

Arrêt civil.

Audience publique du neuf novembre deux mille cinq.

Numéro 27581 du rôle.

Composition:

*Léa MOUSEL, président de chambre;
Françoise MANGEOT, conseiller;
Gilbert HOFFMANN, conseiller, et
Jean-Paul TACCHINI, greffier.*

E n t r e :

*1) A.), avocat, et son épouse
2) B.), sans état particulier, les deux demeurant ensemble à (...)
appelants aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Camille
Faber de Luxembourg en date du 27 septembre 2002,
comparant par Maître Pierrot Schiltz, avocat à Luxembourg,
e t :*

THOMAS ET PIRON société anonyme, entreprise de construction, so-
ciété anonyme de droit belge établie et ayant son siège à Our en Bel-
gique, La Besace 14,
*intimée aux fins du susdit exploit Camille Faber,
comparant par Maître Véronique Hoffeld, avocat à Luxembourg.*

LA COUR D'APPEL:

Par convention du 26 novembre 1996, les époux **A.)** et **B.)** avaient chargé la société anonyme Thomas et Piron de la construction d'une maison unifamiliale à ériger à (...) au prix global et forfaitaire de 6.458.639.- francs. La date de la réception provisoire é-tait fixée au 15 septembre 1997. Le décompte final des travaux de cons-truction, émis le 16 décembre 1997 par la société Thomas et Piron et tenant compte de divers avenants, retient un prix total de 5.622.960.- francs toutes taxes

comprises. Compte tenu des paiements intervenus, le solde réclamé aux époux **A.)** et **B.)** était de 1.395.963.- francs toutes taxes comprises. Postérieurement à ce décompte, la société Thomas et Piron a fait réaliser l'étanchéité d'un raccordement et a accepté de porter en déduction le prix de certains travaux in-exécutés ou à refaire (lucarne en zinc, réseau d'égout au plafond, rejoin-toiement de la maçonnerie) d'un total de 142.810.- francs. De leur côté, les époux **A.)** et **B.)** ont payé un autre acompte de 482.977.- francs, ce qui fait apparaître un solde de 770.176.- francs que la société Thomas et Piron a réclamé en justice à **A.)** et **B.)** par assignation du 19 juin 1998. Par ailleurs, sur le plan des faits, il y a lieu de noter qu'après résiliation à l'amiable du marché au tournant des années 1997/1998, le maître de l'ouvrage a fait réaliser lui-même les travaux en suspens (réfection de la lucarne en zinc, finition de l'égout, rejointoiement); ces travaux auraient été terminés au début de mars 1998.

Les époux **A.)** et **B.)** se sont opposés à la demande en paiement en faisant valoir le coût de travaux de remise en état de la cheminée qu'ils ont fait réaliser à leur propre initiative en octobre 1998 et qui aurait été d'un montant de 126.276.- francs. Ils se sont opposés à la facturation d'un supplément pour blocs de parement de 72.450.- francs toutes taxes comprises. Ils ont demandé la déduction de 500.- francs au titre de frais bancaires à leur charge pour cause de virement en Belgique. Au titre des travaux de rejointoiement que la société Thomas et Piron n'a pas réalisés, les époux **A.)** et **B.)** réclament une déduction de 115.000.- francs au lieu de celle de 60.000.- francs accordée par la société Thomas et Piron. Ils ont demandé à retenir un montant correspondant à dix pour cent du prix de construction au titre de garantie d'achèvement. Ils ont réclamé une indemnité pour retard d'achèvement des travaux d'un montant de 1.116.500.- francs à raison d'une indemnité journalière conventionnelle de 2.900.- francs, ce à partir du 10 septembre 1997.

Dans son jugement du 8 mai 2002, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a dit non fondées les conclusions des époux **A.)** et **B.)**, sauf pour ce qui concerne le supplément pour blocs de parement de 72.450.- francs qui, d'après le tribunal, a été facturé à tort. En conséquence, la demande en paiement de Thomas et Piron société anonyme a été déclarée fondée pour le montant de 697.726.- francs (770.176.- – 72.450.-), soit 17.296,17 euros. Les défendeurs ont été condamnés solidairement au paiement dudit montant avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice. Les époux **A.)** et **B.)** ont été déboutés de leur demande visant à obtenir une indemnité de procédure de 100.000.- francs.

Par acte d'huissier du 27 septembre 2002, les époux **A.)** et **B.)** ont relevé appel dudit jugement.

Par arrêt de la présente Cour du 14 janvier 2004, le moyen d'irrecevabilité de l'appel soulevé par la partie intimée a été rejeté.

Les appelants critiquent le jugement déféré en ce qu'il n'a pas fait droit à leurs conclusions de première instance visant à indemnisation du chef 1) des irrégularités de la cheminée, 2) d'inexécution du rejointoiement, 3) de retard d'achèvement de la construction, et visant 4) à la retenue du montant de 562.296.- francs (13.939.- euros) au titre de la garantie d'achèvement; ils concluent à obtenir l'indemnité de procédure de 2.478,94 euros réclamée en première instance et une indemnité de procédure d'un montant identique pour la présente instance.

La partie intimée Thomas et Piron société anonyme, relevant appel incident pour ce qui concerne le supplément pour blocs de parement de 72.450.- francs, conclut à la condamnation des époux **A.)** et **B.)** à lui payer le montant réclamé initialement en justice de 19.092,16 euros, ce montant étant à assortir des intérêts conventionnels d'un pour cent par mois à partir d'une mise en demeure du 12 mai 1998, outre une indemnité de procédure de 1.500.- euros.

Devant la Cour d'appel, les parties reprennent en substance leurs moyens développés en première instance.

1) Concernant la remise en état de la cheminée.

Le devis des travaux versé en cause prévoit la mise en place de conduits de cheminée sans autre spécification.

Au cours des travaux, **A.)** a demandé à une tierce entreprise, à savoir Emil Antony, fumiste-ramoneur et constructeur de cheminée, d'établir un avis d'expert sur l'état de la cheminée. Dans son avis daté au 16 octobre 1997, Emil Antony indique que la cheminée du chauffage central et du feu ouvert serait du type «Plewa - Isomit 90» dont la particularité est de protéger contre l'apparition d'eau de condensation. Le rapport mentionne des irrégularités de l'installation tenant à des fautes de montage et à l'absence de certaines pièces d'équipement annihilant ladite caractéristique. Le bon fonctionnement et la sécurité de l'installation de chauffage ne seraient plus garantis; une réfection totale s'imposerait. Les époux **A.)** et **B.)** ont fait dresser en même temps un constat d'huissier dans lequel l'huissier instrumentant dit confirmer le rapport de Monsieur Emil Antony. À la même date, les époux **A.)** et **B.)** ont communiqué ces documents à la société Thomas et Piron par télécopieur.

Contrairement à l'acte d'appel, dans ladite télécopie, les époux **A.)** et **B.)** n'avaient pas formellement sommé la société Thomas et Piron de remédier aux désordres, ce jusqu'à lundi soir, le 20 octobre 1997, mais cette dernière avait été appelée sur les lieux «*afin qu'une expertise*

contradictoire puisse être réalisée»; d'ailleurs, par la-dite télécopie, **A.)** a fait savoir à la société Thomas et Piron ce qui suit: «*Étant dans l'impossibilité de pouvoir me permettre un retard supplémentaire (voir mon courrier du 28 août 1997), j'ai d'ores et déjà pris mes dispositions et demandé à une société spécialisée si elle pouvait remédier immédiatement aux vices et malfaçons. Les travaux pourront commencer le 20 octobre 1997*». Il s'est révélé au cours de la procédure que ladite entreprise spécialisée n'était autre que l'entreprise Emil Antony elle-même qui avait émis l'avis d'expert.

Il est reconnu en cause qu'un employé de la société Thomas et Piron se présentait au chantier le 20 octobre 1997. D'après la partie intimée, elle a été placée devant le fait accompli, car les travaux de réfection auraient déjà eu lieu à ce moment, ce que contestent les appelants. Toujours est-il qu'un constat contradictoire n'a pas eu lieu.

Par lettre d'avocat du 29 octobre 1997, la société Thomas et Piron dit avoir ignoré que le maître de l'ouvrage s'attendait à l'installation d'une cheminée Isomit 90 avec les caractéristiques que devait comporter une telle installation eu égard au chauffage que le maître de l'ouvrage s'était réservé de réaliser lui-même. D'après les conclusions de la partie intimée, les époux **A.)** et **B.)** ont probablement souhaité mettre en place un autre type de cheminée sans bourse délier.

Les parties appelantes avaient invoqué l'urgence à faire les travaux de réfection, eu égard au retard mis par la société Thomas et Piron jusque-là à achever les travaux et à leur besoin d'un nouveau logement qui doit être équipé d'une cheminée sûre. Elles ont soutenu qu'un contrôle *a posteriori* de la nécessité des travaux de réfection serait possible au vu du rapport d'expertise de Emil Antony, ensemble le constat d'huissier.

Les époux **A.)** et **B.)** ont finalement versé en cause une facture de l'entreprise Emil Antony du 24 octobre 1997 met-tant en compte un montant de 71.657.- francs toutes taxes comprises.

Le tribunal d'arrondissement a dit non fondée la demande en indemnisation y relative, au motif que les conditions pour la mise en œuvre de la faculté de remplacement n'étaient pas remplies.

Devant la Cour, l'intimée conteste l'urgence autorisant à passer outre à une expertise contradictoire, elle conteste le caractère probant de l'expertise unilatérale réalisée par l'entrepreneur de remplacement lui-même; elle fait remarquer que le constat d'huissier n'a pas de force probante au motif que l'huissier n'a pas de connaissances techniques en la matière; elle dit avoir été mise dans l'impossibilité de vérifier le bien-fondé des griefs formulés et d'y remédier le cas échéant.

Il résulte encore d'une lettre de A.) du 30 octobre 1997 versée en cause et adressée à l'avocat de la société Thomas et Piron que A.) aurait «des sérieux problèmes de logement» à partir de janvier 1998. Le susdit courrier de mise en demeure du 28 août 1997, soit antérieur à la date fixée pour la livraison de la maison en état habi-table, n'a pas été versé en cause.

L'article 1144 du code civil dispose que «le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur». Le texte légal exige l'autorisation judiciaire comme préalable à l'exercice de la faculté de remplacement. En plus, conformément au droit commun, la demande d'autorisation doit être précédée d'une mise en demeure de s'exécuter.

En principe, le remplacement prévu à l'article 1144 du code civil ne peut être mis en œuvre qu'après autorisation de justice, nul ne pouvant se faire justice à soi-même. Le juge saisi d'une telle demande apprécie son opportunité. On admet cependant qu'en cas d'urgence, le créancier puisse sans retard procéder de sa seule initiative au remplacement, sauf au juge à régler *a posteriori* les droits et obligations des parties.

Le créancier peut certes valablement passer un nouveau contrat et agir en résolution avec dommages et intérêts après réfection des travaux, au risque cependant de se voir opposer le défaut de preuve des prétendus manquements et, le cas échéant, de se voir confronter, sur le tard, à une offre d'exécution.

En matière de travaux de réparation de malfaçons, comme c'est le cas en l'espèce, il est admis que le maître de l'ouvrage peut, après expertise, faire procéder aux travaux de réparation en l'absence d'autorisation, la régularisation judiciaire se faisant *a posteriori* en tenant compte de l'attitude du débiteur et de l'urgence à procéder aux travaux.

En l'espèce, il ne ressort pas des pièces versées en cause que la société Thomas et Piron aurait d'ores et déjà refusé de procéder à des travaux de réfection ou qu'elle aurait fait preuve d'inaptitude dans la conduite des opérations de construction; d'un autre côté, d'après les propres pièces des époux A.) et B.), leur besoin d'un nouveau logement deviendrait impérieux seulement en janvier 1998 et non, comme ils l'indiquent dans leurs conclusions, «courant novembre», voire «incessamment». Leur motif d'agir comme ils l'ont fait consistait, d'après leurs dernières conclusions, à «rattraper quelque peu les retards déjà causés par la partie demanderesse». À ce propos, il y a lieu de relever qu'en fait, le chantier n'a pas été retardé à cause des prétendues irrégularités et qu'en

plus, il n'est pas établi que l'utilisation des conduits de che-minée était absolument prohibée.

Dans ces conditions, les parties appelantes n'étaient pas dispensées de l'obligation d'adresser à la société Thomas et Piron une mise en demeure de redresser les prétendues irrégularités de la cheminée en lui accordant un délai raisonnable pour ce faire; au besoin, une expertise contradictoire aurait pu se faire en justice, en temps utile. Au regard des contestations de la société Thomas et Piron, l'avis d'expert de l'entrepreneur Emil Antony manque de force probante; le constat d'huissier est sans relevance pour le motif indiqué par la partie intimée, s'agissant de questions strictement techniques.

À défaut de mise en demeure concernant les prétendues irrégularités de la cheminée et encore à défaut de la preuve de celles-ci et de leur envergure, il y a lieu de confirmer, bien que partiellement pour d'autres motifs, la décision des premiers juges ayant dit non fondée la demande en indemnisation y relative des époux **A.)** et **B.)**.

2) Concernant les blocs de parement.

Le contrat de construction conclu entre parties est un marché à forfait.

Le tribunal d'arrondissement a dit non fondée la demande en paiement de la société Thomas et Piron pour ce qui concerne le supplément facturé pour les blocs de parement.

Pour ce faire, le tribunal d'arrondissement a dit irrecevable l'offre de preuve par audition de témoins formée par la société Thomas et Piron pour ne pas être pertinente et concluante.

Dans leurs conclusions prises en instance d'appel, les époux **A.)** et **B.)** font observer n'avoir jamais signé d'avenant concernant le remplacement des briques de laitier simple par des blocs de parement d'un prix plus élevé.

L'intimée reconnaît l'absence d'avenant; elle estime que la preuve écrite n'est pas indispensable, au motif que les époux **A.)** et **B.)** avaient été d'accord avec le choix des blocs de remplacement.

L'article 1793 du code civil exige, à l'endroit du marché de construction à forfait, que l'augmentation du prix, due, entre autres, à un changement de matériau, fasse l'objet d'une autorisation écrite concernant ledit changement avec accord du propriétaire sur le prix.

Même si, comme le soutient l'intimée, les époux **A.)** et **B.)** étaient d'accord sur le choix de nouveaux blocs de parement, il n'en reste pas moins qu'ils n'ont pas autorisé par écrit la mise en compte d'un prix plus élevé.

La société Thomas et Piron n'est donc pas fondée à demander un supplément de 72.450.- francs. Son appel incident n'est pas fondé.

3) Concernant le rejointoiement.

Pour ce poste de travail resté inexécuté, la société Thomas et Piron a accordé un crédit de 60.000.- francs toutes taxes comprises.

Les parties appelantes concluent en ce sens qu'elles ont fait faire ledit travail en recourant au propre sous-traitant de l'intimée et entendent porter en déduction à ce titre le montant facturé à elles, qui aurait été de 115.000.- francs. La facture en question n'a pas été versée en cause.

Les époux **A.)** et **B.)** font valoir ne pas avoir bénéficié du prix prévu dans le contrat de sous-traitance. D'après l'intimée, le montant de 115.000.- francs correspondrait au coût de rejointoiement des deux maisons jumelées dont l'une appartient aux époux **A.)** et **B.)** et qui ont été réalisées conjointement avec les mêmes matériaux.

D'après les calculs de la société Thomas et Piron, le prix de sous-traitant par maison pour le rejointoiement aurait été de 56.028.- francs toutes taxes comprises.

D'un point de vue théorique, la question est de savoir s'il faut considérer seulement le coût de l'entrepreneur, ou bien encore, à titre d'indemnisation, le surplus de prix que le maître de l'ouvrage a dû supporter comme simple particulier en faisant faire les travaux à part.

En l'occurrence, il reste que les parties appelantes n'ont pas établi avoir dû régler un prix supérieur à la déduction de 60.000.- francs proposée par la société Thomas et Piron et qui, d'après les renseignements donnés en cause, est acceptable.

Il y a donc lieu de confirmer le jugement déféré en ce qu'il n'a pas fait droit à la demande des appelants à porter en déduction un montant de 115.000.- francs.

4) Concernant les indemnités de retard.

La convention des parties a prévu la réception provisoire des travaux pour le 15 septembre 1997.

L'article 6 de la convention porte que: *«En cas de retard d'exécution ou de livraison imputable au constructeur, celui-ci payera à l'acquéreur, à titre d'indemnité forfaitaire, 2.900.- francs par jour ... Cette indemnité ne sera due, s'il échoit, que pour la période postérieure à la mise en demeure par lettre recommandée que l'acquéreur aura adressée au constructeur».*

Les appelants concluent à faire courir l'indemnité journalière à partir du 10 septembre 1997. Ils font état d'une mise en demeure par lettre recommandée et télécopie du 28 août 1997.

Les premiers juges ont rejeté cette demande aux motifs qu'il n'y a pas eu mise en demeure et que les époux **A.)** et **B.)** ont renoncé à la clause précitée par accord écrit prétendument du 24 septembre 1997 et en mettant fin, d'un commun accord avec la société Thomas et Piron, à leurs relations contractuelles avec cette dernière.

Relativement à ce dernier point, il convient de relever qu'il est question d'indemnités de retard la première fois dans la lettre du 30 octobre 1997 adressée à l'avocat belge de la société Thomas et Piron et où **A.)** annonce la mise en compte *«des indemnités de retard suivant l'article 6 de la convention signée entre parties»*. Dans sa réponse, l'avocat belge oppose la nécessité d'une mise en demeure. Dans ses lettres suivantes, **A.)** a expressément maintenu ses prétentions à obtenir indemnisation du chef de retard d'achèvement des travaux.

Il demeure que les pièces versées en cause ne comprennent pas de mise en demeure par lettre recommandée adressée au constructeur. Celle du 28 août 1997 n'a pas été versée en cause et son existence se trouve contestée dans les conclusions de l'intimée.

Les appelants restant en défaut de prouver qu'ils ont rempli la condition de l'article 6 précité, n'ont pas droit aux indemnités de retard conventionnelles.

Il est partant devenu superfétatoire d'examiner la portée de l'accord susvisé conclu entre parties fin septembre 1997.

5) Concernant la retenue au titre de garantie.

Les appelants ont entendu retenir au titre de la garantie qu'ils qualifient d'«achèvement», le montant de 562.296.- francs correspondant à dix pour cent du prix du marché.

Les premiers juges ont rejeté cette prétention au motif que la convention des parties ne prévoit rien de tel et que, d'ailleurs, les époux **A.)** et

B.) ont vendu leur maison située à (...) par acte notarié du 10 septembre 1999 avec transmission, à l'acquéreur, de leur droit à demander la réception définitive des travaux.

Les parties appelantes estiment dans leurs conclusions que *«s'il est exact qu'une telle garantie d'achèvement n'a pas été contractuellement stipulée»*, la demande de ce chef resterait fondée, en droit, sur l'usage et elles font état de l'absence de réception définitive à ce jour que prescrit le contrat.

La convention du 26 novembre 1996 mentionne bien une garantie d'«achèvement» correspondant au montant de la dernière tranche *«suivant le plan de paiement en annexe»*. Un tel plan n'est cependant pas versé en cause. Même si **A.)** indique dans sa lettre du 3 décembre 1997 que *«les factures intermédiaires sont établies par tranches en fonction du pourcentage du prix global»*, il reste qu'à défaut de précisions sur les tranches de paiement qui auraient été convenues entre parties, la Cour ne peut pas admettre une quelconque retenue de garantie sur une base contractuelle. En matière de contrat d'entreprise, comme c'est le cas en l'espèce, il n'y a pas d'usage permettant de retenir légalement un certain montant à titre de garantie.

Cette seule motivation suffit à confirmer la décision de rejet des premiers juges quant à ce point du litige.

6) Quant aux intérêts de retard.

La convention des parties prévoit à l'article 3 que le montant facturé porte de plein droit et sans mise en demeure préalable un intérêt conventionnel de retard d'un pour cent par mois.

L'intimée avait réclamé, par conclusions additionnelles, le bénéfice du taux d'intérêt conventionnel, ce à partir d'une mise en demeure par courrier d'avocat du 12 mai 1998 et à calculer sur le montant de 770.176.- francs réclamé en justice. Les premiers juges ont accordé les intérêts légaux sur le montant de condamnation de 17.296,17 euros à partir de la demande en justice.

Par réformation du jugement déféré, il y a lieu d'accorder les intérêts conventionnels au taux de douze pour cent l'an à partir du 12 mai 1998 sur le montant de 17.296,17 euros.

7) Quant aux demandes en paiement d'indemnités de procédure.

C'est à juste titre que les époux **A.)** et **B.)** ont été déboutés de leur demande en paiement d'une indemnité de procédure.

Ayant succombé en leurs conclusions d'appel, ils ne sont pas fondés à demander une pareille indemnité pour la présente instance.

La société Thomas et Piron n'a pas établi en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge tout ou partie de ses frais irrépétibles de la présente instance.

Par ces motifs,

la Cour d'appel, deuxième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, le magistrat de la mise en état entendu en son rapport,

reçoit l'appel principal et celui incident;

dit non fondé l'appel principal;

partant, confirme le jugement déféré en ce qu'il a dit non fondées les demandes de **A.)** et de **B.)** visant à obtenir indemnisation du chef de remise en état de la cheminée, du chef d'inexécution du rejointoiement et du chef de retard d'achèvement du chantier et en ce qu'il a dit non fondée leur demande visant à retenir une «garantie d'achèvement»;

confirme encore le jugement déféré en ce qu'il a dit non fondée la demande de **A.)** et de **B.)** visant à l'obtention d'une indemnité de procédure et a condamné ces derniers aux frais et dépens de l'instance;

dit l'appel incident partiellement fondé;

confirme le jugement déféré en ce qu'il a dit non fondée la demande de Thomas et Piron société anonyme visant à obtenir paiement d'un supplément pour blocs de parement;

par réformation, dit que la condamnation solidaire de **A.)** et de **B.)** à payer à la société anonyme Thomas et Piron le montant de 17.296,17 euros porte intérêt au taux conventionnel de douze pour cent l'an à partir du 12 mai 1998;

dit non fondées la demande de Thomas et Piron société anonyme et celle de **A.)** et **B.)** visant à l'octroi d'une indemnité de procédure pour la présente instance;

condamne les époux **A.)** et **B.)** aux frais et dépens de l'instance d'appel.