Arrêt commercial

Audience publique du treize juillet deux mille onze.

Numéro 33957 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Carlo HEYARD, président de chambre;
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 Alec MEYER de Luxembourg du 14 juillet 2008,*

comparant par Maître François CAUTAERTS, avocat à Luxembourg ;

e t :

***la société à responsabilité limitée BBB s.à r.l.**, 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 prédit exploit MEYER,*

comparant par Maître Laurent MOSAR, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 28 avril 2006, la société à responsabilité limitée BBB, a fait comparaître la société anonyme AAA devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour y voir condamner la défenderesse au paiement d'un solde de facture, soit à la somme de 127.456,07 €, sinon à toute autre somme à dire d'expert, avec les intérêts de retard à 5.75 % l'an à partir du 1er mars 2006 jusqu'à solde, et au paiement d'une indemnité de procédure de 1.500 €.

Dans leur jugement du 26 juin 2008, les premiers juges ont déclaré la demande de la société AAA fondée pour la somme de 121.006,07 € avec les intérêts de retard de 5.75 % à partir du 15 mars 2006 jusqu'à solde. Ils ont qualifié le contrat ayant existé entre parties de marché sur devis et non pas de marché à prix forfaitaire, de sorte que les éventuels travaux supplémentaires réalisés par BBB n'étaient pas compris dans le prix initial. Quant à la preuve de la réalité des travaux supplémentaires accomplis par BBB et quant à la créance de ce chef, ils ont encore dit que les contestations de principe formulées à l'égard de la facture du 1er mars 2006 étaient vagues et imprécises et que les travaux supplémentaires mis en compte étaient corroborés par des fiches de travail signés, de sorte que toute façon les contestations de la société AAA quant à la réalisation des travaux supplémentaires étaient non fondées. Quant aux malfaçons invoquées par AAA, ils ont retenu sur base de l'expertise CCC, rapport complet et terminé, que le coût de la remise en état a été évalué à 6.450 € et que ce montant était à déduire de la créance de la société BBB.

De ce jugement la société AAA a régulièrement relevé appel en date du 14 juillet 2008.

Quant à la demande principale BBB c/ AAA

La société AAA critique le jugement en faisant valoir, aux termes de son acte d'appel, que le marché conclu entre parties aurait été un marché à forfait et partant un marché à prix invariable, de sorte que le prix à respecter aurait été de 275.000 € ; ayant versé les montants de 230.000 et 25.000 €, elle n'aurait qu'à payer le solde de 20.000 €.

Elle conteste par ailleurs avoir marqué son accord à la réalisation de travaux supplémentaires non compris dans le forfait, en disant que c'est à tort que les premiers juges ont retenu que les travaux supplémentaires étaient corroborés par des fiches de travail signés ; elle conteste encore la réalisation des travaux supplémentaires facturés, le montant facturé et soutient que les quelques travaux supplémentaires exécutés ne seraient pas exécutés « *dans les règles de l'art et dans le délai imparti ».*

Concernant le rapport d'expertise CCC, réalisé sur ordonnance du juge des référés, la partie appelante estime que ce rapport n'est pas terminé. Elle conclut partant, par réformation du jugement, à voir ordonner à l'expert de rendre un rapport d'expertise conforme à la mission d'expertise fixée dans l'ordonnance des référés du 27 juin 2006 et elle demande à la Cour de ne pas appliquer un taux d'intérêt de 5,75 % dans la mesure où le retard de paiement résulterait de l'attitude de la partie BBB.

Dans ses conclusions d'appel ultérieures (voir celles du 16 mars 2009), elle insiste sur le fait que « *la facture du 1er mars 2006 ne peut constituer une preuve à cet égard (preuve des travaux supplémentaires), dans la mesure où elle a été immédiatement contestée par le précédent conseil d'AAA (pièce 7 de Maître Cautaerts) »,* que de même les fiches de travail ne peuvent constituer de preuve, dans la mesure où il s'agit de documents internes occasionnellement signés par AAA, et que ces fiches ne concernent pas forcément des travaux supplémentaires.

Quant au montant réclamé par BBB, elle conclut, en l'état de ses dernières conclusions d'appel, à voir « *débouter la partie intimée de toute demande dépassant la différence entre le prix convenu de 275.000 € et le montant des acomptes versés de 254.247,25 €, soit un solde de 20.752,75 € ».*

AAA demande par ailleurs la nullité de l'expertise CCC, en raison de la violation du caractère du contradictoire, BBB ayant remis à l'expert des fiches techniques non communiquées au préalable à AAA et non soumises à elle par l'expert. Elle verse en cause un rapport unilatéral rédigé par DDD en novembre 2008, chiffrant les malfaçons au montant de 99.999, 46 €. En ordre subsidiaire elle demande la nomination d'un nouvel expert avec la mission plus amplement spécifiée dans ses conclusions du 10 janvier 2011.

AAA formule en ordre plus subsidiaire une offre de preuve par témoins sur des faits plus amplement repris dans ses conclusions du 9 avril 2010, en offrant entre autres en preuve que les fiches de travail concernaient la commande initiale et non les travaux supplémentaires ; cette offre de preuve porte en outre sur des faits relevés dans le cadre de sa demande reconventionnelle, à savoir l'abandon de chantier par BBB, le travail sur le chantier d'un seul ouvrier, l'absence de modifications des plans, l'absence de demande de placer l'alarme du système de détection dans les plafonds. Elle verse en cause des attestations testimoniales émises par EEE, FFF et GGG.

BBB conclut à la confirmation du jugement par adoption des motifs des premiers juges en insistant sur le caractère estimatif du marché. Subsidiairement elle sollicite l'audition de l'expert CCC afin d'établir que devant l'expert AAA avait promis de payer 80 % du montant réclamé et elle fait une offre de preuve par témoins afin d'établir la signature de toutes les fiches de travail par AAA, le fait que les fiches de travail concernent l'exécution des travaux supplémentaires et sont la suite des changements au niveau des plans de l'hôtel, que le système de l'alarme a été placé dans les faux plafonds sur demande d'AAA (à voir les conclusions du 13.11.2009). Elle offre encore en

preuve par témoins le nombre des heures de travail prestées par ses ouvriers sur le chantier en 2005 (voir ses conclusions des 19.05.2010 et 25.11.2010).

BBB conclut par ailleurs au rejet de l'expertise DDD versée en cause par l'appelante en raison de son caractère unilatéral.

C'est à bon droit, par une motivation à laquelle la Cour se rallie, que les premiers juges ont retenu que le marché conclu entre parties était un marché sur devis, un marché estimatif et non pas un marché forfaitaire dans lequel le prix est fixé de façon définitive, par avance et de manière globale et invariable. Il s'ensuit que les éventuels travaux supplémentaires effectués ne sont pas compris dans le prix indiqué au marché sur devis portant sur le prix de 275.000 €, tel qu'accepté par la société AAA.

La partie intimée fonde sa demande en paiement du solde des travaux réalisés, y compris les travaux supplémentaires, sur une facture très détaillée émise en date du 1er mars 2006 et établie sur 29 pages ; la partie BBB, qui a reçu la facture à cette date, prétend avoir émis des protestations écrites contre cette facture dans une lettre de son mandataire du 14 mars 2006.

La Cour note que les protestations de la part d'AAA, qui ont été qualifiées à bon droit par les premiers juges comme étant vagues et imprécises, concernent exclusivement l'inachèvement des travaux, le retard dans l'exécution des travaux et l'abandon de chantier. S'il y est indiqué que le marché convenu était un marché à forfait pour dire que le prix ne correspond pas à l'accord des parties, il n'y a toutefois aucune référence aux travaux supplémentaires accomplis par BBB et AAA ne conteste pas avoir commandé les travaux supplémentaires mis en compte pour les prix indiqués.

L'acceptation de la facture est une manifestation d'accord au sujet de l'existence et des modalités d'un marché formé, et surtout une manifestation d'accord au sujet de la créance affirmée par le fournisseur, en exécution de ce marché. Cette acceptation peut être tacite ; l'obligation pour le commerçant de protester existe quelle que soit la partie de la facture que le client conteste : cette obligation existe s'il conteste l'existence du contrat, mais également s'il conteste les conditions du marché (CLOQUET, la facture, éd. 1959, no 427, 436 et 447).

En l'absence de protestations contre la facture sur la mise en compte des travaux supplémentaires réalisés, la facture ainsi acceptée vaut preuve de la commande et de l'accomplissement des travaux supplémentaires, ainsi que de la créance.

Dans les conditions données la Cour n'a pas à analyser les autres moyens et offres de preuve concernant la prestation des travaux supplémentaires ; la question des malfaçons et des retards est à analyser dans le cadre de la demande formée par AAA.

Il s'ensuit que l'appel de la société AAA n'est pas fondé et qu'il y a lieu, par confirmation du jugement entrepris, de déclarer la demande de BBB fondée

pour le montant principal de 121.006,07 €, étant précisé que la société BBB a demandé la confirmation du jugement et n'a pas interjeté appel pour demander le paiement du montant initialement réclamé de 127.456,07 €.

Quant aux intérêts qui sont contestés, les premiers juges ont retenu à bon droit que l'allocation d'un intérêt de retard au taux de 5,75 % applicable à partir de la date d'échéance de la facture était prévue aux termes du contrat, plus spécialement dans le bon de commande signé pour accord par AAA.

Quant à la demande reconventionnelle AAA c/ BBB

Aux termes de ses conclusions d'appel du 16 mars 2009, la société AAA fait une demande en paiement, qualifiée de demande en « *réduction »* et de demande en compensation, pour le montant de 10.823,41 € facturé par une société HHH à titre de main d'œuvre et de matériaux en vue de l'achèvement du chantier prétendument délaissé par BBB, pour le montant de 382.410 € à titre de préjudice subi du fait du non achèvement des travaux par BBB à la date convenue le 18 octobre 2005, ayant occasionné un retard dans l'ouverture de l'hôtel, et pour le montant de 99.999,46 € à titre d'indemnisation de malfaçons affectant les travaux d'électricité réalisés.

La partie intimée soulève l'irrecevabilité de ces demandes pour être nouvelles, respectivement pour ne pas avoir été comprises dans l'acte d'appel, en se prévalant de la violation de l'article 53 du nouveau Code de procédure civile.

Selon l'article 592 du nouveau Code de procédure civile aucune demande nouvelle ne peut être formée en instance d'appel, à moins qu'il ne s'agisse de compensation ou que la demande ne soit la défense à l'action principale.

En l'occurrence la demande n'est pas à considérer comme nouvelle au sens de l'article précité, dans la mesure où elle tend à la compensation judiciaire.

L'article 586 du même code (et non l'article 53 qui s'applique à l'acte introductif d'instance) impose à l'appelant de formuler dans son acte d'appel ses prétentions et les moyens sur lesquels chacune de ses prétentions est fondée.

Force est de constater en l'espèce qu'aux termes de son acte d'appel la partie AAA fait état de ce que « *les travaux effectués par la partie BBB n'ont pas été effectués dans les règles de l'art et non pas été effectués dans le délai imparti (…) et que la mauvaise exécution sinon la non exécution des travaux par la partie BBB a généré un préjudice considérable à la partie appelante » ;* dans l'exposé des faits la partie appelante a encore fait exposer qu'elle a dû recourir à une autre entreprise pour achever les travaux.

Il s'ensuit que la partie appelante a précisé à suffisance ses prétentions et moyens, de sorte que le moyen d'irrecevabilité est à rejeter.

La partie intimée conteste les demandes en son principe et quant au montant réclamé.

Concernant la demande tirée du fait qu'AAA a dû recourir à une tierce entreprise pour terminer les travaux non achevés par BBB, cette dernière fait valoir à bon droit qu'elle n'a facturé que les travaux effectivement réalisés dans le cadre du marché sur devis, -AAA a d'ailleurs accepté la facturation des travaux-, et à supposer qu'une autre entreprise ait réalisé des travaux pour le compte d'AAA, la société E.I.B. n'est dès lors pas tenue de supporter les frais y relatifs. La demande de ce chef est à déclarer non fondée.

Concernant la demande en indemnisation du fait que les travaux n'auraient pas été exécutés dans le délai imparti, ce qui aurait engendré une perte commerciale pendant 5 mois, cette demande n'est pas fondée, faute de preuve rapportée par AAA de la date à laquelle les travaux auraient dû être terminés. En effet l'offre estimative acceptée par l'appelante ne prévoit pas de date d'achèvement et la partie BBB a contesté dès le 6 janvier 2006 la date du 18 octobre 2005 avancée par AAA, contestations qu'elle a maintenues en instance d'appel. Il se dégage par ailleurs des termes de la lettre d'AAA du 1er décembre 2005 que la date de la réception du chantier alléguée par AAA a été le 15 janvier 2006.

Les demandes d'enquête, pour autant qu'elles se rapportent à ces deux demandes, sont dès lors superfétatoires, de même qu'il n'y a pas lieu de considérer les attestations testimoniales relatives aux mêmes faits.

Les malfaçons invoquées par la société AAA sont documentées dans un rapport d'expertise établi à la demande de l'appelante en date du 16 décembre 2008 par DDD. Les experts chiffrent les malfaçons au montant de 87.802,50 € à augmenter du montant de 12.196.96 € à titre d'estimation d'heures pour les études, la surveillance et la coordination des travaux.

L'expert judiciaire CCC dans son expertise datée au 29 mai 2007 avait évalué les quelques malfaçons et non finitions constatées au montant de 6.450 €. Cette expertise, contrairement aux constatations des premiers juges n'est pas terminée, dans la mesure où l'expert relève lui-même qu'il restait entre autres à contrôler le système de détection d'incendie et l'ascenseur.

L'expertise non contradictoire DDD, communiquée à la partie intimée, n'est pas à écarter des débats et elle peut être retenue à titre d'élément de preuve (Cass. 7 novembre 2002, Pas 32, 363), mais elle n'est pas de nature à elle seule à prouver l'existence de malfaçons et le montant des dommages.

Au vu des divergences des parties quant à la constatation et à l'évaluation des malfaçons, il y a lieu, avant tout autre progrès en cause, d'instituer une nouvelle expertise. L'audition de l'expert CCC est dès lors superflue. Il n'y a cependant pas lieu d'inclure dans la mission de l'expert les points relatifs à l'ampleur des travaux réalisés par rapport aux stipulations contractuelles et relatifs au prix des travaux supplémentaires, dans la mesure où les travaux

facturés le 1er mars 2006 ont été acceptés par BBB comme ci-avant relevé, et ceux relatifs au préjudice subi du fait des retards dans la mise en exploitation de l'hôtel.

Si les juridictions saisies d'une demande en paiement d'une créance liquide et d'une demande en compensation se basant sur une créance non encore liquidée peuvent, en vue de rendre la compensation possible, surseoir à sanctionner celle qui remplit les conditions de certitude, de liquidité et d'exigibilité, jusqu'à ce que l'autre créance qui est contestée puisse être liquidée à son tour, il ne peut cependant être ainsi qu'autant qu'il s'agit d'une créance qui apparaît comme pouvant être constatée et liquidée sans difficultés et sans retard préjudiciables à l'autre partie (Cour, 29 janvier 1980, Pas. 25, 17).

En l'espèce la créance alléguée par la partie AAA ne paraît pas pouvoir être liquidée sans retard préjudiciable pour la partie BBB, dont la demande en paiement date du mois d'avril 2006 et qui s'est vue confrontée à une demande reconventionnelle formée en instance d'appel. Il échet partant de condamner la société AAA au paiement de la somme de 121.006,07 €.

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 l'appel en la forme ;

confirme le jugement entrepris en ce qu'il a condamné la société anonyme AAA S.A. à payer à la société à responsabilité limitée BBB s.à r.l. la somme de 121.006,07 €, avec les intérêts de retard à 5,75 % à partir du 15 mars 2006 jusqu'à solde ;

déclare recevable la demande reconventionnelle de la société à responsabilité limitée AAA ;

déclare la demande non fondée pour les montants de 10.823,41 € et 382.410 € ;

quant à la demande en paiement du montant de 99.999,46 € du chef de malfaçons, avant tout, autre progrès en cause, nomme expert, Monsieur JJJ,

avec la mission

1) d'analyser les travaux réalisés par BBB s.à r.l. dans l'hôtel sis à UUU et - décrire s'ils ont été réalisés conformément aux règles de l'art et à la législation en vigueur, - décrire les éventuelles malfaçons et les causes de celles-ci,

2) proposer les travaux de redressement à effectuer et indiquer les moyens appropriés pour une remise en état,
3) évaluer le coût de la remise en état,
4) chiffrer les moins-values éventuelles affectant la propriété de la société AAA S.A. ;

ordonne à la société AAA S.A. de consigner au plus tard le 15 août 2011 la somme de 1.500.- euros à titre de provision à valoir sur la rémunération de l'expert à la Caisse des consignations ou à un établissement de crédit à convenir entre parties 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 première conseillère Eliane ZIMMER 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 31 décembre 2011 au plus tard ;

réserve les frais et les demandes en indemnité de procédure.