

TEXTE INTÉGRAL

Rejet

ECLI : ECLI:FR:CCASS:2019:C100024

numéros de diffusion : 24

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Bordeaux, 27 mars 2017), que, le 18 août 2007, Q... X... Y..., ressortissant espagnol né le [...], a été victime d'un accident le laissant tétraplégique, lors de la descente d'un toboggan aquatique du parc d'attractions exploité par la société Aqualand (l'exploitant), assurée par la société Ace European Group Limited, aux droits de laquelle vient la société Chubb European Group Limited (l'assureur) ; qu'une expertise médicale, puis une expertise technique ont été ordonnées en référé, une provision de 100 000 euros étant allouée à la victime, décédée le [...]; que ses ayants droit, Mme R...A... N... , M. José A... X... , Mme Z... X... A..., C... et Alejandro B... X... , mineurs représentés par Mme Z... X... A... et M. Alejandro B... (les consorts X...), ainsi que l'organisme de sécurité sociale Osakidetza ont assigné l'exploitant et l'assureur aux fins d'indemnisation de leurs préjudices ; que l'exploitant a appelé en garantie le fabricant du toboggan, la société Van Egdome Waterzuivering En Recreatietechniek BV (le fabricant) ;

Sur les premiers moyens du pourvoi principal et du pourvoi incident, qui sont similaires, ci-après annexés :

Délibéré par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, après débats à l'audience publique du 20 juin 2018, où étaient présents : Mme Flise, président, Mme Brouard-Gallet, conseiller doyen, M. de Leiris, conseiller référendaire rapporteur, Mme Vassalo, avocat général, Mme Mainardi, greffier de chambre ;

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur les moyens annexés qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Sur le deuxième moyen du pourvoi principal et le deuxième moyen du pourvoi incident, pour partie similaires, réunis :

Attendu que l'assureur et l'exploitant font grief à l'arrêt de dire que le second est entièrement responsable du préjudice subi par Q... X... Y... et de les condamner solidairement à indemniser les conjoints X..., alors, selon le moyen :

1°/ que l'obligation de sécurité de l'exploitant d'un centre de loisirs est de moyens lorsque l'exécution même de la prestation implique, en raison de sa participation physique, le rôle actif de l'utilisateur de l'installation et l'existence corrélatrice d'un aléa ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a vérifié que le client avait bien respecté la position de départ préconisée par l'exploitant avant et au cours de la descente, tête en avant sur le ventre et en veillant à tenir une planche entre les mains et contre le corps pour se guider, toutes constatations qui impliquaient que l'intéressé participait nécessairement à la réalisation de la prestation et qu'il disposait ainsi d'une « marge de manoeuvre » pour imprimer, fût-ce de façon marginale, une direction à ses mouvements ; qu'en attribuant à l'obligation de sécurité de l'exploitant le caractère d'une obligation de résultat au cours de la phase de descente, lorsqu'il résultait de ses propres constatations que la réalisation de la prestation dépendait du comportement de l'intéressé, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil alors en vigueur ;

2°/ que l'exploitant d'un toboggan aquatique n'est tenu, au cours de l'arrivée des usagers dans le bassin d'eau, que d'une obligation de moyens, peu important la position adoptée au cours de la phase de descente ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a relevé que si l'hyperextension cervicale était induite par la position de descente préconisée par l'exploitant, c'était « lors du choc avec la surface de l'eau » qu' Q... X... Y... avait été victime d'une contusion médullaire « en raison de ce qu'il avait un canal médullaire étroit » ; qu'en affirmant, néanmoins, que l'accident qui s'était produit à l'arrivée « ne peut être dissocié de la descente » de sorte que l'exploitant aurait été tenu d'une obligation de résultat, lorsque celle-ci ne pouvait concerner la phase postérieure à la descente, phase postérieure au cours de laquelle l'accident était survenu, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil alors en vigueur ;

3°/ que le débiteur d'une obligation contractuelle de sécurité, fût-elle de résultat, ne répond pas des dommages qui sont imputables à des causes extérieures à la réalisation du risque inhérent à la prestation ; qu'en l'espèce, si la cour d'appel a relevé que la descente tête en avant, telle qu'elle était préconisée par l'exploitant, impliquait une hyperextension cervicale, un cascadeur précisait « qu'il n'y a aucun risque grave de blessure à la tête si la descente se fait dans un état d'inconscience car la tête et les trapèzes sont relâchés » ; qu'elle a encore relevé que l'origine de la plaie dont souffrait Q... X... Y... était inconnue et que la contusion médullaire, à l'origine du décès, « résulte de ce qu'il avait un canal médullaire étroit », état physiologique particulier qui était propre à l'intéressé ; qu'en retenant que l'exploitant devait répondre des conséquences dommageables d'une lésion étrangère aux risques qu'il devait prévenir, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil alors en vigueur ;

4°/ que l'exploitant d'une installation sportive ou de loisirs qui se conforme aux normes techniques relatives à l'exploitation d'un tel ouvrage ne commet pas une faute du seul fait qu'il ne respecte pas les consignes contraires du fabricant ; que le juge ne peut lui imputer un manquement à son obligation de moyens qu'à condition de caractériser les circonstances qui auraient dû conduire l'exploitant à appliquer les recommandations de son fabricant ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a admis que l'exploitant avait respecté les normes techniques relatives à l'équipement en cause, la position de descente préconisée par l'exploitant n'étant pas « à la différence d'autres » interdite par la norme ; qu'à supposer

qu'elle ait considéré que les conditions d'utilisation étaient fautives en ce qu'elles étaient contraires aux préconisations du fabricant et qu'elles étaient considérées comme dangereuses par l'expert, l'exploitant n'ayant en outre pas empêché l'accès aux personnes dont l'état présentait un potentiel danger, sans expliquer sur quels éléments l'exploitant aurait dû se fonder pour lui imposer de se fier aux préconisations du fabricant au lieu de respecter la norme technique en vigueur, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du code civil alors en vigueur ;

Mais attendu, d'abord, que l'arrêt relève que l'utilisateur, une fois lancé sur le toboggan, est dans l'impossibilité de maîtriser sa trajectoire qui est déterminée par la forme et la pente du toboggan dont il n'a aucune possibilité de sortir et qu'il est obligé de suivre jusqu'au bout pour arriver dans l'eau, que la façon de prendre les virages, à supposer qu'il soit possible d'agir sur celle-ci, n'a qu'une incidence très marginale, et que la vitesse étant déterminée par la pente et le glissement sur l'eau, la marge de manoeuvre pour l'utilisateur est minime ; qu'il ajoute que le dommage résulte du choc avec la surface de l'eau après une descente de 110 mètres à l'arrivée combinée avec une vitesse de 20 à 22 km/h, alors que l'utilisateur était en hyperextension cervicale du fait de la position de descente imposée, sur le ventre tête en avant ; que la cour d'appel en a exactement déduit que, l'accident s'étant produit à l'arrivée qui ne peut être dissociée de la descente, l'exploitant du toboggan était tenu d'une obligation de sécurité de résultat ;

Et attendu, ensuite, qu'ayant retenu que, si Q... X... Y... présentait un canal médullaire étroit, cet état antérieur n'avait pas généré de pathologie et aurait pu ne jamais en générer aucune, et qu'il était établi par l'expertise médicale que le dommage avait pour cause l'hyperextension cervicale induite par la position de descente imposée par l'exploitant, sur le ventre tête en avant, en ce que l'arrivée à grande vitesse dans l'eau induisait un choc et une décélération, la cour d'appel, qui s'est expliquée comme elle le devait sur le caractère fautif des conditions d'utilisation du toboggan par l'exploitant, contraires aux recommandations du fabricant et considérées comme les plus dangereuses par l'expert judiciaire, en a déduit, à bon droit, qu'il était entièrement responsable du préjudice subi par Q... X... Y... ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur les troisièmes moyens du pourvoi principal et du pourvoi incident, qui sont similaires, réunis :

Attendu que l'assureur et l'exploitant font grief à l'arrêt de rejeter la demande de garantie ou à tout le moins de partage de responsabilité formée contre le fabricant, alors, selon le moyen, que le fabricant d'un équipement destiné au public manque à son obligation de conseil s'il n'alerte pas son acquéreur des risques associés à une exploitation inappropriée de l'ouvrage qu'il constate lors d'une visite de contrôle sécurité ; qu'en l'espèce, l'assureur faisait valoir que lors d'une visite de contrôle sécurité, le fabricant (la société Van Egdome) n'avait émis aucune réserve quant aux conditions d'utilisation du toboggan telles qu'elles étaient imposées par l'exploitant aux usagers, en position allongée tête en avant, et s'était borné à changer un élément de polyester ; qu'elle en déduisait que le fabricant avait manqué à son obligation de conseil en ne l'alertant sur les prétendus dangers associés à une telle position ; qu'en se bornant à relever, par motifs propres et adoptés, que le fabricant avait livré à l'exploitant un tableau figurant les positions autorisées et les positions interdites, sans à aucun moment s'interroger sur le point de savoir si le fabricant n'avait pas manqué à son obligation de conseil à l'occasion des missions de contrôle, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du code civil alors en vigueur ;

Mais attendu qu'ayant retenu que le toboggan était conforme quant à sa conception et à sa fabrication, et que le fabricant avait remis un panneau d'utilisation interdisant la position pourtant imposée par l'exploitant aux usagers, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder aux recherches prétendument omises que ses constatations et appréciations rendaient inopérantes, a légalement justifié sa décision de ce chef ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois ;

Condamne la société Chubb European Group Limited aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer à Mme R...A..., M. José A... X... , tant en leur nom personnel, qu'ès qualités, Mme Z... X... A..., tant en son nom personnel qu'ès qualités, et M. Alejandro B..., la somme globale de 3 000 euros, et rejette les autres demandes ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du neuf janvier deux mille dix-neuf.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat aux Conseils, pour la société Chubb European Group Limited, demanderesse au pourvoi principal

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué D'AVOIR rejeté la demande de nullité des assignations des 1er et 22 juillet 2011 et D'AVOIR en conséquence dit que la société Aqualand était entièrement responsable du préjudice subi par M. Q... X... Y..., suite à l'accident du 18 août 2007, que la société Ace European Group Limited était tenue in solidum à réparation des préjudices subséquents à cet accident dans la limite du plafond de 1.279.153 euros, D'AVOIR condamné la société Aqualand et la société Ace European group Limited in solidum à payer Mme R...A... N... , épouse X... Y..., M. José Q... A... X..., et Mme Z... X... A... la somme de 394.381,70 euros à titre de réparation de préjudice corporel de M. Q... X... Y..., D'AVOIR condamné la société Aqualand et la société Ace European Group Limited in solidum à payer à Osakidetza, service basque de santé de San Sebastian et de Bilbao diverses sommes, et D'AVOIR condamné la société Aqualand et la société Ace European Group Limited à payer diverses sommes à titre de frais et de réparation de divers préjudices subis par Mme R...A... N... , épouse X... Y..., M. José Q... A... X..., Mme Z... X... A..., ainsi qu'à Mme Z... X... A... et M. B... X..., ès qualités de représentants légaux de leurs enfants mineurs Alejandro B... X... et C... B... X...,

AUX MOTIFS PROPRES QU'il est constant que l'assignation destinée à la société Aqualand et à son assureur a été délivrée les 1er et 22 juillet 2011, alors que Q... X... A... était décédé le [...], la préparation de l'assignation ayant été élaborée de son vivant, mais les délais de signification ayant

retardé la signification ; qu'à ce titre, l'assignation délivrée au nom de Q... X... A... est atteinte de nullité, une personne décédée ne pouvant agir en justice ; mais que s'agissant d'une action transmissible aux ayants droit du défunt, cette nullité peut être régularisée, et elle l'a été en l'espèce, par des conclusions d'intervention volontaire des ayants droit de Q... X... A... devant le juge de la mise en état par conclusions du 2 septembre 2011 d'une part ; que d'autre part, l'assignation a été également délivrée par les consorts X... A..., son épouse et ses enfants, en leur nom propre pour leur préjudice personnel en qualité de victimes indirectes, et la validité de l'assignation à ce titre ne peut être contestée ; qu'il eût été en revanche appréciable que le nom de la victime décédée ne figure plus en tant que partie sur les conclusions d'appel ; qu'enfin, il est justifié de la qualité d'ayants droit de l'épouse et des enfants de Q... X... A... par la production d'un acte émanant d'un notaire espagnol, traduit en français, qui leur reconnaît cette qualité, laquelle doit s'apprécier au regard du droit espagnol pour la succession d'un ressortissant espagnol décédé en Espagne, acte dont il n'est pas démontré qu'il ne serait pas probant ; que par ailleurs, s'agissant des enfants mineurs de la fille de la victime, si l'assignation a été délivrée au nom de leur mère agissant ès qualités et non de leurs deux parents, d'une part, la recevabilité de l'assignation doit s'apprécier au regard du droit espagnol dont relèvent lesdits enfants, et il n'est pas établi que celui-ci exige que, pour une action patrimoniale, ils soient représentés par les deux parents ; que d'autre part, cette irrégularité, à la supposer fondée, a été régularisée, les enfants mineurs étant désormais représentés par leurs deux parents ; que le jugement sera confirmé en ce qu'il a rejeté cette vaine contestation des assignations ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE comme l'a déjà jugé le juge de la mise en état dans son ordonnance du 18 décembre 2012, si les assignations initiales ont été délivrées au nom de M. Q... X... , qui était décédé au jour de la délivrance de ces assignations, elles ont aussi été délivrées au nom de Mme X... née A... N... , de M. José Q... X... , de Mme Z... X... A..., de M. Alejandro B... X... , de Mademoiselle C... B... X... qui, eux, n'étaient pas décédés, de sorte que l'assignation n'est pas nulle en ce qui les concerne ; que ces derniers ont présenté des demandes en qualité d'ayants droit de M. Q... X... Y... décédé dans les conclusions notifiées par voie électronique le 2 septembre 2011 comportant leurs

noms et adresses ce qui vaut intervention volontaire, et leur demande est recevable en ce qu'elle présente un lien suffisant avec leur demande principale présentée à titre personnel ; que selon bordereau de communication de pièces numéro 6, les consorts X... ont communiqué un extrait d'acte dressé par un notaire du Pays basque, acte traduit en français duquel il ressort que Mme R... X..., épouse du défunt, M. José Q... X... et Mme Z... X..., fils et fille du défunt, sont héritiers en usufruit ou en nue-propiété de M. Q... X... ; qu'ils ont ainsi justifié de leur qualité d'ayants droit ; qu'il apparaît que les mineurs Alejandro et C... B... X... sont représentés par leurs parents dont Mme X... Z... et il a été produit une copie du livret de famille révélant qu'il s'agit des enfants de cette dernière ; qu'il s'évince de ces éléments que les demandeurs ont bien qualité et intérêt à agir ; que la demande de nullité des assignations sera dès lors rejetée ;

1°) ALORS QUE l'assignation délivrée au nom d'une personne décédée est nulle sans que la présence à l'acte des héritiers, agissant exclusivement en qualité de victimes par ricochet pour l'indemnisation de leur préjudice propre, ne suffise à valider l'acte litigieux ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a expressément constaté que l'acte d'assignation délivré les 1er et 22 juillet 2011 au nom d'Q... X... A... était atteint de nullité, une personne décédée ne pouvant agir en justice ; qu'en affirmant, pour refuser de l'annuler, que l'assignation délivrée au nom de la victime décédée était cependant « également délivrée par les consorts X... A..., son épouse et ses deux enfants, en leur nom propre pour leur préjudice personnel en qualité de victimes indirectes », lorsqu'il résultait de ses propres constatations que les époux et les enfants agissaient en leur nom propre et non en tant qu'ayants droits de la victime directe, la cour d'appel a violé les articles 117 et 121 du code de procédure civile ;

2°) ALORS QU'un acte d'assignation entaché de nullité à raison de l'inexistence de son auteur ne peut être ultérieurement régularisé par l'intervention volontaire au cours de l'instance des ayants droit de celui-ci ; qu'en affirmant que l'assignation délivrée au nom de M. Q... X... A... était régularisée par les conclusions de ses ayants droits en date du 2 septembre 2011, la cour d'appel a violé les articles 117 et 121 du code de procédure civile.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué D'AVOIR dit que la société Aqualand était entièrement responsable du préjudice subi par M. Q... X... Y..., suite à l'accident du 18 août 2007, que la société Ace European Group Limited était tenue in solidum à réparation des préjudices subséquents à cet accident dans la limite du plafond de 1.279.153 euros, D'AVOIR condamné la société Aqualand et la société Ace European group Limited in solidum à payer Mme R...A... N... , épouse X... Y..., M. José Q... A... X..., et Mme Z... X... A... la somme de 394.381,70 euros à titre de réparation de préjudice corporel de M. Q... X... Y..., D'AVOIR condamné la société Aqualand et la société Ace European Group Limited in solidum à payer à Osakidetza, service basque de santé de San Sebastian et de Bilbao diverses sommes, et D'AVOIR condamné la société Aqualand et la société Ace European Group Limited à payer diverses sommes à titre de frais et de réparation de divers préjudices subis par Mme R...A... N... , épouse X... Y..., M. José Q... A... X..., Mme Z... X... A..., ainsi qu'à Mme Z... X... A... et M. B... X..., ès qualités de représentants légaux de leurs enfants mineurs Alejandro B... X... et C... B... X...

AUX MOTIFS PROPRES QUE la nature de la responsabilité recherchée est contractuelle, dès lors que se crée un contrat entre le client, ici A. X... A..., qui achète une prestation, en l'espèce l'accès au parc aquatique et aux attractions de celui-ci et l'exploitant, la société Aqualand ; qu'en vertu de l'article 1147 ancien du code civil applicable au litige compte tenu de la date des faits, le débiteur est condamné s'il y a lieu au paiement de dommages intérêts en raison de l'inexécution de ses obligations toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ; que c'est par des motifs complets et pertinents qui ne sont pas remis en cause par les débats en appel et que la cour adopte que le premier juge a d'une part considéré que la nature de l'obligation de la société Aqualand relevait d'une obligation de sécurité de résultat et non de moyens, et d'autre part que la société Aqualand avait failli à son obligation, ce qui était la cause du préjudice subi par A. X... Z. ; que s'agissant de l'obligation de sécurité de résultat, elle résulte de ce que les clients, une fois lancés sur le toboggan, sont dans l'impossibilité de maîtriser leur trajectoire qui est déterminée par la forme et la pente du toboggan, dont ils n'ont aucune possibilité de

sortir et qu'ils sont obligés de suivre jusqu'au bout soit 110 mètres pour arriver dans l'eau, la façon de prendre les virages, à supposer que le tapis sur lequel ils sont allongés permette d'agir sur celle-ci, n'ayant qu'une incidence très marginale, et ce même dans l'hypothèse où la victime aurait pour une cause inconnue été inconsciente ; que pour la vitesse, il ressort de l'expertise technique qu'elle est essentiellement déterminée par la pente et le glissement sur l'eau, avec une marge de manoeuvre dépendant des mouvements du client minime; qu'il ne peut être sérieusement soutenu que l'accident s'étant produit à l'arrivée et non sur le toboggan lui-même, cette obligation ne s'appliquerait plus ; qu'en effet, il est avéré, en l'espèce, du témoignage du salarié de la société Aqualand qui surveillait l'arrivée dans le bassin que A. X... Z. est arrivé à la fin du toboggan normalement sur son tapis, l'a lâché comme prévu à l'arrivée dans l'eau, s'est relevé et que ce n'est qu'immédiatement après qu'il s'est recroquevillé et a commencé à couler, sans intervention ni choc avec un tiers, par l'effet immédiat de la contusion médullaire, de sorte que l'accident s'est produit à l'arrivée qui ne peut être dissociée de la descente. Il ressort des témoignages et des documents médicaux que A. X... Z. présentait à l'arrivée une plaie occipitale avec saignement, qui a été désinfectée sur place ; que l'origine de cette plaie est inconnue, dès lors qu'il ressort du témoignage du salarié de la société Aqualand qui surveillait le départ en haut du toboggan que A. X... A... est parti tout à fait normalement, sans choc avec la barre transversale destinée à empêcher les clients de partir en position debout, l'hypothèse avancée par l'expert technique étant contredite par ce témoignage ; qu'il est établi par l'expertise médicale que la cause des blessures de A. X... A... est une hyperextension cervicale ; cette hyperextension est induite par la position de descente unique imposée par la société Aqualand, soit sur le ventre tête en avant sur un tapis ; mais en l'espèce, lors du choc avec la surface de l'eau après une descente de 110 mètres à l'arrivée combinée avec la vitesse d'arrivée de l'ordre de 20/22 km/h, cette hyperextension a provoqué chez A. X... Z. une contusion médullaire, qui résulte de ce qu'il avait un canal médullaire étroit ; cet état antérieur était inconnu de lui et n'avait pas généré de pathologie, et aurait pu n'en générer jamais aucune en l'absence de ce choc spécifique, lequel est inhérent à l'activité toboggan, puisque l'arrivée à grande vitesse dans l'eau induit un choc et une décélération ; qu'et la position adoptée par A. X... Z. pour la descente est la

seule admise par la société Aqualand, sur le tapis sur le ventre tête devant, étant précisé que le départ est surveillé par un salarié de la société, qui atteste en l'occurrence du départ de A. X... A... selon cette modalité, sans incident ni choc avec la barre ; la circonstance que A. X... A... soit porteur de prothèses de hanche est sans incidence, l'allégation selon laquelle il aurait pu avoir du mal à se placer dans la position de départ obligatoire étant démentie par l'attestation du salarié surveillant le départ, et aucune limitation d'accès n'étant faite en fonction de l'état du client, qu'il s'agisse d'un canal médullaire étroit, ce qu'ignorait A. X... A..., ou d'opérations antérieures, sauf celle relative à un âge minimal, destiné à en écarter les enfants trop petits ; que le jugement sera confirmé en ce qu'il a été jugé que la société Aqualand avait failli à son manquement à l'obligation de sécurité de résultat, et qu'elle devait en conséquence être déclarée entièrement responsable du préjudice subi par A. X... A... et ses ayants droit, et ce, in solidum et sous la garantie de son assureur, la société Ace european group limited , dans les limites du plafond de garantie de 1 279 135.70 €, solde du plafond de 1 500 000 € après prise en charge de sinistres pour l'année 2007 ;

(

)

Que c'est par des motifs complets et pertinents qui ne sont pas remis en cause par les débats en appel et que la cour adopte que le premier juge a rejeté la demande de la société Aqualand tendant à être garantie par la société Van egdom waterzuivering en recreatietechniek bv, fabricant du toboggan ; qu'il apparaît en effet que le toboggan est conforme à la norme applicable à cet équipement de loisir quant à sa conception et sa fabrication, qui n'est pas en cause en l'espèce, la cause de l'accident résidant dans l'incidence d'un canal médullaire étroit chez Q... X... Z. sur le choc avec l'eau en hyperextension à l'arrivée ; que ce choc tient lui même à la position imposée par la société Aqualand aux utilisateurs ; que si celle ci n'est pas prohibée, à la différence d'autres, par la norme, que l'expert technique considère à cet égard insuffisante, le fabricant demeure libre de préconisations allant au delà de la norme ; que l'expert technique note d'ailleurs que la position imposée par la société Aqualand est la plus dangereuse de

toutes, la position pieds en avant permettant au bas du corps d'amortir le choc avec l'eau ; que tel est bien le cas en l'espèce, puisque les panneaux d'utilisation du fabricant interdisent la position couché sur le ventre tête en avant, qu'il ressort de l'attestation du technicien de la société Van egdom waterzuivering en recreatietechniek bv venu vérifier les installations en mai 2007 qu'il a remis un panneau figurant les positions autorisées, la position recommandée étant assis jambes en avant ou sur le dos pieds en avant les mains soutenant la tête, et les positions interdites, panneau qu'il n'a pas mis en place, ceci relevant de la responsabilité de la société exploitante ; que ce panneau composé de seize pictogrammes, dont la photo est annexée au rapport d'expertise technique, a été retrouvé inutilisé appuyé contre un mur derrière une échelle ; que la circonstance, au demeurant non prouvée, que le technicien, expérimenté, de la société Van egdom waterzuivering en recreatietechniek bv ait pu lors des essais descendre le toboggan sous sa seule responsabilité dans la position litigieuse, n'en faisait en rien une position d'utilisation par les usagers de l'attraction ; que de même il est fallacieux de prétendre que la société Van egdom waterzuivering en recreatietechniek bv n'interdirait la position litigieuse que pour les toboggans dénommés kamikaze ou highwall alors que celui en cause est dénommé anaconda, cette appellation résultant du choix de l'exploitant, et la facture portant le numéro de série de l'équipement 06.341, celle de kamikaze, étant précisé que ce toboggan était le troisième de ce type exploité par la société Aqualand ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE aux termes de l'article 1147 du code civil, le débiteur est condamné s'il y a lieu au paiement de dommages et intérêts en raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée enore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ; que l'exploitant d'un toboggan est tenu pendant la descente à une obligation de résultat en ce qui concerne la sécurité de ses clients ; qu'en l'espèce, eu égard à l'impossibilité pour les utilisateurs de maîtriser leur trajectoire l'accident s'étant produit durant la descente en toboggan, l'obligation contractuelle de sécurité de l'exploitant tu toboggan s'analyse en une obligation de résultat, étant observé qu'il n'est pas établi que durant la descente et à l'arrivée, M. X... ait eu un comportement

anormal et que c'est la déclivité et la force de l'eau qui provoquait le déplacement de l'utilisateur ; qu'il ressort des opérations d'expertises que la position imposée par la société Aqualand pour effectuer la descente du toboggan Anaconda était la position ventrale sur un tapis tenu à 2 mains bras en avant et tête en avant telle que figurée sur le panneau qui porte la mention Anaconda placé sous le porche du toboggan Anaconda et qui comporte la mention 'position obligatoire » avec une flèche dirigée vers un pictogramme de la position précédemment décrite, panneau qui se trouvait sous le porche (cf. p. 25 du rapport G... – S...) ; que M. Sébastien D..., employé de la société Aqualand, dans son compte rendu suite à l'accident « Anaconda du 18 août 2007 » établi le 20 août 2007 indique : « assis sur la chaise de surveillance bas de bassin, je vois la personne descendre du toboggan dans le tube d'arrivée. Il tenait son tapis et l'a lâché à l'arrivée comme un client normal. Jusque-là rien d'anormal. Il n'a jamais plongé dans l'eau. Je le vois se relever et immédiatement se recroqueviller sur lui-même, la face dans l'eau

j'ai remarqué une plaie au sommet du crâne qui saignait beaucoup sans être grosse » ; que M. Vincent E..., autre employé de la société Aqualand, a dans un compte rendu suite à l'accident établi le 20 août 2007 indiqué : « le client est parti normalement sans difficulté particulière

j'ai observé qu'à l'arrivée, il a fait quelques pas pour se relever et brutalement, il s'est mis en position foetale et a commencé à couler

comprenant qu'il y a situation de danger, je préviens les clients qui se trouvaient au départ de ne pas partir et j'ai plongé dans le toboggan jaune avec un tapis

j'ai vu une blessure qui me paraissait peu importante, Pierre, le suppléant des responsables des secours, dès son arrivée, a arrêté le saignement » ; qu'il ressort du témoignage de cet employé qu'il n'y a pas eu d'incident au départ ; que M. Vincent F..., autre employé d'Aqualand dans son rapport du 20 août 2007 (pièce 6 communiquée par la SCP Loustau-Laramandia trouvée dans le dossier Aqualand) indique avoir désinfecté la plaie sagittale au sommet du crâne de la personne d'environ 5 cm qui d'après son expérience nécessitait des points de suture ; que pour sa part, l'expert G... qui a fait effectuer plusieurs descentes à 2 employés de la société Aqualand, a relevé qu'à chaque arrivée dans le bassin, la position

de réception est en hyperextension cervicale (cf. p. 35 du rapport) ; puis qu'il a eu recours aux services d'un cascadeur, M. H..., pour effectuer les essais et il note p. 65 du rapport que les descentes de ce dernier doivent être interprétées avec prudence, car il s'agit d'un professionnel qui de manière réflex, fléchit sa colonne vertébrale lors de l'entrée dans l'eau alors qu'il était en hyperextension lors de la descente ; que M. H... a d'ailleurs précisé qu'il n'y a aucun risque grave de blessure à la tête si la descente se fait dans un état d'inconscience car la tête et les trapèzes sont relâchés ; qu'or M. X... a effectué sa descente de façon parfaitement normale ainsi que l'on relevé les 2 employés de la société Aqualand et état parfaitement conscient lors de l'arrivée dans le bassin, l'un des employés précisant qu'il n'avait lâché le tapis qu'une fois arrivé dans l'eau « comme un client normal » ; qu'en ce qui concerne la plaie occipitale, le docteur I... indique qu'il ressort de la description du Smur d'Arcachon qu'il y avait un impact occipital avec laie ; qu'il fait aussi état d'une plaie frontale qui est décrite comme sagittale, c'est-à-dire verticale au niveau du front nécessitant des points de suture sans indiquer d'où il tient cette information ; que sur ce point, il convient d'observer en réalité, il ressort du rapport de M. Vincent F... que la plaie n'était pas frontale mais au sommet du crâne et qu'elle était verticale ; qu'aucun élément du dossier ne permet de retenir qu'il y ait eu 2 plaies comme l'indique le Dr I... dans son rapport ; qu'il n'en est pas fait état dans le certificat médical versé au dossier ni dans les éléments médicaux relevés par le SMUR, intervenu immédiatement après l'accident, qui note seulement une plaie occipitale ; qu'en revanche, cette plaie ne paraît pas compatible avec un choc sur la base transversale non protégée de l'aire de départ tel que mentionnée par le Dr I... page 108 du rapport ; qu'enfin, le docteur I... indique que la plaie frontale a été constatée par le fils de M. X... avant que ce dernier arrive dans l'eau reprenant ainsi un courrier du fils de la victime, M. José Q... X... A... daté du 10 décembre 2008 qui indique que lorsque son père était en l'air pendant qu'il tombait dans l'eau, il s'était rendu compte qu'il saignait à la hauteur du front ; qu'ainsi il convient d'observer qu'aucun élément du dossier ne permet d'affirmer comme le fait le Dr I... que l'hypothèse à retenir est que la plaie frontale décrite par les différents témoins a été occasionnée par la barre métallique non protégée de l'aire de départ car contrairement à ses dires, il n'y a dans le dossier aucun témoignage d'une laie frontale, les seuls témoignages relatent une

plaie au sommet du crâne et/ou occipitale (à l'arrière du crâne notamment celui du SMUR) ; qu'il convient aussi de relever que M. José Q... X... A... dans le courrier précité indique « je l'ai vu sortir du tube tête en bas, dans la même position qu'il était entré dans le tube » étant observé que le docteur J... a indiqué page 5 de son rapport que selon les indications recueillies au cours de l'entretien avec son épouse et son fils, au moment des faits M. Q... X... était avec son fils et son gendre, son fils était parti en premier devant lui et il n'avait pas vu son père au cours du trajet qui va extrêmement vite ; que dès lors, il est peu probable que M. José Q... X... A... ait pu voir dans quelle position était la tête de son père au départ contrairement à ses affirmations, étant observé que son témoignage ne correspond pas non plus au témoignage des employés de la société Aqualand en ce qui concerne ce qui 'est passé quand son père est arrivé dans l'eau ; que M. E... a indiqué que M. X... était parti sans incident ; qu'en toute hypothèse, M. X... a dû se positionner sur l'aire de départ pour prendre une position de descente qui était imposée par l'exploitant mais interdite par le fabricant ; qu'il ne saurait lui être reproché une faute de positionnement pour adopter la position de départ pour une descente sur le ventre, tête en avant, conformément aux instructions de l'exploitant, étant relevé à titre superfétatoire que les employés de la société Aqualand n'ont mentionné aucune faute de positionnement au départ comme à l'arrivée de M. X... ; qu'en revanche, il ressort des éléments du dossier qu'il a été imposé à M. X... une position de descente qui l'exposait en tant que professionnel à une hyperextension des cervicales pendant la descente qui a conduit à un traumatisme du rachis cervical avec le choc de l'arrivée dans l'eau associé à cette position d'hyperextension des cervicales induit par la position de descente, traumatisme qui a entraîné la contusion médullaire à l'origine de la tétraplégie, étant observé que le canal cervical étroit non révélé (cf. le certificat du Dr K... en date du 24 septembre 2010 communiqué au Dr I...) avant l'accident ne constitue pas selon le professeur J... un état antérieur avéré et que le patient aurait pu vivre jusqu'à son décès sans aucune pathologie avérée ; que le docteur I... indique lui aussi qu'un canal rachidien étroit peut rester asymptomatique toute la vie durant et que l'hypermobilité d'un niveau intervertébral au-dessus d'un bloc arthrosique va permettre un traumatisme médullaire par mécanisme de coupe cigare, cause qu'il exclut pour retenir (cf. Page 108 du rapport) la cause la plus fréquente,

l'hyperextension de la colonne cervicale laquelle réduit les dimensions d'un canal rachidien étroit, les patients porteurs d'un canal rachidien étroit devant être prévenus du risque qu'ils encourent en cas de traumatisme ; qu'en l'espèce, il ressort que seul le fait traumatique lié à l'accident a été le facteur qui a déclenché la contusion médullaire, étant observé que sans cela, M. X... aurait pu vivre toute sa vie sans aucune pathologie avérée ; qu'aucun élément médical objectif ne permet de dire que le port de prothèses de hanche a été un facteur limitant pour se positionner dans des conditions normales sur l'aire de départ, étant rappelé en outre que M. E... a indiqué que M. X... était parti normalement sans difficulté particulière ; qu'en conséquence il apparaît que la société Aqualand a failli à son obligation de sécurité de résultat et doit être entièrement responsable du préjudice subi par M. Q... X... Y... suite à l'accident du 18 août 2007 et condamné à réparer les préjudices des consorts X... en qualité d'ayants droits de M. X... et en qualité de victime indirecte, son assureur, la société Ace European Group Limited devant être condamnée in solidum avec elle dans les limites du plafond de garantie de 1.279.135,70 euros ;

(
)

Qu'il ressort des constatations effectuées par l'expert G... qu'il n'y a pas eu d'erreur de conception ni de fabrication du toboggan Anaconda par la société Van Egdom ; qu'il convient de relever que la société Van Egdom avait livré les panneaux à la société Aqualand pour qu'ils soient installés ainsi qu'il résulte de l'attestation de M. L... (la photographie sur le site d'Aqualand de l'un d'eux stocké au sol derrière d'autres objets et notamment une échelle se trouvant page 155 du rapport G...) ; que l'installateur ne se souvient pas s'il avait ou non installé ce panneau mais il est constant que le panneau a été livré à la société Aqualand mais que c'est un autre panneau qui a été installé par la société Aqualand (page 25 du rapport d'expertise G...), panneau dont il n'est pas soutenu qu'il lui ait été remis par la société Van Egdom et qui indiquait comme position obligatoire la position de descente « couché sur le ventre, tête en avant » alors pourtant que cette position était interdite par les panneaux Van Edgdom, panneaux qui

interdisaient la position de descente ventrale, tête en avant, de même que la position « debout », la position « couché sur le dos, tête en avant », la position « assis, dos vers l'arrière », la position « à genou » mais indiquaient comme autorisées la position « assis, jambes vers l'avant et pliées », et la position « couché sur le dos, tête en arrière un peu surélevée et tenue avec les mains » ; que nonobstant les prétentions de la société Aqualand, le fabricant ne saurait être tenu pour responsable des conditions d'exploitation par la société Aqualand, alors qu'il n'est pas contestable qu'il lui avait été livré les panneaux édictant les positions autorisées et les positions interdites ; que dès lors, il y a lieu de débouter la société Aqualand de son appel en garantie de la société Van Gedom et de l'ensemble de ses demandes à son encontre ;

1°) ALORS QUE (subsidaire) l'obligation de sécurité de l'exploitant d'un centre de loisirs est de moyens lorsque l'exécution même de la prestation implique, en raison de sa participation physique, le rôle actif de l'utilisateur de l'installation et l'existence corrélatrice d'un aléa ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a vérifié que le client avait bien respecté la position de départ préconisée par l'exploitant avant et au cours de la descente, tête en avant sur le ventre et en veillant à tenir une planche entre les mains et contre le corps pour se guider, toutes constatations qui impliquaient que l'intéressé participait nécessairement à la réalisation de la prestation et qu'il disposait ainsi d'une « marge de manoeuvre » pour imprimer, fût-ce de façon marginale, une direction à ses mouvements (arrêt attaqué p. 18) ; qu'en attribuant à l'obligation de sécurité de l'exploitant le caractère d'une obligation de résultat au cours de la phase de descente, lorsqu'il résultait de ses propres constatations que la réalisation de la prestation dépendait du comportement de l'intéressé, la Cour d'appel a violé l'article 1147 du Code civil alors en vigueur ;

2°) ALORS en tout état de cause QUE l'exploitant d'un toboggan aquatique n'est tenu, au cours de l'arrivée des usagers dans le bassin d'eau, que d'une obligation de moyens, peu importante la position adoptée au cours de la phase de descente ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a relevé que si l'hyperextension cervicale était induite par la position de descente préconisée par l'exploitant, c'était « lors du choc avec la surface de l'eau » que Q... X... A... avait été victime d'une contusion médullaire « en

raison de ce qu'il avait un canal médullaire étroit » (arrêt attaqué p. 18 et p. 26) ; qu'en affirmant néanmoins que l'accident qui s'était produit à l'arrivée « ne peut être dissocié de la descente » de sorte que l'exploitant aurait été tenu d'une obligation de résultat, lorsque celle-ci ne pouvait concerner la phase postérieure à la descente, phase postérieure au cours de laquelle l'accident était survenu, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil alors en vigueur ;

3°) ALORS QUE le débiteur d'une obligation contractuelle de sécurité, fût-elle de résultat, ne répond pas des dommages qui sont imputables à des causes extérieures à la réalisation du risque inhérent à la prestation ; qu'en l'espèce, si la cour d'appel a relevé que la descente tête en avant, telle qu'elle était préconisée par l'exploitant, impliquait une hyperextension cervicale, un cascadeur précisait « qu'il n'y a aucun risque grave de blessure à la tête si la descente se fait dans un état d'inconscience car la tête et les trapèzes sont relâchés » ; qu'elle a encore relevé que l'origine de la plaie dont souffrait M. Q... X... A... était inconnue (arrêt attaqué p. 18, paragraphe 2) et que la contusion médullaire, à l'origine du décès, « résulte de ce qu'il avait un canal médullaire étroit », état physiologique particulier qui était propre à l'intéressé (arrêt attaqué p. 18 et p. 26) ; qu'en retenant que l'exploitant devait répondre des conséquences dommageables d'une lésion étrangère aux risques qu'il devait prévenir, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil alors en vigueur ;

4°) ALORS QUE (éventuelle) l'exploitant d'une installation sportive ou de loisirs qui se conforme aux normes techniques relatives à l'exploitation d'un tel ouvrage ne commet pas une faute du seul fait qu'il ne respecte pas les consignes contraires du fabricant ; que le juge ne peut lui imputer un manquement à son obligation de moyens qu'à condition de caractériser les circonstances qui auraient dû conduire l'exploitant à appliquer les recommandations de son fabricant ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a admis que la société Aqualand avait respecté les normes techniques relatives à l'équipement en cause, la position de descente préconisée par l'exploitant n'étant pas « à la différence d'autres » interdite par la norme (p. 26) ; qu'à supposer qu'elle ait considéré que les conditions d'utilisation étaient fautives en ce qu'elles étaient contraires aux préconisations du fabricant et qu'elles étaient considérées comme dangereuses par l'expert, l'exploitant n'ayant en outre pas empêché l'accès aux personnes dont l'état

présentait un potentiel danger, sans expliquer sur quels éléments l'exploitant aurait dû se fonder pour lui imposer de se fier aux préconisations du fabricant au lieu de respecter la norme technique en vigueur, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du code civil alors en vigueur.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR rejeté la demande tendant à voir dire que la société Van Egdomec avait manqué à son obligation de conseil à l'égard de la société Aqualand et qu'elle devait en conséquence garantir la société Aqualand et sa compagnie d'assurances Ace European Group de l'intégralité des condamnations mises à leur charge au bénéfice des consorts X... ou, à tout le moins, prononcer un partage de responsabilité,

AUX MOTIFS PROPRES QUE c'est par des motifs complets et pertinents qui ne sont pas remis en cause par les débats en appel et que la cour adopte que le premier juge a rejeté la demande de la société Aqualand tendant à être garantie par la société Van egdom waterzuivering en recreatietechniek bv, fabricant du toboggan ; qu'il apparaît en effet que le toboggan est conforme à la norme applicable à cet équipement de loisir quant à sa conception et sa fabrication, qui n'est pas en cause en l'espèce, la cause de l'accident résidant dans l'incidence d'un canal médullaire étroit chez Q... X... Z. sur le choc avec l'eau en hyperextension à l'arrivée ; que ce choc tient lui même à la position imposée par la société Aqualand aux utilisateurs ; que si celle ci n'est pas prohibée, à la différence d'autres, par la norme, que l'expert technique considère à cet égard insuffisante, le fabricant demeure libre de préconisations allant au delà de la norme ; que l'expert technique note d'ailleurs que la position imposée par la société Aqualand est la plus dangereuse de toutes, la position pieds en avant permettant au bas du corps d'amortir le choc avec l'eau ; que tel est bien le cas en l'espèce, puisque les panneaux d'utilisation du fabricant interdisent la position couché sur le ventre tête en avant, qu'il ressort de l'attestation du technicien de la société Van egdom waterzuivering en recreatietechniek bv venu vérifier les installations en mai 2007 qu'il a remis un panneau figurant les positions autorisées, la position recommandée étant assis jambes en avant

ou sur le dos pieds en avant les mains soutenant la tête, et les positions interdites, panneau qu'il n'a pas mis en place, ceci relevant de la responsabilité de la société exploitante ; que ce panneau composé de seize pictogrammes, dont la photo est annexée au rapport d'expertise technique, a été retrouvé inutilisé appuyé contre un mur derrière une échelle ; que la circonstance, au demeurant non prouvée, que le technicien, expérimenté, de la société Van egdom waterzuivering en recreatietechniek bv ait pu lors des essais descendre le toboggan sous sa seule responsabilité dans la position litigieuse, n'en faisait en rien une position d'utilisation par les usagers de l'attraction ; que de même il est fallacieux de prétendre que la société Van egdom waterzuivering en recreatietechniek bv n'interdirait la position litigieuse que pour les toboggans dénommés kamikaze ou highwall alors que celui en cause est dénommé anaconda, cette appellation résultant du choix de l'exploitant, et la facture portant le numéro de série de l'équipement 06.341, celle de kamikaze, étant précisé que ce toboggan était le troisième de ce type exploité par la société Aqualand ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QU'il ressort des constatations effectuées par l'expert G... qu'il n'y a pas eu d'erreur de conception ni de fabrication du toboggan Anaconda par la société Van Egdom ; qu'il convient de relever que la société Van Egdom avait livré les panneaux à la société Aqualand pour qu'ils soient installés ainsi qu'il résulte de l'attestation de M. L... (la photographie sur le site d'Aqualand de l'un d'eux stocké au sol derrière d'autres objets et notamment une échelle se trouvant page 155 du rapport G...) ; que l'installateur ne se souvient pas s'il avait ou non installé ce panneau mais il est constant que le panneau a été livré à la société Aqualand mais que c'est un autre panneau qui a été installé par la société Aqualand (page 25 du rapport d'expertise G...), panneau dont il n'est pas soutenu qu'il lui ait été remis par la société Van Egdom et qui indiquait comme position obligatoire la position de descente « couché sur le ventre, tête en avant » alors pourtant que cette position était interdite par les panneaux Van Edgdom, panneaux qui interdisaient la position de descente ventrale, tête en avant, de même que la position « debout », la position « couché sur le dos, tête en avant », la position « assis, dos vers l'arrière », la position « à genou » mais indiquaient comme autorisées la position « assis, jambes vers l'avant et pliées », et la position « couché sur le dos, tête en arrière un peu surélevée et tenue avec les

mains » ; que nonobstant les prétentions de la société Aqualand, le fabricant ne saurait être tenu pour responsable des conditions d'exploitation par la société Aqualand, alors qu'il n'est pas contestable qu'il lui avait été livré les panneaux édictant les positions autorisées et les positions interdites ; que dès lors, il y a lieu de débouter la société Aqualand de son appel en garantie de la société Van Gedom et de l'ensemble de ses demandes à son encontre ;

ALORS QUE le fabricant d'un équipement destiné au public manque à son obligation de conseil s'il n'alerte pas son acquéreur des risques associés à une exploitation inappropriée de l'ouvrage qu'il constate lors d'une visite de contrôle sécurité ; qu'en l'espèce, la société Ace European Group faisait valoir que lors d'une visite de contrôle sécurité, le fabricant (la société Van Egdom) n'avait émis aucune réserve quant aux conditions d'utilisation du toboggan telles qu'elles étaient imposées par l'exploitant aux usagers, en position allongée tête en avant, et s'était borné à changer un élément de polyester (conclusions p. 47) ; qu'elle en déduisait que le fabricant avait manqué à son obligation de conseil en ne l'alertant sur les prétendus dangers associés à une telle position ; qu'en se bornant à relever, par motifs propres et adoptés, que la société Van Egdom avait livré à la société Aqualand un tableau figurant les positions autorisées et les positions interdites, sans à aucun moment s'interroger sur le point de savoir si la société Van Egdom n'avait pas manqué à son obligation de conseil à l'occasion des missions de contrôle, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du code civil alors en vigueur.

Moyens produits par la SCP Monod, Colin et Stoclet, avocat aux Conseils pour la société Aqualand, demanderesse au pourvoi incident

PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté la demande de nullité des assignations des 1er et 22 juillet 2011, d'avoir déclaré la société Aqualand entièrement responsable du préjudice subi par Q... X... Y... à la suite de l'accident du 18 août 2007, et d'avoir condamné la société Aqualand, in solidum avec la société Ace European Group aux droits de laquelle est venue la société Chubb European

Group Ltd, à payer à Mme R...A... N... épouse X... Y..., M. Jose Q... A... X... et Mme Z... X... A... la somme de 394 381,70 € à titre de réparation du préjudice corporel de Q... X... Y... ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE l'assignation destinée à la société Aqualand et à son assureur a été délivrée les 1er et 22 juillet 2011, alors que Q... X... Y... était décédé le [...], la préparation de l'assignation ayant été élaborée de son vivant, mais les délais de signification ayant retardé la signification ; qu'à ce titre l'assignation délivrée au nom de Q... X... Y... est atteinte de nullité, une personne décédée ne pouvant agir en justice ; mais que, s'agissant d'une action transmissible aux ayants droit du défunt, cette nullité peut être régularisée, et elle l'a été, en l'espèce, par des conclusions d'intervention volontaire des ayants droit d'Q... X... Y... devant le juge de la mise en état par conclusions du 2 septembre 2011 d'une part ; que, d'autre part, l'assignation a été également délivrée par les conjoints X... A..., son épouse et ses deux enfants, en leur nom propre pour leur préjudice personnel en qualité de victimes indirectes, et la validité de l'assignation à ce titre ne peut être contestée ; qu'il est justifié de la qualité d'ayants droit de l'épouse et des enfants de Q... X... Y... par la production d'un acte émanant d'un notaire espagnol, traduit en français, qui leur reconnaît cette qualité, laquelle doit s'apprécier au regard du droit espagnol pour la succession d'un ressortissant espagnol décédé en Espagne, acte dont il n'est pas démontré qu'il ne serait pas probant ; que s'agissant des enfants mineurs de la fille de la victime, si l'assignation a été délivrée au nom de leur mère seule agissant ès qualités et non de leurs deux parents, d'une part la recevabilité de l'assignation doit s'apprécier au regard du droit espagnol dont relèvent lesdits enfants, et il n'est pas établi que celui-ci exige que, pour une action patrimoniale, ils soient représentés par les deux parents ; que d'autre part, cette irrégularité, à la supposer fondée, a été régularisée, les enfants mineurs étant désormais représentés par leurs deux parents ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE si les assignations initiales ont été délivrées au nom de M. Q... X... Y..., qui était décédé au jour de leur délivrance, elles ont aussi été délivrées au nom de Mme X... née A... N... , de M. Jose Q... X... , de Mme Z... X... A..., de M. Alejandro B... X... , de Mme M... B... X... qui eux, n'étaient pas décédés de sorte que l'assignation n'est pas nulle en ce qui les concerne ; que ces

derniers ont présenté des demandes en qualité d'ayants droit de Q... X... Y... décédé, dans les conclusions notifiées le 2 septembre 2011 comportant leur nom et adresse ce qui vaut intervention volontaire et que leur demande est recevable en ce qu'elle présente un lien suffisant avec leur demande principale présentée à titre personnel ;

1/ ALORS QUE l'irrégularité d'une procédure engagée au nom d'une personne décédée est une irrégularité de fond qui ne peut être couverte, même par une intervention volontaire de ses héritiers ; qu'en affirmant que l'assignation délivrée au nom de Q... X... Y... à une date à laquelle il était décédé, avait été régularisée par des conclusions d'intervention volontaire des ayants droit du défunt, la cour d'appel a violé les articles 117 et 121 du code de procédure civile ;

2/ ALORS QUE la circonstance que l'assignation ait également été délivrée par l'épouse, les enfants et les petits-enfants en leur nom propre, en qualité de victimes indirectes et pour leur préjudice personnel, et que cette assignation soit, sur ce point, régulière était inopérante quant à la régularité de l'assignation en tant qu'elle avait pour objet la réparation des préjudices subis par Q... X... Y... ; qu'en prenant en compte cette circonstance pour refuser de prononcer l'annulation de l'assignation émanant du défunt, la cour d'appel a, de nouveau, violé les articles 117 et 121 du code de procédure civile.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré la société Aqualand entièrement responsable du préjudice subi par Q... X... Y... à la suite de l'accident du 18 août 2007, de l'avoir déboutée de son appel en garantie contre la société Van Egdome et de l'avoir condamnée, in solidum avec la société Ace European Group (aux droits de laquelle est venue la société Chubb European Group Ltd), à payer à Mme R...A... N... épouse X..., M. Jose Q... A... X..., Mme Z... X... A... la somme de 394 381,70 € à titre de réparation de préjudice corporel de Q... X... Y..., à payer à Osakidetza la somme globale de 102 539,75 €, à payer diverses somme à Mme R...A... N... épouse X... Y... au titre des frais divers, des frais d'obsèques, du préjudice économique, du préjudice d'affection et du préjudice d'accompagnement ainsi qu'à payer aux enfants, M. Jose Q... A... X..., Mme Z... X... A... des sommes au titre du préjudice

d'affection et du préjudice d'accompagnement ainsi qu'aux petits-enfants représentés par leurs parents, une somme au titre du préjudice d'affection ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE c'est par des motifs complets et pertinents qui ne sont pas remis en cause par les débats en appel que le premier juge a, d'une part, considéré que la nature de l'obligation de la société Aqualand relevait d'une obligation de sécurité de résultat et non de moyens et, d'autre part, que la société Aqualand avait failli à son obligation, ce qui était la cause du préjudice subi par Q... X... Y... ; que s'agissant de l'obligation de sécurité de résultat, elle résulte de ce que les clients, une fois lancés sur le toboggan, sont dans l'impossibilité de maîtriser leur trajectoire qui est déterminée par la forme et la pente du toboggan, dont ils n'ont aucune possibilité de sortir et qu'ils sont obligés de suivre jusqu'au bout soit 110 mètres pour arriver dans l'eau, la façon de prendre les virages, à supposer que le tapis sur lequel ils sont allongés permette d'agir sur celle-ci, n'ayant qu'une incidence très marginale, et ce même dans l'hypothèse où la victime aurait pour une cause inconnue été inconsciente ; que pour la vitesse, il ressort de l'expertise technique qu'elle est essentiellement déterminée par la pente et le glissement sur l'eau, avec une marge de manoeuvre dépendant des mouvements du client minime ; qu'il ne peut être sérieusement soutenu que l'accident s'étant produit à l'arrivée et non sur le toboggan lui-même, cette obligation ne s'appliquerait plus ; qu'en effet, il est avéré, en l'espèce, du témoignage du salarié de la société Aqualand qui surveillait l'arrivée dans le bassin que Q... X... Y... est arrivé à la fin du toboggan normalement sur son tapis, l'a lâché comme prévu à l'arrivée dans l'eau, s'est relevé et que ce n'est qu'immédiatement après qu'il s'est recroquevillé et a commencé à couler, sans intervention ni choc avec un tiers, par l'effet immédiat de la contusion médullaire, de sorte que l'accident s'est produit à l'arrivée qui ne peut être dissociée de la descente ; qu'il ressort des témoignages et des documents médicaux que Q... X... Y... présentait à l'arrivée une plaie occipitale avec saignement, qui a été désinfectée sur place ; que l'origine de cette plaie est inconnue, dès lors qu'il ressort du témoignage du salarié de la société Aqualand qui surveillait le départ en haut du toboggan que Q... X... est parti tout à fait normalement, sans choc avec la barre transversale destinée à empêcher les clients de partir en position debout, l'hypothèse avancée par l'expert technique étant contredite par ce témoignage ; qu'il est établi par

l'expertise médicale que la cause des blessures de Q... X... Y... est une hyperextension cervicale ; que cette hyperextension est induite par la position de descente unique imposée par la société Aqualand, soit sur le ventre, tête en avant sur un tapis ; que lors du choc avec la surface de l'eau après une descente de 110 mètres à l'arrivée combinée avec la vitesse d'arrivée de l'ordre de 20/22 km/h, cette hyperextension a provoqué chez Q... X... Y... une contusion médullaire, qui résulte de ce qu'il avait un canal médullaire étroit ; que cet état antérieur était inconnu de lui et n'avait pas généré de pathologie, et aurait pu n'en générer jamais aucune en l'absence de ce choc spécifique, lequel est inhérent à l'activité toboggan, puisque l'arrivée à grande vitesse dans l'eau induit un choc et une décélération ; que la position adoptée par Q... X... Y... pour la descente est la seule admise par la société Aqualand, sur le tapis sur le ventre tête devant, étant précisé que le départ est surveillé par un salarié de la société, qui atteste en l'occurrence du départ de Q... X... Y... selon cette modalité, sans incident ni choc avec la barre ; que la circonstance que Q... X... Y... soit porteur de prothèses de hanche est sans incidence, l'allégation selon laquelle il aurait pu avoir du mal à se placer dans la position de départ obligatoire étant démentie par l'attestation du salarié surveillant le départ, et aucune limitation d'accès n'étant faite en fonction de l'état du client, qu'il s'agisse d'un canal médullaire étroit, ce qu'ignorait Q... X... Y..., ou d'opérations antérieures, sauf celle relative à un âge minimal, destiné à en écarter les enfants trop petits ; que la société Aqualand a failli à son obligation de sécurité de résultat, et qu'elle doit en conséquence être déclarée entièrement responsable élu préjudice subi par Q... X... Y... et ses ayants droit ;

AUX MOTIFS ADOPTES QUE l'exploitant d'un toboggan est tenu pendant la descente à une obligation de résultat en ce qui concerne la sécurité de ses clients ; qu'en l'espèce, eu égard à l'impossibilité pour les utilisateurs de maîtriser leur trajectoire, l'accident s'étant produit durant la descente en toboggan, l'obligation contractuelle de sécurité de l'exploitant du toboggan s'analyse en une obligation de résultat, étant observé qu'il n'est pas établi que durant la descente et à l'arrivée, M. X... Y... ait eu un comportement anormal et que c'est la déclivité et la force de l'eau qui provoquait le déplacement de l'utilisateur ; qu'il ressort des opérations d'expertise que la position imposée par la société Aqualand pour effectuer la descente du toboggan Anaconda était la position ventrale sur un tapis tenu

à 2 mains bras en avant et tête en avant telle que figurée sur le panneau qui porte la mention Anaconda placé sous le porche du toboggan et qui comporte la mention « position obligatoire » avec une flèche dirigée vers un pictogramme de la position précédemment décrite, panneau qui se trouvait sous le porche ; que M. D..., employé de la société Aqualand, dans son compte rendu établi le 20 août 2007, indique : « assis sur la chaise de surveillance bas de bassin, je vois la personne descendre du toboggan dans le tube d'arrivée. Il tenait son tapis et l'a lâché à l'arrivée comme un client normal. Jusque-là rien d'anormal. Il n'a jamais plongé dans l'eau. Je le vois se relever et immédiatement se recroqueviller sur lui-même, la face dans l'eau... j'ai remarqué une plaie au sommet du crâne qui saignait beaucoup sans être grosse » ; que M. E..., autre employé de la société Aqualand, a dans un compte rendu suite à l'accident établi le 20 août 2007, indiqué : « le client est parti normalement sans difficulté particulière... j'ai observé qu'à l'arrivée, il a fait quelques pas pour se relever et brutalement, il s'est mis en position foetale et a commencé à couler... comprenant qu'il y a situation de danger, je préviens les clients qui se trouvaient au départ de ne pas partir et j'ai plongé dans le toboggan jaune avec un tapis... j'ai vu une blessure qui me paraissait peu importante, Pierre, le suppléant des responsables des secours, dès son arrivée, a arrêté le saignement » ; qu'il ressort du témoignage de cet employé qu'il n'y a pas eu d'incident au départ ; que M. F..., autre employé d'Aqualand dans son rapport du 20 août 2007 indique avoir désinfecté la plaie sagittale au sommet du crâne de la personne d'environ 5 cm qui d'après son expérience nécessitait des points de suture ; que pour sa part, l'expert G... qui a fait effectuer plusieurs descentes à 2 employés de la société Aqualand, a relevé qu'à chaque arrivée dans le bassin, la position de réception est en hyperextension cervicale ; puis qu'il a eu recours aux services d'un cascadeur, M. H..., pour effectuer les essais et il note que les descentes de ce dernier doivent être interprétées avec prudence, car il s'agit d'un professionnel qui de manière réflexe, fléchit sa colonne vertébrale lors de l'entrée dans l'eau alors qu'il était en hyperextension lors de la descente ; que M. H... a d'ailleurs précisé qu'il n'y a aucun risque grave de blessure à la tête si la descente se fait dans un état d'inconscience car la tête et les trapèzes sont relâchés ; qu'or M. X... Y... a effectué sa descente de façon parfaitement normale ainsi que l'on relevé les deux employés de la société Aqualand et état parfaitement conscient lors de

l'arrivée dans le bassin, l'un des employés précisant qu'il n'avait lâché le tapis qu'une fois arrivé dans l'eau « comme un client normal » ; qu'en ce qui concerne la plaie occipitale, le Dr I... indique qu'il ressort de la description du Smur d'Arcachon qu'il y avait un impact occipital avec plaie ; qu'il fait aussi état d'une plaie frontale qui est décrite comme sagittale, c'est-à-dire verticale au niveau du front nécessitant des points de suture sans indiquer d'où il tient cette information ; que sur ce point, il convient d'observer en réalité, il ressort du rapport de M. Vincent F... que la plaie n'était pas frontale mais au sommet du crâne et qu'elle était verticale ; qu'aucun élément du dossier ne permet de retenir qu'il y ait eu deux plaies comme l'indique le Dr I... ; qu'il n'en est pas fait état dans le certificat médical versé au dossier ni dans les éléments médicaux relevés par le Smur, intervenu immédiatement après l'accident, qui note seulement une plaie occipitale ; qu'en revanche, cette plaie ne paraît pas compatible avec un choc sur la base transversale non protégée de l'aire de départ tel que mentionnée par le Dr I... ; qu'enfin, ce dernier indique que la plaie frontale a été constatée par le fils de M. X... Y... avant que ce dernier arrive dans l'eau reprenant ainsi un courrier du fils de la victime, M. Jose Q... X... A... daté du 10 décembre 2008 qui indique que lorsque son père était en l'air pendant qu'il tombait dans l'eau, il s'était rendu compte qu'il saignait à la hauteur du front ; qu'ainsi aucun élément du dossier ne permet d'affirmer comme le fait le Dr I... que l'hypothèse à retenir est que la plaie frontale décrite par les différents témoins a été occasionnée par la barre métallique non protégée de l'aire de départ car contrairement à ses dires, il n'y a dans le dossier aucun témoignage d'une plaie frontale, les seuls témoignages relatent une plaie au sommet du crâne et/ou occipitale notamment celui du Smur ; que M. Jose Q... X... A... dans le courrier précité indique « je l'ai vu sortir du tube tête en bas, dans la même position qu'il était entré dans le tube » étant observé que le Dr J... a indiqué que selon les indications recueillies au cours de l'entretien avec son épouse et son fils, au moment des faits M. Q... X... Y... était avec son fils et son gendre, son fils était parti en premier devant lui et il n'avait pas vu son père au cours du trajet qui va extrêmement vite ; que dès lors, il est peu probable que M. Jose Q... X... A... ait pu voir dans quelle position était la tête de son père au départ contrairement à ses affirmations, étant observé que son témoignage ne correspond pas non plus au témoignage des employés de la société Aqualand en

ce qui concerne ce qui s'est passé quand son père est arrivé dans l'eau ; que M. E... a indiqué que M. X... Y... était parti sans incident ; qu'en toute hypothèse, M. X... Y... a dû se positionner sur l'aire de départ pour prendre une position de descente qui était imposée par l'exploitant mais interdite par le fabricant ; qu'il ne saurait lui être reproché une faute de positionnement pour adopter la position de départ pour une descente sur le ventre, tête en avant, conformément aux instructions de l'exploitant, étant relevé à titre superfétatoire que les employés de la société Aqualand n'ont mentionné aucune faute de positionnement au départ comme à l'arrivée de M. X... Y... ; qu'en revanche, il ressort des éléments du dossier qu'il a été imposé à M. X... Y... une position de descente qui l'exposait en tant que non professionnel à une hyperextension des cervicales pendant la descente qui a conduit à un traumatisme du rachis cervical avec le choc de l'arrivée dans l'eau associé à cette position d'hyperextension des cervicales induit par la position de descente, traumatisme qui a entraîné la contusion médullaire à l'origine de la tétraplégie, étant observé que le canal cervical étroit non révélé avant l'accident ne constitue pas selon le professeur J... un état antérieur avéré et que le patient aurait pu vivre jusqu'à son décès sans aucune pathologie avérée ; que le Dr I... indique lui aussi qu'un canal rachidien étroit peut rester asymptomatique toute la vie durant et que l'hypermobilité d'un niveau intervertébral au-dessus d'un bloc arthrosique va permettre un traumatisme médullaire par mécanisme de coupe cigare, cause qu'il exclut pour retenir la cause la plus fréquente, l'hyperextension de la colonne cervicale laquelle réduit les dimensions d'un canal rachidien étroit, les patients porteurs d'un canal rachidien étroit devant être prévenus du risque qu'ils encourent en cas de traumatisme ; qu'en l'espèce, il ressort que seul le fait traumatique lié à l'accident a été le facteur qui a déclenché la contusion médullaire, étant observé que sans cela, M. X... Y... aurait pu vivre toute sa vie sans aucune pathologie avérée ;

qu'aucun élément médical objectif ne permet de dire que le port de prothèses de hanche a été un facteur limitant pour se positionner dans des conditions normales sur l'aire de départ, étant rappelé en outre que M. E... a indiqué que M. X... Y... était parti normalement sans difficulté particulière ; qu'en conséquence il apparaît que la société Aqualand a failli à son obligation de sécurité de résultat et doit être entièrement responsable des préjudices subi par M. Q... X... Y... et ses ayants droit ;

1/ ALORS QUE si l'exploitant du toboggan a une obligation de sécurité de résultat quant à la phase de départ et de descente sur le toboggan, il n'est tenu que d'une obligation de sécurité de moyen une fois l'utilisateur arrivé dans le bassin et que sa responsabilité ne peut alors être retenue qu'en cas de faute prouvée ; qu'il ressort des constatations de l'arrêt que selon les témoignages, M. Q... X... Y... est arrivé à la fin du toboggan normalement sur son tapis, l'a lâché, comme prévu, à l'arrivée dans l'eau, et s'est relevé, et que ce n'est qu'après, qu'il s'est recroquevillé et a commencé à couler ; qu'en affirmant cependant qu'il ne pouvait être soutenu que l'accident s'était produit à l'arrivée et non sur le toboggan lui-même, et, par suite, que l'obligation de sécurité de la société Aqualand était de résultat, la cour d'appel a violé l'article 1147 devenu 1231-1 du code civil ;

2/ ALORS QU'il résulte des propres constatations de l'arrêt que le fait que M. Q... X... Y... ait un canal médullaire étroit a joué un rôle essentiel dans l'accident dans la mesure où l'hyperextension cervicale n'aurait pas provoqué de contusion médullaire sans ce problème médical particulier ; qu'en ne tirant aucune conséquence de cette prédisposition de la victime au prétexte que cette dernière l'aurait ignorée, et en déclarant la société Aqualand entièrement responsable de l'accident, la cour d'appel a, de nouveau, violé l'article 1147 devenu 1231-1 du code civil.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir débouté la société Aqualand de toutes ses demandes dirigées contre la société Van Egdom ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE c'est par des motifs complets et pertinents qui ne sont pas remis en cause par les débats en appel que le premier juge a rejeté la demande de la société Aqualand tendant à être garantie par la société Van Egdom, fabricant du toboggan ; qu'en effet, celui-ci est conforme à la norme applicable à cet équipement de loisir quant à sa conception et sa fabrication, qui n'est pas en cause en l'espèce, la cause de l'accident résidant dans l'incidence d'un canal médullaire étroit chez Q... X... Y... sur le choc avec l'eau en hyperextension à l'arrivée ; que ce choc tient lui-même à la position imposée par la société Aqualand aux utilisateurs si celle-ci n'est pas prohibée, à la différence d'autres,

par la norme, que l'expert technique considère à cet égard insuffisante, le fabricant demeure libre de préconisations allant au-delà de la norme ; que l'expert technique note d'ailleurs que la position imposée par la société Aqualand est la plus dangereuse de toutes, la position pieds en avant permettant au bas du corps d'amortir le choc avec l'eau ; que tel est bien le cas en l'espèce, puisque les panneaux d'utilisation du fabricant interdisent la position couchée sur le ventre tête en avant, qu'il ressort de l'attestation du technicien de la société Van Egdome venu vérifier les installations en mai 2007 qu'il a remis un panneau figurant les positions autorisées, la position recommandée étant assis jambes en avant ou sur le dos pieds en avant les mains soutenant la tête, et les positions interdites, panneau qu'il n'a pas mis en place, ceci relevant de la responsabilité de la société exploitante ; que ce panneau composé de seize pictogrammes, dont la photo est annexée au rapport d'expertise technique, a été retrouvé inutilisé appuyé contre un mur derrière une échelle ; que la circonstance, au demeurant non prouvée, que le technicien expérimenté de la société Van Egdome ait pu lors des essais descendre le toboggan sous sa seule responsabilité dans la position litigieuse, n'en faisait en rien une position d'utilisation par les usagers de l'attraction ; que de même il est fallacieux de prétendre que la société Van Egdome n'interdirait la position litigieuse que pour les toboggans dénommés Kamikaze ou Highwall alors que celui en cause est dénommé Anaconda ; que cette appellation résultant du choix de l'exploitant, et la facture portant le numéro de série de l'équipement 06.341, celle de Kamikaze, étant précisé que ce toboggan était le troisième de ce type exploité par la société Aqualand ;

AUX MOTIFS ADOPTES QU'il ressort des constatations effectuées par l'expert G... qu'il n'y a pas eu d'erreur de conception ni de fabrication du toboggan Anaconda par la société Van Egdome ; que la société Van Egdome avait livré les panneaux à la société Aqualand pour qu'ils soient installés ainsi qu'il résulte de l'attestation de M. L... ; que l'installateur ne se souvient pas s'il avait ou non installé ce panneau mais il est constant que le panneau a été livré à la société Aqualand mais que c'est un autre panneau qui a été installé, dont il n'est pas soutenu qu'il lui ait été remis par la société Van Egdome et qui indiquait comme position obligatoire la position de descente « couché sur le ventre, tête en avant » alors pourtant que cette position était interdite par les panneaux Van Egdome, qui interdisaient notamment

cette position mais indiquaient comme autorisée la position « assis, jambes vers l'avant et pliées », et la position « couché sur le dos, tête en arrière un peu surélevée et tenue avec les mains » ; que nonobstant les prétentions de la société Aqualand, le fabricant ne saurait être tenu pour responsable des conditions d'exploitation par la société Aqualand, alors que lui avaient été livrés les panneaux édictant les positions autorisées et les positions interdites ;

Composition de la juridiction : Mme Batut (président), SCP Coutard et Munier-Apaire, SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Marc Lévis, SCP Monod, Colin et Stoclet
Décision attaquée : Cour d'appel Bordeaux 2017-03-27 (Rejet)