Arrêt commercial

Audience publique du seize février deux mille onze.

Numéro 35649 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Annette GANTREL, première conseillère;
Eliane ZIMMER, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

la société anonyme AAA S.A., *établie et ayant son siège social à UUU, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg du 14 janvier 2010,*

comparant par Maître Luc JEITZ, avocat à Luxembourg ;

e t :

la société anonyme BBB S.A., *établie et ayant son siège social à VVV, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du susdit exploit KURDYBAN,*

comparant par Maître Alex PENNING, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 6 mai 2009 la société anonyme BBB S.A. a fait comparaître la société anonyme AAA S.A. devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour s'entendre condamner à lui payer la somme de 63.250.- euros du chef de deux factures datées du 24 juin 2008 et du 22 juillet 2008, restées impayées.

Par jugement rendu le 13 novembre 2009 le tribunal a dit cette demande partiellement fondée et a condamné la société AAA à payer à la société BBB la somme de 57.500.- euros. Il a encore alloué à la société BBB une indemnité de procédure de 750.- euros.

Par exploit d'huissier du 14 janvier 2010 la société AAA a régulièrement relevé appel de ce jugement, lui signifié le 11 décembre 2009.

Les faits à la base du litige sont les suivants:

La société BBB a émis quatre offres de prix relativement à des travaux de transformation d'un *car wash* exploité par la société AAA et situé dans la zone industrielle à WWW, à savoir:

- offre du 4 février 2008 au prix de 20.000.- euros HTVA
- offre du 11 avril 2008 au prix de 45.495,55 euros HTVA
- offre du 25 avril 2008 au prix de 1.257.- euros HTVA
- offre du 30 mai 2008 au prix de 6.375.- euros HTVA.

Les trois premières offres sont signées pour acceptation par la société AAA, l'offre du 30 mai 2008 n'est pas signée par elle.

En cours d'exécution des travaux la société BBB adresse à la société AAA les factures d'acompte suivantes:

- acompte 01 du 25 février 2008 de 5.000.- euros HTVA
- acompte 02 du 25 mars 2008 de 5.000.- euros HTVA
- acompte 03 du 14 avril 2008 de 7.000.- euros HTVA
- acompte 04 du 27 mai 2008 de 39.000.- euros HTVA
- acompte 05 du 24 juin 2008 de 26.000.- euros HTVA

A partir de la troisième facture d'acompte la société BBB annexe chaque fois un relevé approximatif des travaux effectués.

La société AAA paie les quatre premières factures d'acompte.

Le 22 juillet 2008 la société BBB fait parvenir à la société AAA une dernière facture, intitulée "Acompte 06", mais qui est en réalité la facture définitive, chiffrant à 106.000.- euros HTVA le coût total des travaux, reprenant les différentes factures d'acompte, sauf la première pour arriver à un solde de 29.000.- euros en notant que la facture d'acompte du 24 juin 2008 reste impayée et en se référant au métré détaillé annexé.

Par courrier du 11 août 2008 la société AAA conteste cette dernière facture au motif que le montant de 106.000.- euros dépasse largement les devis obtenus et accordés par elle et qui se chiffrent à la somme de 76.194,49 euros HTVA.

Parmi les devis énumérés dans ce courrier figure un devis du 24 décembre 2007 au montant de 9.441,94 euros. Les parties sont d'accord pour admettre qu'il s'agit là d'une erreur de AAA, le devis du 24 décembre 2007 n'intéressant pas le chantier litigieux, mais un autre chantier sis à UUU.

A l'appui de sa demande la société BBB a fait valoir que la facture du 24 juin 2008 n'a fait l'objet d'aucune contestation, que les contestations soulevées contre la facture du 22 juillet 2008 ne sont pas fondées et ont été contredites à suffisance par un courrier recommandé adressé à la société AAA le 20 février 2009.

Concernant la facture du 24 juin 2008 les premiers juges ont rejeté l'objection de la société AAA qu'une facture d'acompte ne peut bénéficier de la théorie de la facture acceptée. Ils ont dit qu'en présence du relevé approximatif de six pages annexé à la facture du 24 juin 2008, celle-ci réunit toutes les conditions pour valoir facture au sens de l'article 109 du code de commerce. Ils ont dit que le courrier du 11 août 2008 est intervenu plus de sept semaines après l'émission de la facture et qu'une contestation soulevée après un tel délai doit au vu des circonstances de l'espèce être considérée comme tardive.

En instance d'appel la société AAA conteste la réception de la facture du 24 juin 2008, soutenant que son émission se situe dans une période de déménagement de l'entreprise DDD de ses locaux de XXX vers WWW.

La société BBB conclut à bon droit au rejet de cette contestation, laquelle, si elle était fondée, aurait été le tout premier moyen soulevé en première instance. Par ailleurs, la facture du 24 juin 2008 se trouve mentionnée dans la facture finale du 22 juillet 2008 et si la société AAA avait ignoré l'existence de cette facture elle en aurait fait état dans sa lettre de protestation du 11 août 2008, laquelle est toutefois muette au sujet de cette facture.

D'un autre côté, à l'examen de la facture du 24 juin 2008 la Cour constate que la société AAA n'avait en somme aucune raison de contester cette facture.

Il a été dit ci-dessus que dans sa lettre de contestation du 11 août 2008 l'appelante a inclus par erreur un devis du 24 décembre 2007 et on peut admettre qu'elle a déjà plongé dans la même erreur au moment de la réception de la facture du 24 juin 2008. Or, le prix total des différents devis énumérés dans la lettre de contestation – qui fait abstraction du devis du 30 mai 2008 non signé pour acceptation par AAA – s'élève à 76.194,49 euros HTVA et le métré approximatif annexé au devis du 24 juin 2008 se solde par un coût (provisoire, bien entendu) de 77.234,51 euros HTVA. Une contestation de ce solde provisoire au motif qu'il dépasse d'un peu plus de 1.000.- euros le coût total des différents devis aurait été prématurée.

Il est vrai que le métré annexé à la facture du 24 juin 2008 énonce pour les travaux faisant l'objet du devis du 4 février 2008 et qui y sont évalués à 20.000.-

euros HTVA un coût de 23.968.- euros HTVA. Etant donné toutefois que le métré n'était qu'approximatif la société AAA était autorisée à s'attendre à une éventuelle correction vers le bas lors du métré définitif, de nature à rendre ce coût acceptable, respectivement à le rendre acceptable en présence des coûts définitifs d'autres travaux moins élevés que les devis y relatifs.

Dans ce contexte la Cour constate que les travaux faisant l'objet du devis du 30 mai 2008 au montant de 6.375.- euros HTVA – devis que l'appelante conteste avoir accepté – sont mis en compte dans le métré annexé à la facture du 24 juin 2008 pour 3.225.- euros HTVA et dans celui annexé à la facture du 22 juillet 2008 pour 2.987,01 euros HTVA. Donc pour ces travaux, non seulement il y a eu dans le métré définitif correction vers le bas par rapport au métré provisoire du 24 juin 2008, mais le coût définitif s'élève à moins de la moitié de celui annoncé dans le devis du 30 mai 2008.

Ces constatations permettent par ailleurs de rejeter le moyen de l'appelante d'une non réception et non acceptation du devis du 30 mai 2008. En effet, dans le métré annexé à la facture du 24 juin 2008, ainsi que dans celui annexé à la facture finale, sont décrits les travaux faisant l'objet de ce devis et il est indiqué chaque fois en caractère gras: Total offre du 30.05.2008 "Soubassement", suivi du coût mis en compte.

Un examen même superficiel des métrés devait donc porter l'existence de ce devis à la connaissance de la société AAA. Elle n'a toutefois pas réagi à la réception de la facture du 24 mai 2008 et le simple fait que dans sa lettre de protestation du 11 août 2008 elle ne fait pas figurer ce devis, tout en mentionnant un devis du 24 décembre 2007 qui concerne un autre chantier, ne vaut pas contestation suffisante, pouvant également être le fruit d'une erreur. L'appelante déclare d'ailleurs en ordre subsidiaire accepter le montant de 2.987,01 euros HTVA mis en compte pour ces travaux.

Les conclusions de la société BBB tendant à voir confirmer d'ores et déjà le jugement entrepris en ce qu'il a dit sa demande concernant la facture d'acompte du 24 juin 2008 fondée sur base du principe de la facture acceptée ne sont pas fondées. En effet, il vient d'être dit que – sauf peut-être pour le devis du 30 mai 2008 mentionné dans cette facture – la société AAA n'avait aucune raison de contester cette facture en présence du coût total des travaux renseigné dans le métré y annexé. En raison du caractère approximatif et provisoire de ce métré elle ne pouvait d'ailleurs utilement émettre une contestation et ce n'est que la facture finale avec le métré définitif qui la mettait en mesure de prendre position.

Concernant la facture du 22 juillet 2008 les premiers juges ont rejeté le reproche d'un dépassement considérable du devis en relevant que la société AAA invoque un dépassement de 25%, voire de 40% sans préciser à partir de quel taux de dépassement la société BBB a manqué à son obligation de conseil et de prévision, qu'elle ne précise pas non plus quels postes concrets ont fait l'objet d'un dépassement considérable, mais fait état d'un dépassement général du devis et qu'à la lecture des pièces il s'avère que quelques postes n'ont pas fait l'objet d'un dépassement, respectivement ont été sous-facturés par rapport aux devis.

L'appelante reproche aux premiers juges d'avoir dit qu'elle ne précise pas les postes concrets qui ont fait l'objet d'un dépassement considérable, faisant valoir qu'une simple comparaison de la facture du 22 juillet 2008 et du devis du 4 février 2008 relatif au gros-œuvre du *car wash* suffit pour constater que le coût du gros-œuvre, chiffré au devis à 20.000.- euros, est passé à 53.206,05 euros, qu'il a donc subi une augmentation qui est largement au-dessus du double du devis.

Selon la société AAA, la marge d'erreur supportable est de 10% du devis initial, ce qui pour le devis du 4 février 2008 porte le coût à 22.000 HTVA, de sorte que la différence entre le montant facturé et le devis majoré de la marge d'erreur, laquelle s'élève à 53.206,05 – 22.000 = 31.206,05 euros HTVA, soit 35.886,95 euros TTC, doit rester à charge de la société BBB. L'appelante demande reconventionnellement la condamnation de la société BBB au paiement de cette somme à titre de dommages et intérêts pour violation de son obligation de conseil et de prévision et elle conclut à voir déduire ce montant des sommes lui réclamées par l'intimée.

L'appelante déclare ne pas contester le coût facturé des travaux ayant fait l'objet des trois autres devis, qui pour le deuxième devis reste en deçà de la marge d'erreur de 10%, pour le troisième est celui du devis et pour le quatrième est en-dessous de celui du devis.

La demande reconventionnelle de la société AAA, tendant à la compensation, est de ce fait permise en instance d'appel, conformément à l'article 592 du nouveau code de procédure civile.

La société BBB conclut au rejet des conclusions de l'appelante. Elle fait valoir que la facture finale présente pour l'intégralité des travaux un dépassement de 44,95% et que ce dépassement est dû à des travaux imprévus. Selon l'intimée, le projet initial de la société AAA, ayant consisté à opérer les raccordements d'eau directement vers les regards qui se trouvent sous le terrain même du *car wash*, n'était pas réalisable et il avait été convenu entre parties que les raccordements devaient se faire par le biais des regards situés en-dessous de la voie publique, qu'une demande afférente a été adressée le 3 mars 2008 à la Ville de Luxembourg et que l'autorisation sollicitée été accordée. Selon la société BBB ce changement a entraîné une augmentation non négligeable des coûts de mise en œuvre, tels que détaillés en annexe du courrier adressé le 20 février 2009 à la société AAA en réponse à sa lettre de contestation.

L'intimée soutient que la société AAA n'a à aucun moment nié la réalité de ces travaux supplémentaires, ni leur nécessité, ce qui résulte par ailleurs du fait que la facture du 14 avril 2008 concernant l'acompte 03 contient la remarque *"Reste à noter, que les quantités de l'offre initiale ne servaient que pour base. Vu que la canalisation et les niveaux de terrassement y relatives n'étaient guère connus, les quantités terrassées et remblayées sont plus élevées"* facture d'acompte que la société AAA a payée sans réserve.

La société AAA conteste avoir accepté ces prétendus travaux supplémentaires, soutenant que ce n'est que dans son courrier du 20 février 2009 que la société BBB fait état de travaux supplémentaires dans les termes suivants: *"Vu le décompte des travaux réalisés, nous vous proposons de trouver ci-joint un bref relevé des travaux*

supplémentaires les plus importants." Elle déclare par ailleurs contester le métré annexé à ce courrier pour n'être lui-aussi qu'approximatif.

Dans son courrier du 20 février 2009 adressé à la société AAA en réponse à sa lettre de contestation du 11 août 2008, laquelle porte uniquement sur un dépassement du devis, la société BBB, tout en annexant un relevé des travaux supplémentaires selon elle effectués, n'indique pas la raison de ces travaux supplémentaires mais parle d'examens effectuée pour vérifier la mise en œuvre des canalisations selon les règles de l'art.

Dans la facture d'acompte du 14 avril 2008 la société BBB annonce une augmentation des quantités terrassées et remblayées, expliquée par elle par le fait que la canalisation et les niveaux de terrassement n'étaient pas connus. Au vu du caractère relativement vague de cette explication une connaissance et une acceptation par la société AAA des travaux supplémentaires actuellement invoqués par la société BBB ne peut être déduite du paiement sans réserve de l'acompte demandé.

En admettant toutefois qu'une modification des raccordements à la canalisation publique se soit révélée nécessaire en cours d'exécution des travaux la société BBB pourrait en réclamer le paiement. Il y a lieu de soumettre à un expert la question de la réalité et de la nécessité de ces travaux supplémentaires.

La société AAA reprend en instance d'appel son reproche dirigé contre la société BBB en relation avec une gaine endommagée par elle lors des travaux. Elle fait valoir que cette gaine, qui était encastrée dans la dalle, a été remplacée par une nouvelle gaine tirée le long du mur gauche du *car wash*, que l'appelante ne s'est pas opposée au déplacement de la gaine, mais uniquement à condition que l'intimée fasse un habillage autour de la nouvelle gaine, habillage qui n'a pas été effectué par la société BBB.

La société AAA conclut à la condamnation de l'intimée à effectuer ces travaux de finition sous peine d'astreinte, sinon à sa condamnation au paiement de la somme de 20.000.- euros à titre de dommages et intérêts. Elle fait valoir que le préjudice subi par elle n'est pas seulement un préjudice esthétique, mais un préjudice fonctionnel, le défaut d'habillage de la gaine permettant à l'eau (inhérente au *car wash*) de pénétrer plus facilement dans le mur de sorte à réduire la durée de vie du mur.

La société BBB conclut au rejet de ces prétentions. Elle soutient que les réparations afférentes ont été effectuées et qu'il n'est pas établi qu'un habillage autour de la gaine serait nécessaire.

Cette question est encore à soumettre à l'expert.

Il y a lieu de toiser dès à présent l'appel incident interjeté par la société BBB contre le jugement du 13 novembre 2009.

Cette société reproche aux premiers juges de n'avoir dit sa demande fondée qu'à concurrence de la somme de 57.500.- euros, en déduisant du montant de 63.250.- euros un acompte de 5.750.- euros TTC qui aurait été payé par la société AAA en

règlement de la facture d'acompte du 25 février 2008. Elle soutient que cette facture d'acompte ne concerne pas le chantier litigieux, mais le chantier sis rue UUU faisant l'objet du devis du 24 décembre 2007.

L'appel incident n'est pas fondé. La facture d'acompte du 25 février 2008 mentionne qu'elle concerne les travaux de transformation à l'immeuble sis à XXX, qui est le chantier litigieux.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement et sur le rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit les appels, principal et incident, en la forme;

dit non fondé l'appel incident;

avant tout autre progrès en cause,

nomme expert EEE, avec la mission, dans un rapport écrit et motivé:

- de vérifier s'il était initialement, selon le devis du 4 février 2008, prévu de faire le raccordement à la canalisation sous le *car wash* et si cette solution était irréalisable, de sorte que le raccordement a dû être opéré par le biais des regards situés sous la voie publique;

- dans l'affirmative, d'évaluer le coût de ces travaux;

- de renseigner la Cour sur la question de savoir si un habillage de la gaine tirée le long du mur du *car wash* est nécessaire afin de protéger le mur contre l'humidité et d'évaluer, le cas échéant, son coût;

ordonne à la société anonyme BBB de consigner au plus tard le 11 mars 2011 la somme de 1.000.- euros à titre de provision à valoir sur la rémunération de l'expert à la Caisse des Consignations et d'en justifier au greffe de la Cour sous peine de poursuite de l'instance selon les dispositions de l'article 468 du nouveau code de procédure civile;

charge Madame la présidente de chambre Irène Folscheid du contrôle de cette mesure d'instruction;

dit que si les honoraires de l'expert devaient dépasser le montant de la provision versée, il devra en avertir ledit magistrat et ne continuer ses opérations qu'après consignation d'une provision supplémentaire;

dit que si l'expert rencontre des difficultés dans l'exécution de sa mission, il devra en référer au même magistrat;

dit que l'expert devra déposer son rapport au greffe de la Cour le 10 juin 2011 au plus tard;

réserve les frais.