créance aujourd'hui définitive a vocation à participer aux opérations qui seront mises en oeuvre dans la cadre de la procédure collective et à être ainsi, au moins partiellement, désintéressée,

- que la SAS. BALLANDE et la compagnie MGA ne sauraient recevoir un double indemnisation, d'autant qu'elle interviendrait au préjudice des autres créanciers de la procédure collective, dont de nombreux fournisseurs pour qui la liquidation judiciaire de la société SDPC - BUT a engendré d'importantes difficultés,

- que ceci constitue le fondement de sa demande reconventionnelle,

- qu'en ce qui concerne l'indemnité réglée par la compagnie QBE entre les mains du mandataire, il s'agit d'une indemnité contractuelle due à son assurée la société SDPC - BUT au titre de la garantie 'pertes d'exploitation' et nullement à l'assurance du risque locatif,

- que le privilège conféré au propriétaire d'un immeuble frappé par un incendie par application des dispositions de l'article L. 121-13 du Code des assurances sur l'indemnité d'assurance n'est relatif qu'au seul risque locatif,

- que sont exclues de ce privilège les sommes versées par l'assureur en compensation de préjudices propres au preneur.

Les ordonnances de clôture et de fixation de la date d'audience ont été rendues le 08 octobre 2012.

Lors de l'audience du 22 novembre 2012, l'affaire a été mise en délibéré pour l'arrêt être rendu le 15 janvier 2013.

A cette date, le délibéré a été prorogé au 29 janvier 2013, ce dont les parties ont été informées.

MOTIFS DE LA DECISION

1) Sur la recevabilité des appels :

Attendu que l'appel principal et les appels incidents, formés dans les délais légaux, doivent être déclarés recevables ;

2) Sur la présomption de responsabilité du locataire :

Attendu qu'aux termes de l'article 1733 du Code civil, le preneur ou locataire répond de l'incendie, à moins qu'il ne prouve :

* que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou par vice de construction,

* ou que le feu a été communiqué par une maison voisine ;

Que selon la jurisprudence de la Cour de Cassation, le locataire ne peut s'exonérer de la responsabilité qui lui incombe qu'à la condition de rapporter la preuve directe et positive que

l'incendie provient de l'une des causes énumérées dans l'article 1733 du Code civil ;

Qu'elle précise :

- * que le cas fortuit suppose un fait étranger au locataire et aux personnes dont il doit répondre,
- * que l'acte de malveillance ne constitue donc un cas fortuit que s'il a été commis par un tiers,
- * que le locataire doit être condamné à indemniser le bailleur lorsque l'origine de l'incendie est restée inconnue,
- * qu'en cas d'incendie volontaire dont l'auteur est resté inconnu, les juges du fond ne peuvent mettre les réparations à la charge du locataire sans rechercher si cet incendie volontaire avait pu être facilité par une négligence qui lui soit imputable ;

Attendu qu'en l'espèce, la compagnie d'assurances QBE, assureur du locataire la société SDPC exerçant sous l'enseigne 'Magasin BUT', soutient que le locataire peut s'exonérer de sa responsabilité s'il établi que l'incendie est d'origine criminelle ;

Qu'elle fait valoir que l'expertise confiée à Mme GUIRONNET par le juge d'instruction confirme qu'il s'agit d'un incendie d'origine volontaire avec déversement de supercarburant et que dans l'ordonnance qu'il a rendue le 19 janvier 2007, le magistrat instructeur a constaté l'existence d'un incendie volontaire mais a prononcé un non lieu faute d'avoir retenu charge suffisante contre quiconque ;

Attendu qu'il résulte des débats et des pièces versées que la société BALLANDE est propriétaire de locaux commerciaux situés dans la zone industrielle de DUCOS, dans la périphérie de NOUMEA, qui ont fait l'objet d'un bail commercial conclu le 20 juin 1989 avec la société SDPC y exploitant à l'enseigne commerciale 'Magasin BUT', lequel a été modifié en 1991 puis en 1998 ;

Que le bailleur, la société BALLANDE, avait assuré ces locaux auprès de la compagnie CIMA devenue MGA, par l'intermédiaire du courtier OCAM ;

Que le locataire, la société SDPC avait souscrit un contrat d'assurance auprès de la compagnie QBE ;

Que les bâtiments, magasins et réserves du Magasin BUT ont été entièrement détruits le 18 décembre 2005 par un incendie dont l'origine est restée inconnue aux termes de l'information judiciaire clôturée le 19 janvier 2007 par une ordonnance de non lieu ;

Que la société SDPC, qui avait rencontré des difficultés et bénéficiait d'un plan de redressement judiciaire par continuation, a été placée en liquidation judiciaire par un jugement rendu le 17 mai 2006 ;

Que 17 août 2006, la société BALLANDE a produit sa créance entre les mains du liquidateur, la Selarl ML.GASTAUD, pour un montant de 540.660.635 FCFP ;

Que celle-ci a été contestée par le liquidateur au motif qu'elle était sans fondement, la société SDPC exploitant le Magasin BUT n'ayant pas été reconnue responsable de l'incendie ;

Que le liquidateur a proposé au juge commissaire d'admettre la créance à hauteur de 6.725.995 FCFP, somme correspondant aux loyers impayés ;

Qu'en vertu d'une ordonnance rendue le 22 décembre 2008, le juge commissaire a rejeté la créance de la société BALLANDE pour un montant de 540.660.635 FCFP mais l'a admise pour la somme de 6.725.995 FCFP ;

Que statuant sur l'appel interjeté par la société BALLANDE, la chambre commerciale de la Cour d'appel de NOUMEA a, par un arrêt rendu le 26 octobre 2009, infirmé l'ordonnance du 22 décembre 2008 et statuant à nouveau, admis la créance de la société BALLANDE à titre chirographaire pour un montant de 447.204.778 FCFP dont 201.028.840 FCFP au profit de la compagnie d'assurance MGA par subrogation, rejeté la créance pour le surplus (93.455.857 FCFP) ;

Attendu que pour ce faire, la Cour, statuant sur 'la responsabilité du locataire', a retenu :

- * que l'article 1733 du Code civil fait peser sur le locataire une présomption de responsabilité de l'incendie des lieux loués dont il ne peut s'exonérer qu'en rapportant la preuve directe et positive que l'incendie provient de l'une des causes qui lui sont étrangères, énumérées à cet article,

- * que s'agissant du cas fortuit, il suppose ainsi un fait étranger au locataire et aux personnes dont il répond ce qui implique que l'acte de malveillance ne constitue un cas fortuit que s'il est démontré qu'il a été commis par un tiers,

- * qu'en l'espèce, il n'est pas contesté que l'incendie a pris naissance dans les locaux commerciaux loués à la société BALLANDE par la société SDPC,

- * que si les causes de l'incendie paraissent criminelles selon les conclusions de l'expert judiciaire commis par le juge d'instruction, celui ci a dû clôturer son information par une ordonnance de non lieu, le ou les auteurs de l'incendie n'ayant pas pu être identifiés ce qui ne prouve pas l'absence d'implication du locataire ou de ses préposés,

- * qu'en conséquence, à défaut de preuve directe que l'incendie a pour origine un acte de malveillance d'un tiers étranger au locataire, celui ci reste civilement responsable des conséquences du sinistre,

- * qu'au surplus, l'incendie a pu être facilité par une modification des lieux puisqu'il n'est pas contesté que le gérant de la société SDPC a fait percer un mur coupe - feu pour créer une ouverture destinée au service technique après-vente, compromettant ainsi les conditions de sécurité incendie,

- * qu'ainsi, même en cas d'incendie volontaire dont l'auteur serait un tiers à la société SDPC, celle - ci en est également responsable en raison de cette imprudence (Civile 3 ème, 02 oct 1996/ Bulletin civil III n ° 204) ;

Attendu que cette décision a été rendue en présence de la société BALLANDE, de la selarl. ML. GASTAUD, ès-qualités de mandataire liquidateur de la société SDPC/BUT, de la compagnie d'assurances MGA et de Mr Robert HAYOUN ;

Que par un arrêt rendu le 07 février 2002, la deuxième chambre civile de la Cour de Cassation a considéré que constitue la réalisation du risque assuré rendant recevable l'exercice d'une action directe de la victime contre l'assureur de la société responsable, la condamnation définitive de cette dernière résultant de la constatation du caractère définitif de l'admission de la créance indemnitaire par une ordonnance définitive du juge - commissaire et de l'autorité de la chose jugée qui s'y attache ;

Que cette jurisprudence est transposable au cas d'espèce, l'admission définitive de la créance indemnitaire de la société BALLANDE au passif de l'assurée, la société SDPC/BUT, par l'arrêt de la chambre commerciale du 26 octobre 2009, constituant la réalisation du risque assuré et rendant recevable l'exercice de l'action directe de la victime, la société BALLANDE, à l'encontre l'assureur de la société responsable, la compagnie d'assurances QBE ;

Qu'en outre, il apparaît que ni le locataire, ni son assureur, ne rapportent la preuve directe et positive que l'incendie est arrivé par cas fortuit, à savoir un acte de malveillance qui aurait été commis par un tiers, c'est à dire par un fait étranger au locataire et aux personnes dont il doit répondre ;

Que de même, ni le locataire, ni son assureur ne démontrent que le sinistre trouve son origine dans un incendie volontaire dont l'auteur est resté inconnu ;

Qu'en effet, l'hypothèse d'un incendie criminel reste une hypothèse, les différents experts qui se sont prononcés ne parvenant pas aux mêmes conclusions ;

Qu'il convient de rappeler que les pompiers comme mes enquêteurs ont constaté que toutes les issues du magasin BUT étaient correctement fermées à clé et qu'aucune trace d'effraction n'a été relevée sur le bâtiment ;

Qu'enfin, il est établi et non sérieusement contestable que le locataire a commis des fautes d'imprudence et de négligence, lesquelles ont consisté à pratiquer une ouverture dans le mur coupe - feu pour permettre l'accès au service après - vente, intervention malencontreuse qui a eu pour effet de compromettre les conditions de sécurité incendie des locaux et de faciliter la propagation du feu dans le magasin, qu'elle qu'en soit la cause, accidentelle ou criminelle;

Qu'il résulte des développements qui précèdent que faute de rapporter la preuve directe et positive qui lui incombe, la compagnie d'assurance QBE, assureur de la société SDPC/ magasin BUT, ne peut s'exonérer de la présomption de responsabilité qui pèse sur le preneur ou locataire en application des dispositions de l'article 1733 du Code civil ;

Attendu qu'au vu de l'ensemble de ces éléments, c'est par des motifs pertinents que la Cour entend adopter que le premier juge a exactement retenu :

* qu'au terme de l'enquête judiciaire ordonnée par le juge d'instruction, une ordonnance de non lieu a été rendue le 19 janvier 2007 faute de charges suffisantes contre quiconque,

* que les pièces du dossier ne permettent donc pas d'établir avec certitude l'origine du sinistre,

* qu'une origine accidentelle implique la responsabilité du locataire,

* qu'une origine criminelle n'est constitutive d'un cas fortuit que si la preuve est rapportée du fait d'un tiers,

* que la compagnie d'assurances QBE ne démontre pas l'acte de malveillance d'un tiers,

* que l'instruction n'a pas permis d'identifier les auteurs de l'incendie, les pompiers ayant constaté à leur arrivée que toutes les issues étaient verrouillées, qu'aucune trace d'effraction ou d'intervention d'un tiers n'a été relevée,

* qu'à défaut de preuve directe d'un acte de malveillance d'un tiers étranger au locataire, la société SDPC reste civilement responsable des conséquences de l'incendie,

* qu'il convient en outre de relever qu'il ressort du rapport déposé le 27 mars 2006 par Mme GUIRONNET, ingénieur au Laboratoire de Police Scientifique de LYON, que l'incendie s'est propagé aux docks en raison d'une modification de la configuration des lieux opérée par le locataire qui avait pratiqué des ouvertures dans les murs coupe feu,

* que d'après cet expert, ces ouvertures ont permis aux fumées et gaz chauds de se répandre, tout en s'accumulant en partie haute, et au contact des gaz chauds les produits stockés se sont enflammés,

* que l'incendie a ainsi pu se propager en raison d'une modification des lieux par le locataire qui avait créé une ouverture destinée au service après vente, compromettant ainsi les conditions de sécurité incendie,

et en a déduit que l'entière responsabilité de la société SDPC. dans ce sinistre devait donc être

retenue et que la compagnie d'assurances QBE devait être condamnée à réparer le préjudice subi par la société BALLANDE ;

Attendu qu'il convient en conséquence de confirmer le jugement entrepris sur ce point ;

3) Sur l'indemnisation des préjudices subis par la société BALLANDE :

A) Sur la destruction et la reconstruction du bâtiment :

Attendu qu'en première instance, la société BALLANDE a demandé la somme de 496.455.271 FCFP correspondant au coût de la démolition et de la reconstruction de l'immeuble sur la base des conclusions du rapport établi le 22 novembre 2007 par Mr CEREUIL ;

Qu'elle renouvelle cette demande en cause d'appel ;

Que la compagnie d'assurances QBE conteste cette estimation au motif que le coût de la démolition et de la reconstruction du local voisin, exploité par la société CALEBAM à l'enseigne SPEEDY, ne peut être imputé à la société SDPC/ magasin BUT dès lors que des travaux de consolidation apparaissaient suffisants comme l'a indiqué la Cour dans un arrêt rendu le 27 août 2007 ;

Attendu qu'il résulte des pièces versées et des débats que trois évaluations ont été produites aux débats :

* le rapport établi par Mr LANGE le 10 mars 2006 qui évalue le coût des travaux à entreprendre à la somme de 298.600.000 FCFP,

* le rapport établi par le bureau d'études CUNNINGHAM & LINDSEY le 17 avril 2006 qui évalue ce coût à la somme de 188.741.238 FCFP pour la reconstruction + 34.224.892 FCFP pour la démolition et les frais annexes,

* le rapport établi par Mr CEREUIL le 22 novembre 2007 qui évalue le coût des travaux à entreprendre à la somme de 496.455.271 FCFP ;

Que le premier juge a très clairement expliqué que ces distorsions reposent sur les appréciations divergentes de ces experts quant à la nécessité de démolir ou non l'ensemble du bâtiment (SDPC/magasin BUT et CALEBAM/entreprise SPEEDY) ;

Qu'en effet, Mr LANGE comme le bureau d'études CUNNINGHAM & LINDSEY n'ont tenu compte que du coût des travaux de démolition et de reconstruction des locaux SDPC/ magasin BUT, le second y ajoutant les travaux de confortement à réaliser sur la partie du bâtiment loué à la société CALEBAM/ entreprise SPEEDY;

Que seul Mr CEREUIL a pris en compte la destruction et la reconstruction totale du bâtiment en s'appuyant sur l'avis des entreprises consultées dont aucune n'a envisagé de ne démolir que la partie SDPC/ magasin BUT et de tenter de conserver en tout ou partie la structure CALEBAM/ entreprise SPEEDY pour des raisons de sécurité ;

Attendu qu'au vu de ces éléments, c'est par des motifs pertinents que la Cour entend adopter que le premier juge a exactement retenu :

* que l'étude réalisée par Mr CEREUIL a été faite en étroite collaboration avec des professionnels spécialisés, à savoir le bureau de contrôle SOCOTEC et les sociétés SOCALMO et COSTENTIN, lesquels ont estimé, s'agissant de la conservation de l'entité SPEEDY moyennant des travaux de confortement, qu'aucune entreprise de charpente métallique n'accepterait de s'y risquer, les éléments de charpente métallique des entités SPEEDY et BUT ne constituant qu'une seule et même structure,

* que la compagnie d'assurances QBE ne saurait se prévaloir du caractère non contradictoire du rapport de Mr CEREUIL, versé aux débats, dès lors qu'elle avait la possibilité d'en discuter les conclusions par la production notamment de devis ou de consultations d'hommes de l'art susceptibles de venir contredire les affirmations de cet expert, ce qu'elle s'est abstenue de faire,

* que l'estimation réalisée par Mr CEREUIL a été faite sur la base de devis d'entreprises spécialisées en construction industrielle qui ont été annexés à son rapport, ce qui n'a pas été le cas des évaluations proposées par les autres experts, après avoir obtenu des avis techniques communiqués par la société SOCOTEC et en tenant compte des normes constructives actuelles et des prix actuellement pratiqués sur le marché,

* que dès lors que le locataire responsable doit réparation non seulement des dommages survenus dans les locaux qui lui ont été donnés à bail, mais également ceux qui ont affecté les locaux voisins donnés à bail par le même propriétaire à un autre locataire, il convient de retenir, au titre du préjudice subi par la société BALLANDE, le coût de la démolition et de la reconstruction totale du bâtiment dont elle était propriétaire, sans qu'il y ait lieu d'appliquer un coefficient de vétusté, tel que chiffré par Mr CEREUIL, pour un montant de 496.455.271 FCFP ;

Attendu qu'il convient en conséquence de confirmer le jugement entrepris sur ce point également;

B) Sur les pertes de loyers des locaux loués occupés par la société SDPC/ magasin BUT :

Attendu qu'en première instance, la société BALLANDE a demandé la somme de 84.464.677 FCFP sur la base d'un tableau mentionnant une perte de loyer depuis février 2006 pour la société SDPC/ magasin BUT et à compter de juillet 2006 pour les deux entités : la société SDPC/ magasin BUT et la société CALEBAM/ entreprise SPEEDY ;

Qu'en cause d'appel, elle forme une demande à hauteur de 70.982.514 FCFP, uniquement pour la perte des loyers de la société SDPC/ magasin BUT, sur la base d'un loyer mensuel de 2.628.982 FCFP et d'une durée des travaux de 27 mois qu'elle qu'estimée par l'expert Mr JEAN ;

Que cette estimation de la durée des travaux apparaît nettement excessive et ne sera donc pas retenue;

Attendu qu'au vu de ces éléments, c'est par des motifs pertinents que la Cour entend adopter que le premier juge a exactement retenu :

* que le montant du loyer dû par la société SDPC/ magasin BUT avait été fixé à 2.557.142 FCFP par mois, comme le démontre le courrier adressé par le conseil de la société SDPC à la société BALLANDE le 21 décembre 2005,

* que le montant du loyer mensuel de la société CALEBAM/ entreprise SPEEDY s'élevait à 421.000 F CFP,

* que l'indemnisation de la perte de loyers devait être calculée sur une période de 24 mois, correspondant au délai minimum nécessaire à la démolition et à la reconstruction de la totalité de l'immeuble,

et a fixé le montant de l'indemnisation à la somme de 61.371.408 FCFP et débouté la société BALLANDE du surplus de ses demandes non justifiées,

Attendu qu'il convient en conséquence de confirmer le jugement entrepris sur ce point également ;

C) sur le préjudice se rapportant aux locaux loués et occupés par la société CALEBAM/ entreprise SPEEDY :

Attendu qu'en première instance, la société BALLANDE a demandé la condamnation de la compagnie d'assurances QBE à lui payer les frais résultant de la destruction partielle des locaux loués à la société CALEBAM/ entreprise SPEEDY, contigus de ceux exploités par la société SDPC/ magasin BUT, soit la somme de 16.810.080 FCFP correspondant au coût des travaux de confortation préconisés par Mr FONTEIX expert, mis à sa charge aux termes de l'arrêt rendu le 27 août 2007 par la Cour et celle 12.000.000 FCFP correspondant au montant de l'indemnité d'éviction par elle réglée à la société CALEBAM/ entreprise SPEEDY ;

Qu'en cause d'appel elle sollicite la somme de 18.000.000 FCFP au titre d'une part, de la destruction des locaux et des condamnations prononcées à son encontre, et d'autre part celle de 12.000.000 FCFP correspondant au montant de l'indemnité d'éviction par elle réglée à la société CALEBAM/entreprise SPEEDY, soit un total de 30.000.000 FCFP ;

Qu'il n'est pas contesté qu'elle a signé un protocole d'accord avec la société CALEBAM/ entreprise SPEEDY aux termes duquel il apparaît que le bail a été résilié et que le locataire a renoncé au bénéfice de l'arrêt rendu par la Cour le 27 août 2007 ;

Attendu qu'au vu de ces éléments, c'est par des motifs pertinents que la Cour entend adopter que le premier juge a exactement retenu :

* que la société BALLANDE n'est pas fondée à faire supporter par la compagnie d'assurances QBE, en plus du coût des travaux de démolition et de reconstruction de l'ensemble du bâtiment, la prise en charge des travaux de confortation d'une partie de ce bâtiment, qui, en tout état de cause, n'ont plus lieu d'être, puisque la société CALEBAM / entreprise SPEEDY y a expressément renoncés et que la société BALLANDE a fait le choix d'une destruction totale de l'immeuble,

* que la compagnie d'assurances QBE n'a pas non plus à supporter les conséquences d'un accord conclu entre la société BALLANDE et la société CALEBAM / entreprise SPEEDY portant sur la résiliation amiable d'un bail dont la résiliation judiciaire avait été refusée à la société BALLANDE par un arrêt auquel la société CALEBAM / entreprise SPEEDY a expressément renoncé,

* que du fait de cette renonciation, la société BALLANDE n'est pas fondée à solliciter de la compagnie d'assurances QBE la prise en charge du montant des condamnations prononcées à son encontre aux termes d'un arrêt qu'elle n'a pas à exécuter,

et a débouté la société BALLANDE de l'ensemble de ses prétentions formées du chef d'un préjudice qui n'est pas justifié ;

Attendu qu'il convient en conséquence de confirmer le jugement entrepris sur ce point également ;

D) Sur le récapitulatif des préjudices subis par la société BALLANDE :

Attendu qu'au vu des développements qui précèdent, il apparaît que le préjudice total subi par la société BALLANDE s'établit de la manière suivante :

* la somme de 496.455.271 FCFP au titre du coût correspondant à la démolition et à la reconstruction totale du bâtiment,

* la somme de 61.371.408 FCFP au titre de la perte des loyers des locaux occupés par la société SDPC/ Magasin BUT,

* soit un total de 557.826.679 FCFP ;

Attendu qu'au vu de ces éléments, c'est par des motifs pertinents que la Cour entend adopter que le premier juge a exactement retenu :

* que la société BALLANDE a perçu de son propre assureur, la compagnie MONCEAU GENERALE ASSURANCES dite MGA une somme de 201.028.840 FCFP à valoir sur l'indemnisation de son préjudice,

* que la compagnie d'assurances QBE doit donc être condamnée à verser à la société BALLANDE le complément soit $557.826.679 - 201.028.840 = 356.797.839$ FCFP, avec intérêts au taux légal à compter du 10 avril 2008, date de signification de la requête introductive d'instance,

* que l'application des limites de garanties contractuellement fixées à 250.000.000 FCFP par le contrat d'assurance souscrit par la société SDPC/ magasin BUT, revendiquée par la compagnie d'assurances QBE, doit être écartée dès lors que cette limitation de garantie ne vise, au regard des clauses du contrat versé aux débats, que le 'contenu' du bâtiment détruit par incendie ;

Attendu qu'il convient en conséquence de confirmer le jugement entrepris sur ce point également ;

4) Sur les demandes présentées par la société BALLANDE à l'encontre de la compagnie d'assurances MGA et du courtier en assurances l'OCAM :

Attendu qu'au vu des développements qui précèdent, c'est par des motifs pertinents que la Cour entend adopter que le premier juge a exactement retenu :

* que l'action de la société BALLANDE dirigée à titre subsidiaire à l'encontre de son assureur, la compagnie MONCEAU GENERALE ASSURANCES dite MGA, et de son courtier en assurance, l'OCAM, est devenue sans objet, le préjudice subi par la société BALLANDE étant indemnisé par la compagnie d'assurances QBE, assureur de la société SDPC / magasin BUT reconnue responsable de l'incendie qui a ravagé son immeuble,

et a relevé que la société BALLANDE ne formulait plus de demande à titre principal à l'encontre de la compagnie d'assurances MGA ;

Qu'il convient en conséquence de confirmer le jugement entrepris sur ce point également ;

5) Sur les demandes présentées par la compagnie d'assurances MGA à l'encontre de la compagnie assurances QBE :

Attendu qu'au vu des développements qui précèdent, c'est par des motifs pertinents que la Cour entend adopter que le premier juge a exactement retenu :

* que la compagnie MGA justifie avoir versé à la société BALLANDE une somme de 201.028.840 FCFP à valoir sur son préjudice,

* que l'assureur, subrogé dans les droits de son assurée, à hauteur de cette somme, est fondé à solliciter de la compagnie d'assurances QBE, assureur de la société SDPC / magasin BUT, le remboursement des sommes versées à la société BALLANDE,

* que la compagnie d'assurances QBE doit donc être condamnée à verser à la compagnie d'assurances MGA la somme de 201.028.840 FCFP, avec intérêts au taux légal à compter du 06 août 2008, date de l'assignation en intervention forcée délivrée à son encontre par la compagnie d'assurances MGA, avec anatocisme conformément aux dispositions de l'article 1154 du Code civil,

* que l'action de la société BALLANDE à l'égard de la compagnie d'assurances MGA étant dépourvue d'objet, il en est de même de l'action en garantie dirigée par la compagnie d'assurances MGA à l'encontre de la compagnie d'assurances QBE ;

Attendu qu'il convient en conséquence de confirmer le jugement entrepris sur ce point également, ce qui revient à le confirmer en toutes ses dispositions ;

6) Sur les demandes présentées par la selarl. ML. GASTAUD, ès-qualités de mandataire liquidateur de la société SDPC / magasin BUT :

Attendu que la société SDPC / magasin BUT fait l'objet d'une procédure de liquidation ;

Que dans ce cadre, les créances de la société BALLANDE et de la compagnie d'assurances MGA ont été inscrites au passif de la société en liquidation, conformément à l'arrêt rendu par la Cour le 26 octobre 2009, soit 246.175.938 FCFP pour la première et 201.028.840 FCFP (à titre subrogatoire) pour la seconde, soit un total de 447.204.477 FCFP ;

Que la selarl. ML. GASTAUD, agissant ès-qualités de mandataire liquidateur de la société SDPC / magasin BUT demande à la Cour de dire que les sommes dont la société BALLANDE et la compagnie d'assurances MGA recevront paiement au titre de l'indemnisation des préjudices subis viendront diminuer les créances déclarées pour les mêmes chefs de préjudice au passif de la société SDPC / magasin BUT ;

Qu'en l'absence de toute opposition des autres parties sur ce point, il sera fait droit à cette demande ;

7) Sur la demande aux fins de dommages-intérêts présentée par la compagnie d'assurances MGA à l'encontre de la compagnie d'assurances QBE :

Attendu que l'usage d'un droit dégénère en abus pouvant donner lieu à dommages-intérêts dès lors qu'il est établi que celui qui a fait usage de ce droit l'a fait de mauvaise foi, ou par une erreur telle qu'elle est assimilable à la mauvaise foi ;

Que tel n'est pas le cas en l'espèce et la demande sera donc rejetée ;

PAR CES MOTIFS :

La Cour,

Statuant par arrêt contradictoire déposé au greffe ;

Déclare les appels recevables en la forme ;

Vu l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour le 26 octobre 2009 ;

Confirme le jugement rendu le 10 août 2011 par le Tribunal Mixte de Commerce de NOUMEA en toutes ses dispositions ;

Y ajoutant :

Vu la procédure de liquidation judiciaire dont fait l'objet la société SDPC / magasin BUT ;

Dit que les sommes dont la société BALLANDE et la compagnie d'assurances MONCEAU GENERALE ASSURANCES dite MGA recevront paiement au titre de l'indemnisation des préjudices subis viendront diminuer les créances déclarées par celles-ci pour les mêmes chefs de préjudice au passif de la société SDPC/ magasin BUT en liquidation ;

Déboute la compagnie d'assurances MGA de sa demande de dommages-intérêts dirigée à l'encontre de la compagnie d'assurances QBE ;

Déboute les parties de leurs demandes plus amples ou contraires comme mal fondées ;

Vu les dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile condamne la compagnie d'assurances

QBE INSURANCE INTERNATIONAL dite QBE à payer les sommes suivantes :

*** deux cent cinquante mille (250.000) FCFP** à la compagnie d'assurances MGA,

*** deux cent cinquante mille (250.000) FCFP** à la société OCAM,

***deux cent cinquante mille (250.000) FCFP** à la selarl. ML. GASTAUD és-qualités de mandataire liquidateur de la société SDPC / magasin BUT ;

Déboute la société BALLANDE et la compagnie d'assurances QBE de leurs demandes respectives présentées à ce titre ;

Condamne la compagnie d'assurances QBE INSURANCE INTERNATIONAL dite QBE aux dépens de la procédure d'appel, avec distraction d'usage au profit de la selarl. d'avocats DE GRESLAN, de la selarl. d'avocats LOUZIER-FAUCHE-CAUCHOIS, de la selarl. d'avocats CALEXIS et de la selarl. d'avocats AUPLAT-GILLARDIN, sur leurs offres de droit ;

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT