Arrêt commercial

Audience publique du neuf novembre deux mille onze.

Numéro 36190 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 Pierre BIEL de Luxembourg du 1er juin 2010,*

comparant par Maître Gerry OSCH, 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 prédit exploit BIEL,*

comparant par Maître Anne FERRY, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 17 juillet 2009 la société anonyme BBB a fait comparaître la société anonyme AAA devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour s'entendre condamner à lui payer la somme de 208.738,09 euros du chef de différentes factures restées impayées.

Elle a exposé à l'appui de sa demande qu'elle a été chargée suivant commande du 6 août 2007 de travaux d'excavation à réaliser sur le chantier de la société AAA à WWW; qu'en cours de chantier la société AAA a passé une commande supplémentaire, que l'ensemble des travaux a été réalisé et réceptionné, mais que la société AAA reste redevoir un montant de 208.738,09 euros, se décomposant comme suit:

facture n° 2008/7 du 31 janvier 2008 (solde) 61.057,11 euros
facture n° 2008/64 du 1er mars 2008 445,40euros
facture n° 2008/107 du 27 juin 2008 147.225,58 euros

La demanderesse a basé sa demande en ordre principal sur le principe de la facture acceptée, en ordre subsidiaire sur les articles 1134 et suivants du Code civil.

La société AAA s'est opposée à la demande. Elle a fait valoir que dans sa facture finale du 27 juin 2008 il est mis en compte au titre d'acomptes payés un montant de 625.116,87 euros seulement, alors que des acomptes au montant total de 684.727,61 euros ont été payés, qu'il faut dès lors déduire des prétentions de la société BBB la somme de 59.610.- euros.

Elle a soutenu qu'en cours d'exécution du contrat un éboulement s'est produit, causant des fissures sur le chemin d'accès de l'immeuble voisin appartenant à la CCC, qu'une expertise diligentée par la CCC est en cours afin de déterminer les causes exactes des désordres. La société AAA a conclu à un sursis à statuer dans l'attente du rapport d'expertise.

La société défenderesse a encore reproché à la société BBB une exécution défectueuse des travaux, ainsi que des retards dans l'exécution des travaux. Elle a conclu à la compensation entre les montants par elle redus à la société BBB et ceux que cette société lui redoit au titre des différents reproches soulevés et a demandé reconventionnellement la condamnation de la société BBB à lui payer la somme de 218.615,04 euros lui revenant après compensation.

Par jugement rendu le 19 mars 2010 le tribunal a débouté la société AAA de sa demande reconventionnelle et l'a condamnée à payer à la société BBB la somme de 208.738,09 euros avec les intérêts tels que prévus à l'article 5 de la loi du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard, ainsi qu'une indemnité de procédure de 1.000.- euros.

Par exploit d'huissier du 1er juin 2010 la société AAA a régulièrement relevé appel de ce jugement non signifié.

Demande principale

L'appelante reproche aux premiers juges d'avoir dit la demande adverse fondée sur base du principe de la facture acceptée, ce nonobstant les contestations soulevées à l'encontre des factures dont le paiement est réclamé.

Au titre d'une contestation de la facture n° 2008/7 du 31 janvier 2008 elle invoque un courrier adressé à la société BBB le 26 février 2008. Dans ce courrier la société AAA se plaint de débris laissés dans la fouille d'excavation et de retards accusés par la société BBB, mais elle ne formule aucune contestation à l'encontre de la facture du 31 janvier 2008. Sur cette facture, s'élevant à 211.057,11 euros, elle paie sans réserve un acompte de 150.000.- euros. Faute de contestation de la facture le solde est dû.

La facture n° 2008/64 du 1er mars 2008 met en compte da somme de 445,40 euros pour "remise en place clôture". L'appelante soutient que cette facture est contestée du fait que les travaux d'enlèvement de la clôture, mentionnés dans un courrier envoyé par elle à BBB le 20 février 2008 doivent rester à charge de cette société, que le montant réclamé est par ailleurs surfait. Dans le courrier invoqué il est dit "*Desweiteren ist das Absperrmaterial auf dem Gelände CCC sofort zu entfernen"* sans plus. Abstraction faite de ce que l'appelante omet d'indiquer pourquoi le coût de la remise en place de la clôture devrait rester à charge de la société BBB, elle n'a émis la moindre contestation contre la facture du 1er mars 2008, laquelle est donc due.

En ce qui concerne la facture finale n° 2008/170 du 27 juin 2008 la société AAA soutient que dès avant l'émission de cette facture elle avait fait valoir par courrier du 11 avril 2008 que son paiement serait subordonné à la production d'un justificatif des volumes enlevés, lequel n'a jamais été produit.

Les volumes enlevés ont toutefois été contrôlés par le bureau d'études J. DDD avant l'émission de la facture du 27 juin 2008. En effet le 28 mars 2008 la société BBB avait émis une première facture finale portant sur les volumes excavés, au montant total HTVA de 907.149,49 euros, et la société AAA a soumis cette facture au bureau d'études DDD afin de vérification des volumes mis en compte. Dans un courrier adressé le 26 juin 2008 à la société AAA le bureau DDD arrive à la conclusion, également communiquée à la société BBB, que pour le poste "Travaux de terrassement C3-C5" sont mis en compte 18.584 m^3 et pour le poste "Travaux de terrassement C6-C7" 33.634 m^3, que ce dernier chiffre n'est pas correct et qu'en réalité des deux postes doivent être mis en compte pour 18.584,35 m^3 et 19.643,94 m^3. Dans sa facture rectificative du 27 juin 2008, qui s'élève à un montant total HTVA de 753.139,11 euros, la société BBB tient compte des observations du bureau DDD et réduit à 19.643,00 m^3 le poste C6-C7.

La société AAA soutient toutefois que la facture du 27 juin 2008 est encore entachée d'erreurs et, se référant à un arrêt du 10 décembre 1968 (P.21,19) elle fait valoir que le principe de la facture acceptée ne s'applique pas si la facture est entachée d'une erreur matérielle.

Au titre d'une telle erreur matérielle l'appelante se prévaut de ce qu'en page 2 de son rapport le bureau DDD dit qu'une différence de 2.219 m^3 existe entre l'estimation faite par la société BBB dans la facture rectificative et le volume réellement excavé et que cette facture doit partant être réduite d'un montant de 22.198.- euros au titre de cette différence.

La facture rectificative est postérieure au rapport DDD et la remarque concernant les 2.219 m^3 ne peut donc se rapporter à cette facture. La Cour se demande d'ailleurs d'où le bureau DDD tient la constatation "Die Aufnahme C6-C7 von BBB stellte einen Aushub von 38.219 m^3 dar", qui est à la base de la différence constatée avec les mesurages du bureau d'études. En effet dans l'annexe à la facture du 28 mars 2008, contrôlée par le bureau DDD, le poste C6-C7 renseigne 33.634,94 m^3, ainsi que le reprend d'ailleurs correctement le rapport dans le contrôle de la facturation où il arrive à la conclusion respectée par la société BBB dans la facture rectificative. Celle-ci ne contient donc pas d'erreur matérielle au niveau des volumes excavés.

La société AAA soutient en second lieu que la facture rectificative ne met en compte au titre d'acomptes payés qu'un montant de 625.116,87 euros alors qu'elle a payé en réalité 684.727,61 euros, de sorte qu'un montant de 59.610.- euros doit être déduit de la créance invoquée par la société BBB.

Ainsi que le fait valoir la société BBB, le montant de 625.116,87 euros figurant dans la facture n° 2008/170 du 27 juin 2008 se rapporte non pas aux acomptes payés, mais constitue le montant TTC des quatre factures d'acomptes émises pour les travaux d'excavation, dont les trois premières ont été payées tandis que pour la quatrième subsiste un solde non payé de 61.057,11 euros TTC. A côté des quatre factures d'acompte et de la facture finale émises pour les travaux d'excavation la société BBB a encore émis le 29 février 2008 une facture n° 2008/53 au montant de 26.898,96 euros pour vente de matériaux, facture payée par la société AAA, et la facture non payée du 1er mars 2008 au montant de 455,40 euros pour enlèvement de clôture, dont question ci-dessus.

Il est vrai que la société AAA a payé au total la somme de, non pas 684.727,61 euros, mais 684.724,89 euros. Pour deux virements effectués au profit de BBB l'appelante a en effet dans son calcul ajouté aux montants réellement payés les 1,36 euros lui mis en compte par sa banque au titre de frais de transfert et qui doivent évidemment rester à sa charge. Mais dans ce montant de 684.724,89 euros est également compris le paiement de la facture n° 2008/53 pour vente de matériaux (pour laquelle la société BBB ne réclame pas le solde non payé de 1,36 euros résultant de la mise en compte des frais de transfert) et il faut donc maintenir au titre d'acomptes payés sur les différentes factures pour travaux d'excavation le seul montant de 657.827,29 euros.

Dans le décompte annexé à la facture rectificative du 27 juin 2008 le montant total des travaux d'excavation est chiffré à 866.109,97 euros TTC. Si on déduit de ce total les acomptes payés, on arrive à un montant de 208.282,68 euros et en y ajoutant celui de 455,40 euros auquel se chiffre la facture non payée du 1er mars 2008 on arrive à un total de 208.738,08 euros. La société BBB réclame 208.738,09 euros et la différence provient probablement du fait que dans ses calculs elle part des montants HTVA pour n'ajouter la TVA que sur le résultat obtenu, différence ne portant pas à conséquence.

L'erreur sur les acomptes payés n'existe donc pas dans le chef de la société BBB, mais bien dans le chef de l'appelante et le jugement entrepris est à confirmer en ce qu'il a dit la demande principale fondée à concurrence du montant réclamé.

Demande reconventionnelle

La société AAA a demandé la condamnation de la société BBB à lui rembourser un montant de 10.052,94 euros qui lui a été facturé le 3 juin 2008 sous le numéro 0119/2008 par l'entreprise EEE du chef de "Stillstandskosten", demande rejetée par les premiers juges au motif que la société AAA n'établit pas que la mise en compte de ces frais trouve sa cause dans une faute imputable à la société BBB et qu'elle en ait subi un quelconque préjudice, à défaut de prouver qu'elle a réglé la facture de l'entreprise EEE.

La société AAA a versé en instance d'appel copie d'un extrait de compte dont ressort que la facture n° 0119/2008 laquelle met également en compte la somme de 34.534,51 euros du chef de "Ausschachtungsarbeiten" dont question ci-après, a été payée.

L'appelante reste toutefois toujours en défaut de prouver que les frais d'immobilisation lui facturés par l'entreprise EEE seraient dus à une faute imputable à la société BBB et elle se trompe lorsqu'elle admet que "la seule chose dont la Cour devra tenir compte est la mise en compte d'indemnités d'immobilisation".

Sur la facture émise par l'entreprise EEE est mentionné: "Stillstandskosten gemäss Schreiben vom 06.03.2008", écrit que l'appelante ne verse pas. Dans un courrier adressé à la société BBB le 26 février 2008 elle dit: "Sie haben endgültig bis Freitag den 29.02.2008 die Baugrube ordnungsgemäss leer zu räumen und Ihre Maschinen abzuziehen.", il faut donc admettre que fin février 2008 la société BBB avait terminé les travaux et libéré le chantier, de sorte qu'une relation entre les frais facturés et les travaux de l'intimée reste non établie.

La société AAA reproche ensuite aux premiers juges d'avoir rejeté sa demande portant sur le montant de 34.534,51 euros lui facturé par l'entreprise EEE du chef de "Ausschachtungsarbeiten".

Les premiers juges ont motivé ce rejet par un défaut de preuve du paiement de la facture EEE, preuve qui est rapportée, et par le défaut de preuve que les travaux facturés par l'entreprise EEE aient été rendus nécessaires en raison des carences de la société BBB. Ils ont relevé à ce sujet qu'à l'audience le mandataire de la société AAA a admis que c'est sa mandante qui a élaboré le cahier des charges et qu'il se pourrait dès lors qu'une insuffisante profondeur des excavations soit imputable au maître de l'ouvrage qui a mal établi le cahier des charges.

A l'appui de son appel la société AAA maintient que les excavations faites par l'intimée n'étaient pas assez profondes.

La société BBB conteste cette affirmation. Elle fait valoir que les prétentions adverses ont été émises pour la première fois dans le cadre du contredit à ordonnance conditionnelle de paiement formé le 9 mars 2009 alors que la facture EEE date du 3 juin 2008 déjà.

La Cour remarque surtout que le 26 juin 2008, donc plus de trois semaines après l'émission de la facture EEE, le bureau d'études DDD a émis son rapport concernant le contrôle de la facture BBB du 28 mars 2008 et ce rapport est muet sur la facture EEE, qui n'a donc pas été soumise au bureau DDD. Et à la réception de la facture rectificative du 27 juin 2008 la société AAA ne réagit pas non plus. On doit donc admettre que la société BBB a exécuté les travaux dont elle a été chargée et que l'origine d'une profondeur insuffisante est à chercher ailleurs.

Il reste non établi que les travaux d'excavation facturés par l'entreprise EEE soient dus à une carence de la société BBB. Une telle preuve ne résulte pas de l'annotation "Rechn. Nr. 0119/2008 Schadensumme BBB Neubau E5" que la société AAA a fait figurer sur le virement effectué en paiement de la facture EEE.

La société AAA reproche ensuite aux premiers juges de l'avoir déboutée de sa demande en condamnation de la société BBB au paiement de la somme de 300.000.- euros du chef de pénalités de retard à raison de 2.500.- euros par jour pendant quatre mois. Elle fait valoir que le selon le contrat conclu entre parties les travaux devaient être terminés au plus tard le 22 octobre 2007 et que le 26 février 2008 les travaux n'étaient pas terminés de sorte que l'appelante a, par courrier du même jour, informé la société BBB qu'elle lui mettrait en compte à titre de dommages et intérêts un montant de 2.500.- euros par jour.

Le contrat conclu entre parties le 6 août 2008, tout en fixant la fin des travaux au 22 octobre 2007 au plus tard, ne prévoit pas de pénalité de retard en cas de non-respect de ce délai. Et le courrier adressé à la société BBB au moment de son départ du chantier ne peut valoir stipulation conventionnelle d'une telle pénalité. Il appartient donc à la société AAA d'établir la réalité d'un préjudice qui lui serait accru du fait du retard reproché à l'intimée. Elle ne précise même pas en quoi consiste ce préjudice.

A cela s'ajoute, ainsi que l'ont relevé les premiers juges, que le 25 octobre 2008, donc dès la fin prévue des travaux faisant l'objet du contrat du 6 août 2008, la société AAA a chargé la société BBB de travaux supplémentaires d'une envergure de plus de 100.000.- euros et qu'aucun délai d'achèvement n'a été stipulé dans cette commande supplémentaire.

En ordre subsidiaire l'appelante sollicite la nomination d'un expert ou consultant avec la mission suivante:

- examiner si les travaux devant être accomplis par BBB l'ont été conformément aux échéances prévues au contrat,
- évaluer l'incidence d'un éventuel retard dans l'exécution des travaux et chiffrer le préjudice y relatif,
- dresser le décompte entre parties en tenant compte des moins-values à retenir en fonction d'éventuelles malfaçons, inexécutions ou dommages à réparer.

C'est à juste titre que l'intimée conclut au rejet de cette offre de preuve par expertise pour n'être ni pertinente, ni concluante et pour se heurter à l'article 351 du Nouveau code de procédure civile aux termes duquel une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence d'une partie dans l'administration de la preuve.

En effet un expert ne peut être chargé d'examiner si des travaux ont été accomplis conformément à des échéances non prévues au contrat, comme c'est le cas pour la commande supplémentaire. Il ne peut non plus être chargé d'évaluer une incidence non précisée d'un éventuel retard et de chiffrer un préjudice non identifié. Une expertise judiciaire n'est enfin pas destinée à permettre au maître de l'ouvrage de contrôler si les travaux confiés à un entrepreneur ont été correctement exécutés.

Le jugement est encore à confirmer en ce qu'il a dit la demande reconventionnelle de la société AAA non fondée.

L'appelante reproche enfin aux premiers juges de ne pas avoir prononcé un sursis à statuer en attendant que le rapport d'expertise portant sur les dommages causés au fonds voisin par les travaux effectués par la société BBB soit déposé.

Cette demande a été rejetée au motif que le résultat de la mesure d'instruction est sans influence sur le litige, la société AAA ne formulant aucune demande à l'encontre de la société BBB en relation avec des dégâts prétendument causés à la CCC.

A l'appui de son appel la société AAA soutient que le rapport préliminaire de l'expert démontre à suffisance de droit l'incidence de la mesure d'instruction en cours et elle déclare se réserver le droit d'augmenter sa demande aux fins d'être dédommagée par la société BBB de tout montant qu'elle aurait à payer du fait des dommages causés par l'intimée.

Il résulte du rapport préliminaire que des dommages ont été causés au bâtiment de la CCC et au chemin d'accès à ce bâtiment et d'après le rapport ces dommages sont en partie imputables à la société BBB.

Ces dommages ont été causés à la CCC et non pas à la société AAA qui est sans qualité pour en demander réparation. Il n'est d'ailleurs même pas certain qu'elle soit amenée un jour à devoir dédommager la CCC de dommages causés par la société BBB, laquelle pourra très bien être sollicitée directement par la CCC pour sa part de responsabilité dans les dommages.

Les premiers juges sont à confirmer sur ce point.

Il s'en suit que l'appel n'est pas fondé.

Les deux parties concluent à l'allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

La société AAA, qui succombe dans son appel et est à condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel, ne peut prétendre à une indemnité de procédure et sa demande est à dire non fondée.

La demande de la société BBB est à dire fondée, étant inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité des frais non compris dans les dépens qu'elle a dû exposer en instance d'appel. Il y a lieu de lui allouer la somme de 2.500.- euros au titre d'une participation aux honoraires d'avocat.

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;

le dit non fondé et confirme le jugement entrepris;

condamne la société anonyme AAA à payer à la société anonyme BBB une indemnité de procédure de 2.500.- euros pour l'instance d'appel;

déboute la société anonyme AAA de sa demande basée sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile et la condamne aux frais et dépens de l'instance d'appel, dont distraction au profit de Maître Anne Ferry, sur ses affirmations de droit.