

15/01/1990

(7)

Audience publique du quinze janvier mil neuf cent quatre-vingt-dix.

Numéro 10 661 du rôle

Composition :

Frédéric STOFFELS,
président de chambre,
Robert BENDUHN, conseiller,
Emile PENNING, conseiller,
Ernest BEVER, greffier.

Entre :

le sieur S.) , com-
merçant, demeurant à L- (...)

appelant aux termes d'un ex-
ploit de l'huissier de justice
Jérôme WUNSCH d'Esch-sur-Alzette
du 10 décembre 1987,

comparant par Maître Marc
ELVINGER, avocat-avoué à Luxem-
bourg,

Et :

la société en commandite de droit allemand G) "
GmbH & Co Kg. établie et ayant son siège social à
(RFA), actuellement à

D-
D-

intimée aux fins du susdit exploit WUNSCH,
comparant par Maître Fernand ZURN, avocat-avoué à Luxem-
bourg.

L A C O U R d ' A P P E L ,

Attendu que par exploit KREMMER du 9 mai 1983, la société
en commandite de droit allemand G) GmbH
& Co Kg (ci-après la société G)) a fait donner assigna-
tion à S.) devant le tribunal d'arrondissement de
Luxembourg, siégeant en matière civile, pour: s'y entendre
condamner à payer à la requérante du chef de solde redû sur
travaux de finissage d'une piscine avec fourniture de maté-
riel, suivant confirmation de commande du 3 mars 1982, la
somme de 4.890.- DM, à convertir en francs Luxembourgeois
au cours du jour du paiement, avec les intérêts convention-
nels à 13,5 %, sinon avec les intérêts légaux d'après le
droit de la République Fédérale d'Allemagne qui est la loi
du contrat, à partir de la mise en demeure, sinon à partir
de la présente assignation jusqu'à solde; s'entendre conda-
ner en outre à tous les frais et dépens de l'instance;

Attendu que par ordonnance de référé rendue le 30 mai
1983 par le président du tribunal d'arrondissement de Luxem-
bourg entre S.) et la société G) , l'architec-
te Paul LUJA fut nommé expert avec la mission de concilier
les parties si faire se peut, sinon dans un rapport écrit
motivé de :

- 1) réceptionner l'ouvrage;
- 2) décrire les travaux restant à faire;
- 3) se prononcer sur les origines et causes d'éventuelles malfaçons;
- 4) chiffrer et dresser les comptes entre parties;
- 5) proposer les moyens pour remédier aux éventuelles malfaçons;

Attendu que par jugement rendu le 22 octobre 1987 par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, la demande principale de la société G) fut jugée recevable; qu'il fut donné acte à S.) de ce qu'il offre de prouver par expertise qu'aucun travail n'a été accompli par la société G) qui n'eût été convenu dans le forfait initial; que cette offre de preuve fut déclarée irrecevable; que la demande principale fut déclarée partiellement fondée; que S.) fut condamné à payer à la société G) la somme de 4.890. DM, à convertir en francs luxembourgeois au cours du jour du paiement, avec les intérêts à 13,5 % l'an à partir du 9 mai 1983 jusqu'à solde, ainsi que la somme de 953,91.- DM, à convertir en francs luxembourgeois au cours du jour du paiement, avec les intérêts à 13,5 % l'an à partir du 10 avril 1987 jusqu'à solde; que la demande reconventionnelle de S.) fut déclarée recevable en la forme et non fondée au fond et que S.) fut condamné aux frais et dépens de l'instance;

Attendu que de ce jugement qui lui fut signifié par exploit KREMMER du 14 décembre 1987, S.) a interjeté régulièrement appel par exploit WUNSCH du 10 décembre 1987;

Attendu que pour statuer comme ils l'ont fait, les premiers juges ont dit que la société demanderesse a précisé sa demande de façon telle que le demandeur n'a pas pu se méprendre ni sur l'objet, ni sur la cause de l'action intentée de sorte que le moyen d'irrecevabilité soulevé n'est pas fondé et que la demande est à déclarer recevable;

Attendu que statuant sur la demande principale de la société G), les premiers juges :

- ont constaté que la demanderesse a augmenté sa demande de chef de travaux supplémentaires non compris dans le prix de départ et réclame le paiement de la somme de 7.395.- DM.;

- ont constaté que dans le rapport du 12 novembre 1984 l'expert LUJA retient que " tous les travaux ont été exécutés. que Monsieur S.) accepte ces travaux sans réserves, aucune malfaçon (vice apparent) n'ayant été dénoncée "; qu'ils ont dit que le problème des malfaçons soulevé dans les premières conclusions de S.) n'était plus à examiner et que la seule question à résoudre était celle du solde à payer par S.) ;
- ont retenu que S.) critique en premier lieu que l'expert s'est basé sur les factures au lieu de l'offre de la société G) de 25.901,38.- DM dont il y aurait lieu de déduire le montant de 1.741,63 .- DM du chef de travaux non effectués;
- ont dit que l'expert ne s'est effectivement pas basé sur l'offre de prix du 29 janvier 1982 de 39.165.- DM hors taxe, mais sur les factures réellement émises, conformément aux prétentions des parties; qu'ils ont encore ajouté qu'il n'est ni allégué, ni établi que l'offre de la société G) aurait eu les caractéristiques d'un forfait;
- considérant les dernières conclusions du défendeur, contestant qu'il y ait eu des travaux supplémentaires et affirmant qu'il y a eu simplement finition des travaux du contrat initial déjà facturés le 10 novembre 1982, mais réalisés seulement les 30 et 31 juillet 1984, ont constaté que lors des opérations d'expertise S.) n'a pas contesté le principe même d'un paiement de travaux supplémentaires et qu'il s'est borné à formuler des critiques détaillées quant aux montants afférents mis en compte (facture du 19 janvier 1983, heures de régie non acceptées, facture du 7 août 1984, montant de 1.683,59.- DM non accepté);
- ont dit que le défendeur a partant fait l'aveu extrajudiciaire de ce que des travaux supplémentaires ont été commandés et exécutés et qu' étant donné que l'expert a correctement tenu compte des critiques précises formulées à l'encontre des montants élargés du chef de travaux supplémentaires, les contestations actuellement présentées sont à rejeter;
- ont rejeté l'offre de preuve par expertise tendant à établir qu'aucun travail n'a été accompli par la société G) qui n'eût été compris dans le forfait initial,

comme étant contredite d'ores et déjà par les éléments du dossier;

- toisant le moyen de la société G) soutenant que la réduction opérée par l'expert (de 7.395 à 5.843,91.- DM) ne serait pas justifiée, à défaut de contestation précise des conclusions motivées de l'expert; ont dit que le rapport d'expertise est à entériner en ce qu'il retient que le solde revenant à la société G) - est de 5.843,91.- DM, le taux de l'intérêt conventionnel de 13,5 % l'an n'étant pas contesté; que le défendeur S.) est partant à condamner au paiement de la somme de 4.890.- DM avec les intérêts à 13,5 % à partir de la demande en justice jusqu'à solde, (avec les intérêts à 13,5 % à partir de l'augmentation de la demande - 10 avril 1987 - jusqu'à solde;) lisez ainsi qu'à la somme de (5.843,91 - 4.890 =) 953,91 .- DM, avec les intérêts à 13,5 % à partir de l'augmentation de la demande - 10 avril 1987 - jusqu'à solde;

- statuant sur la demande reconventionnelle présentée le 1er mars 1984 par S.) du chef de malfaçons et de non-jouissance de la piscine et réclamant de ce chef à la société G) la somme de 150.000.- francs, ont constaté que la société G) soutient qu'il n'y aurait pas eu mise en demeure en bonne et due forme de la part de S.) ;

- ont dit qu'aux termes de l'article 1146 du code civil les dommages-intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation; ont encore dit que le dernier paragraphe de la lettre (reconventionnelle) lz. recommandée adressée le 10 janvier 1983 par S.) à la société G) n'est pas à considérer comme mise en demeure en bonne et due forme, de sorte que la demande reconventionnelle est à déclarer non fondée;

Attendu que les contestations de S.) et ses prétentions sous forme de demandes reconventionnelles sont résumées en appel dans un corps de conclusions notifiées le 1er décembre 1989;

Attendu que l'appelant conclut à la réformation du jugement entrepris et à voir débouter la société G) de l'intégralité de sa demande; que subsidiairement, il conclut à voir dire que le prix de la main-d'oeuvre pouvant être

facturé pour les installations non comprises dans l'offre du 29 janvier 1982 ne peut se monter au maximum qu'à 30 % de la valeur du matériel en question et à voir nommer un expert avec la mission de dire si parmi les travaux effectués par la société G) il y en a qui n'étaient pas inclus dans l'offre et ne faisaient pas partie d'une "komplette, technische Fertigstellung der Schwimmhalle im Bereich der Schwimmbadtechnik, der Isolierung sowie der Entfeuchtung"; qu'en ordre plus subsidiaire, l'appelant conclut à l'institution d'une expertise ayant le même objet et encore, en supplément, l'objet d'évaluer le coût réel des installations ainsi déterminées; qu'en tout état de cause, l'appelant conclut à ce qu'il ne puisse se voir imposer aucun intérêt moratoire;

Attendu que l'appelant se porte partie demanderesse par reconvention et demande à voir condamner la société G) à lui payer à titre d'indemnité pour privation de jouissance de la piscine le montant de 150.000.- francs, avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande reconventionnelle - 1er mars 1984 - jusqu'à solde et à lui payer à titre de dommages et intérêts pour non-respect de son obligation contractuelle de conseil et de prévision une somme égale à tout montant que l'appelant pourrait être obligé de payer à la société G) en plus de ce qu'il lui a déjà versé; que l'appelant conclut encore à la compensation entre les créances respectives et à voir condamner la société G) à lui payer le montant de 1.050.- DM en réparation d'un déshumidificateur défectueux;

Attendu que la partie intimée conclut à la confirmation du jugement entrepris; que G) soutient que les dispositions des articles 1152 et 1153 du code civil ne seraient pas applicables au taux conventionnel des intérêts de 13,5 % que la mise en demeure de S) du 10 janvier 1983 ne pourrait pas valoir mise en demeure à défaut d'avoir été faite dans la forme d'une sommation d'huissier à défaut de constituer au fond une mise en demeure d'après les termes y employés; que l'intimée demande en ordre subsidiaire à titre d'intérêts moratoires, les intérêts au taux légal; que la demande en réparation d'un humidificateur défectueux serait irrecevable comme nouvelle en appel et manquerait pour le surplus de justification; qu'il en serait de même de la de-

mande en dommages-intérêts réclamée par S.) du chef de non-respect par G) de son obligation contractuelle de conseil et de prévision; que l'intimée conclut encore à l'entérinement du rapport d'expertise LUJA et au rejet de la demande en institution d'une nouvelle expertise;

Attendu qu'il résulte des pièces versées à la Cour que le 29 janvier 1982 la société G) a adressé à S.) une offre portant sur l'installation d'un hall de natation au domicile particulier de S.) à (...), l'offre portant sur " die komplette, technische Fertigstellung der Schwimmhalle im Bereich der Schwimmbadtechnik, der Isolierung sowie der Entfeuchtung "; qu'il y était stipulé :
..... haben wir diese Positionen soweit wie möglich exakt vorab ermittelt und dabei einen Standard der Ausführung vorausgesetzt, der sinnvoll und preisgünstig ist. Wir sind davon ausgegangen, dass eine Reihe der Vorarbeiten von Ihrer bauseits erbracht werden kann, soweit diese Arbeiten ohne erhebliches fachliches Spezialwissen ausgeführt werden können; "

Attendu qu'il était encore stipulé à la fin de cette offre en ce qui concerne les travaux et fournitures supplémentaires : " Eventuelle zusätzliche nicht erfasste oder nachträglich vereinbarte Leistungen werden zu den Bedingungen des Angebotes ausgeführt und gegen detaillierten Nachweis abgerechnet " ;

Attendu que l'offre comprenait quatre positions : A. Innendämmung + Bauphysikalische Vorbereitung ; B. Entfeuchtung mit Wärmerückgewinnung. C. Abdeckung. D. Schwimmbadtechnische Ausstattung. E. Ergänzung und Modifizierung vorh. Anlageteile; qu'elle se montait à 39.165,43.- DM, hors TVA;

Attendu que dans la position A, le coût du montage (heures de travail) par rapport au matériel employé devait s'élever à 29 %; que dans la position B, le montage était évalué à 894.- DM; que dans la position D, le montage s'élevait à 31,5 % du coût du matériel employé;

Attendu que la confirmation de la commande, élaborée par la société G) le 3 mars 1982 ne portait plus que sur le montant de 25.901,38.- DM, hors TVA; que la position A de

l'offre était ramenée de 7.057 à 6.064.- DM, tandis que la position E étant de 12.462.- DM, était supprimée; qu'il y était expressément stipulé que la confirmation de la commande portait sur la " Fertigstellung der Technischen Anlage Ihres Schwimmbades. Die Ausführung erfolgt zu den Einheitspreisen und Bedingungen unseres Angebotes vom 29. Januar 1982 ";

Attendu que les bulletins de réception de commande et de livraison de la société G) portent au verso des conditions générales de vente et de livraison, imprimées en caractères minuscules et non signées par l'acheteur; que l'article IV, 3 stipule : " Bei Zahlungsverzug sind Verzugszinsen in Höhe von 2 % über dem jeweiligen Diskontsatz der deutschen Bundesbank zu zahlen. Die Geltendmachung weiteren Verzugsschadens wird hierdurch nicht ausgeschlossen"; que l'article XII, 2 stipule : " Es gilt ausschliesslich deutsches Recht ";

Attendu qu'il convient d'ores et déjà de déclarer lesdites conditions générales inopposables à S.) ,alors que ces conditions n'ont pas été acceptées par la signature de l'acheteur, et que l'attention de l'acheteur n'y a pas été spécialement attirée, étant donné qu'elles figurent en caractères minuscules au verso des bulletins de livraison; que les premiers juges ont implicitement appliqué la loi luxembourgeoise au contrat conclu entre parties; que le jugement n'a pas été entrepris de ce chef par la voie de l'appel, de sorte que la Cour d'appel n'a plus à y statuer;

Attendu qu'il résulte encore de la correspondance versée en cause que la société G) informa le 4^{octobre} 1982^{aber} S.) de ce qui suit : " Da insgesamt inzwischen alle Arbeiten bis auf die Lieferung und Montage der Leiter u. der Rollabdeckung fertiggestellt sind, liegt die Summe unserer Leistungen für Sie im Moment bei rd. 28.000.- DM ";

Attendu que le 19 janvier 1983, la société G) émit une première facture d'un total de 33.002,94 DM qui est divisée en : A. Vertragsleistungen de 21.085,20 DM et en B. Ausservertragliche Leistungen de 11.917 DM dont 9.621 DM de main d'oeuvre ;

Attendu que le 7 août 1984, la société G) émit une deuxième facture d'un total de 2.281 DM relative à " Rest-

fertigstellung der Arbeiten an Ihrer Schwimmbadanlage " et qui est divisée en A. Vertragsleistungen de 1.724 DM et B. Ausservertragliche und zusätzliche Leistungen de 558 DM, le tout chaque fois hors TVA;

Attendu que finalement le tableau des prestations offertes des prestations facturées et des paiements faits se présente comme suit :

Confirmation de commande du 3 mars 1982 :	25.986 DM
Factures des 19 janvier 1983 et 7 août 1984 :	35.284 DM
Payements faits par S.) :	27.809 DM

Attendu qu'il résulte de l'analyse des chiffres relevés ci-dessus :

- 1) que les montants facturés dépassent de 40 % les montants de la commande;
- 2) que les montants mis en compte dans l'offre pour la main d'oeuvre (= 4.705 DM) sont dépassés de 105 % dans les factures (= 9.621,18 DM)

Attendu qu'il résulte des conclusions prises en appel par S.) que celui-ci conteste la demande principale de la société G) , les conclusions du rapport d'expertise LUJA et le jugement de première instance, alors que notamment :

- 1) Le coût de la main d'oeuvre dans l'offre du 29 janvier 1982 a été indiqué dans les positions A et B dans une proportion de 29 et 31,5 % par rapport au coût du matériel, et de façon précise (894,5 DM) dans la position B. qu'en employant ces critères à l'offre de prix, la société G) est arrivée à un coût de la main d'oeuvre de 4.705 DM par rapport à un prix de matériel de 21.085 DM, tandis que pour justifier une main d'oeuvre finale de 9.621,18 DM dans la facture elle met le supplément au compte des travaux supplémentaires qui auraient été réclamés par S.) . Or, ce dernier n'avait eu aucun contrôle sur le nombre, ni sur le prix des heures de travail supplémentaires mis en compte. G) ; aurait dès lors failli à son obligation de conseil et de prévision.

Aucune commande préalable expresse, aucun devis supplémentaire, aucune élaboration d'un rapport nouveau entre le

coût de la main d'oeuvre et celui du matériel n'avaient été présentés par la société G) . en ce qui concerne ces prétendus travaux supplémentaires, malgré les stipulations formelles de l'offre concernant les " zusätzliche Leistungen " .

2) L'offre a porté une " komplette, technische Fertigstellung " et l'installation promise serait faite suivant " technisch einwandfreier Standard nach neuesten Gesichtspunkten " . Or, certains équipements facturés comme supplémentaires seraient en fait élémentaires, comme le raccordement à l'eau froide (409 DM), le régulateur de niveau (331 DM) et le régleur de température (435 DM), d'autres éléments mis en compte comme suppléments se trouveraient déjà inclus dans la confirmation de la commande, tels que la commande pour le jet-stream (191,05 DM), le sable Quartz (206 DM) sans lequel le filtre inclus dans le marché principal ne pourrait pas fonctionner, tandis qu'un autre élément, produits de nettoyage (77,82 DM) ne nécessiterait aucune main d'oeuvre.

Qu'en fait, il y aurait eu une seule commande supplémentaire pour laquelle un " Nachtrag zur Auftragsbestätigung " a été soumis à S.) , à savoir pour la " Schachtentwässerung " .

3) Les premiers juges auraient admis à tort le mode de calcul de l'expert qui part d'une offre de prix initiale de 39.665. DM, alors que cette offre était en fait de 25.901.- DM.

Les premiers juges auraient encore admis à tort un aveu extrajudiciaire fait par S.) devant l'expert LUJA, S.) ayant accepté devant l'expert suivant le version de celui-ci, le principe d'un paiement supplémentaire, alors que S.) n'aurait pas contesté l'exécution des travaux facturés comme supplémentaires mais seulement leur caractère " supplémentaire " par rapport à la commande. Les premiers juges n'auraient pas remarqué le caractère contradictoire intrinsèque du rapport LUJA. En effet, en page 5 de son rapport, l'expert note que S.) n'accepte pas la main d'oeuvre en régie de 9.620 et qu'il se déclare seulement prêt à payer le montant de 4.705 DM qui se dégage de l'offre alors qu' à la page 6 de son rapport, l'expert dit que " M. S.) accepterait pour l'ensemble des factures émises

.... 4. travaux supplémentaires (main d'oeuvre) 4.915,28 DM ; alors que c'est justement le même poste de main d'oeuvre " supplémentaire " qui est contesté.

Les premiers juges n'auraient pas critiqué et rejeté le calcul purement mathématique et abstrait auquel s'est livré l'expert dans l'appréciation du rapport coût de la main d'oeuvre / coût du matériel employé ; qu'au lieu d'adapter la proportion prévue dans l'offre de la société G) ;, l'expert arrive à une proportion de 81,76 % pour le matériel et de 18,24 % pour la main d'oeuvre pour les travaux dits "selon contrat" et trouve cependant " normal " pour les travaux hors contrat un rapport de 31,94 % pour le matériel et de 68,16 % pour la main d'oeuvre. L'expert s'est livré dès lors à une appréciation juridique et non technique, alors que le devis stipulait que toutes les prestations éventuelle supplémentaires seraient effectuées aux mêmes conditions que l'offre initiale, c'est-à-dire également d'après un rapport matériel / main d'oeuvre comparable.

Attendu que les premiers juges se sont à tort appuyés sur le passage du rapport d'expertise LUJA disant : " A relever que tous les travaux ont été exécutés, que Monsieur S.) accepte ces travaux sans réserves, aucune malfaçon (vice apparent) n'ayant été dénoncée " pour en conclure que " le défendeur a donc fait l'aveu extrajudiciaire de ce que des travaux supplémentaires ont été commandés et exécutés ", alors que cependant ce passage du rapport d'expertise indique uniquement que S.) n'a pas critiqué la qualité des travaux effectués, mais que ce passage ne comprend nullement l'aveu d'une commande de travaux supplémentaires de la part de S.) ;

Attendu que comme exposé ci-dessus, S.) oppose en appel à la société G) la violation de son obligation de prévision et de conseil, par suite du dépassement important du devis originaire; que S.) se porte demandeur par reconvention et conclut à la condamnation de la société G) à lui payer à titre de dommages et intérêts une somme égale à tout montant qu'il pourrait être obligé de payer à l'intimée en plus de ^{ce} qu'il lui a déjà versé et qu'il conclut encore à la compensation des créances respectives;

Attendu que la société G) demande à voir déclarer cette demande irrecevable comme nouvelle en appel; que ceper

dant ladite demande de S.) constitue une défense à l'action principale de la société G) en paiement du solde de ses factures; que cette demande est dès lors recevable comme formée pour la première fois en appel, au regard de la disposition de l'article 464 du code de procédure civile;

Attendu que le budget d'une construction peut être envisagé de deux manières, soit comme devis lorsqu'il s'agit d'une évaluation approximative, auquel cas il faut admettre une marge d'erreur, le prix n'étant déterminé qu'à l'achèvement des travaux en multipliant la quantité du travail prest par les prix unitaires fixés d'avance, soit comme forfait qui ne saurait être dépassé, auquel cas l'architecte et l'entrepreneur engagent leur responsabilité s'ils manquent à leur obligation; qu'un dépassement considérable du devis par l'entrepreneur constitue de sa part une faute engageant sa responsabilité et permettant de laisser à sa charge une partie des dépenses ayant dépassé les prévisions; qu'en effet, le dépassement du devis initial justifie un dédommagement du cocontractant si l'architecte ou l'entrepreneur ont manqué à leur devoir de conseil et de prévision en n'attirant pas spécialement l'attention de leur client aux multiples changements et suppléments apportés successivement au plan initial (Trib. Luxbg. 25.9.1982, K.) c/ M.) , Pasicrisie 25,, p.455; Cour d'appel, 3^{ème} chambre, 5.6.1986, n° 3622 du rôle; Cour d'appel, 2^{ème} chambre, 9.6.1986, n° 6451 du rôle et les références y citées : Cass. civ. 3^e, 25.2.1975 Bull. Civ. 1975, III, n° 73, p.55; Georges BRICMONT, La responsabilité des architectes et entrepreneurs, n° 22, p.30; Paul RIGAUX, L'architecte, 1975, n° 361, 2°); que le devoir professionnel oblige l'entrepreneur dans le cas de suppléments au devis initial, de rendre le maître de l'ouvrage attentif à ces suppléments et de lui soumettre de nouveaux devis et de lui demander des commandes supplémentaires;

Or, attendu qu'il ne résulte d'aucune pièce versée au dossier que la société G) aurait élaboré des devis supplémentaires et demandé des confirmations de commandes pour les travaux dits " extracontractuels " ou supplémentaires, sauf comme dit ci-dessus pour la position " Schachtentwässerung "; qu'au regard des termes employés par la société G) dans son offre du 29 janvier 1982 : " Das Angebot enthält..... die komplette, technische Fertigstellung der

Schwimmhalle im Bereich der Schwimmbadtechnik, der Isolierung, sowie der Entfeuchtung..... Positionen soweit wie möglich exakt vorab ermittelt und dabei einen Standard der Ausführung vorausgesetzt, der sinnvoll und preisgünstig ist le maître d'oeuvre devrait pouvoir se fier raisonnablement au devis ;

Mais, attendu que si la confirmation de la commande portait sur un total (hors TVA) de 25.901.- DM, le total des factures (hors TVA) porte sur 35.284,71.- DM; qu'il y a eu partant un dépassement du devis considérable de 40 %; que pour le seul coût de la main d'oeuvre, il y a eu une augmentation de 4.705.- DM à 9.621,18.- DM, soit une augmentation de 105 %; qu'il y a par conséquent violation grave de l'obligation de conseil et de prévision de la part de la société G) et que cette faute contractuelle donne ouverture à des dommages et intérêts en faveur de S.) dans la mesure indiquée ci-après;

Attendu que la Cour d'appel admet une marge d'erreur de 10 % par rapport aux prix indiqués à la confirmation de commande, laquelle porte sur le montant de 28.491.- DM (y compris la TVA); que la société G) avait dès lors le droit de facturer à S.) un maximum de 28.491.- DM + 10 % = 31.340.- DM au lieu du montant total des factures (y compris la TVA) de 33.858.- DM; que l'excédent demandé en justice est à allouer à S.) au titre de sa demande reconventionnelle en dommages et intérêts;

Attendu que compte tenu des paiements effectués par S.) d'un total de 27.809.- DM, la société G) a droit à un solde de 31.340.- DM - 27.809.- DM = 4.531.- DM, montant auquel il convient de condamner S.) par réformation du jugement entrepris; que la clause des intérêts conventionnels étant jugée inopposable à S.) , la société G) a uniquement droit sur ce montant aux intérêts légaux à partir de l'assignation en justice - 9 mai 1983 - jusqu'à solde;

Attendu que compte tenu de la solution ainsi donnée au litige, il devient superflu de statuer sur les offres de preuve formulées par S.) ;

Attendu que la demande reconventionnelle de S.) en garantie du chef d'un déshumidificateur, tombé en panne quelques mois après la mise en marche de la piscine, est

irrecevable comme demande nouvelle en appel, alors qu'elle n'est pas une défense à l'encontre de la demande principale de G) , mais qu'elle constitue en réalité une demande principale en garantie et que cette demande ne représente pas un lien de connexité suffisant avec la demande principale de G) ;

Attendu que la demande reconventionnelle de S.) en dommages et intérêts de 150.000.- francs du chef de non-usage de la piscine pendant la période d'octobre 1982 au 31 juillet 1984 a été abjugée dans le jugement entrepris, alors que le dernier paragraphe de la lettre recommandée adressée le 10 janvier 1983 par S.) à G) (" Wir möchten Sie des halb bitten, uns über einen für uns gemeinsamen geeigneten Termin, bezwecks betriebsfähiger Uebergabe, schriftlich in Kenntnis zu setzen ") ne serait pas à considérer comme mise en demeure en bonne et due forme;

Attendu que ladite lettre recommandée vaut mise en demeure en la forme alors qu'adressée à un commerçant pour raison de son commerce;

Attendu cependant que la mise en demeure se définit comme acte par lequel un créancier, en invitant solennellement le débiteur à acquitter sa dette, affirme sa volonté de n'en pas attendre plus longtemps le règlement (Dalloz, Rép. droit civil, v°, Mise en demeure, n° 1); que la lettre prédite n'est pas une mise en demeure dans les termes, alors qu'elle n'impartit pas de délai précis et rigoureux à la société G) pour exécuter ses obligations;

Attendu que S.) soutient vainement que la mise en demeure aux fins de dommages et intérêts serait inutile, alors que la société G) aurait expressément refusé de remplir son obligation de mise en marche de la piscine dans sa lettre en réponse du 27 janvier 1983, alors cependant qu'il résulte de cette lettre que la société G) a subordonné cette mise en marche à la condition que S.) procède d'abord de son côté au remplissage du bassin; que c'est indépendamment de cette condition que la société G) a demandé dans la prédite lettre à S.) de payer le solde des factures émises; qu'il n'y a partant pas eu refus définitif de la part de la société G) de remplir ses obligations;

Attendu que l'appelant soutient encore que sa demande reconventionnelle formulée par conclusions du 1er mars 1984 en première instance vaudrait mise en demeure; que cependant ces conclusions n'invitent pas la société G) à exécuter son obligation sans retard, mais contiennent uniquement une demande en indemnisation pour préjudice déjà réalisé;

Attendu que l'appelant soutient finalement qu'une mise en demeure serait superflue, alors qu'il ne se prévaudrait pas de la faute du débiteur causée par le retard, mais qu'il invoquerait un préjudice d'ores et déjà réalisé;

Mais attendu que si l'obligation de réparer prend naissance dès la réalisation du dommage, l'échéance s'en trouve reportée jusqu' à la mise en demeure (MAZEAUD, Leçons de droit civil, Les obligations, n° 620, p.713, Mise en demeure, Effets); qu'il en suit ^{qu'} à défaut de mise en demeure, comme en l'espèce, l'obligation n'était pas devenu exigible et que la demande en réparation formulée par S.) par voie reconventionnelle n'est partant pas fondée, de sorte que le jugement entrepris est à confirmer sur ce point;

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions de l'appelant concernant les chèques remis à l'expert, alors que les premiers juges n'en ont pas tiré la conséquence d'une éventuelle reconnaissance de dette et que la société G) n'a pas invoqué ce moyen dans ses conclusions d'appel;

Attendu que Maître Marc ELVINGER, avoué nouvellement constitué le 29 novembre 1989 en remplacement de Maître Gaston VOGEL, avoué originairement constitué, a omis de demander la distraction des frais et dépens de l'instance d'appel à son profit pour les actes de procédure qu'il a posés;

P A R C E S M O T I F S ,

la Cour d'appel, deuxième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement,

réformant : dit que la société G) a manqué à son obligation de conseil et de prévision; dit recevable et fondée la demande reconventionnelle formée par S.) en appel; dit que S.) a droit à des dommages et

intérêts dans la mesure où les factures de la société G) excèdent de 10 % le devis concrétisé dans la confirmation de commande du 3 mars 1982; dit que compte tenu des paiements faits par S.) la société G) a droit à un solde de 4.531.- DM; condamne S.) à payer à la société G) ; à titre de solde la somme de QUATRE MILLE CINQ CENT TRENTE ET UN (4.531.-) DEUTSCHE MARK, avec les intérêts légaux à partir de l'assignation en justice - 9 mai 1983 - jusqu'à solde;

dit irrecevable en appel la demande en garantie de S.) du chef de réparation d'un déshumidificateur; confirme le jugement entrepris en ce qu'il a déclaré non fondé la demande en dommages et intérêts de 150.000.- francs pour non-fonctionnement de la piscine;

fait masse des frais et dépens des deux instances, y compris des frais d'expertise LUJA, et les impose pour un quart à S.) et pour trois quarts à la société G) et en ordonne la distraction au profit de Maîtres Fernand ZURN et Gaston VOGEL et quant à ce dernier, jusqu'à et y non compris la constitution de nouvel avoué signifiée par Maître Marc ELVINGER le 29 novembre 1989.

La lecture du présent arrêt a été faite en la prédite audience publique par Monsieur Robert BENDUHN, conseiller, délégué à ces fins, en présence de Messieurs Emile PENNING, conseiller et Ernest BEVER, greffier.