Arrêt commercial

Audience publique du sept mars deux mille douze.

Numéro 35182 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 A S.A., *établie et ayant son siège social à U, 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 29 juillet 2009,*

comparant par Maître Claude WASSENICH, avocat à Luxembourg ;

e t :

B, *commerçant, né le ……..., demeurant à V,*

intimé *aux fins du susdit exploit KURDYBAN,*

comparant par Maître Eliane SCHAEFFER, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Les faits gisant à la base du présent litige se résument comme suit :

Chargée par B de la réalisation d'importants travaux de rénovation et de transformation dans le local situé à W, ainsi que de la livraison de matériel, la société A S.A. a soumis le 9 janvier 2008 à B un devis provisoire n° 037/2007/1, portant sur le montant de « *EUR ca. 123.050,00* », TVA comprise.

Ce devis, qui contenait la mention « *Auftrag verbindlich erteilt unter Vorbehalt der genauen Festlegung der Materialien, Farben etc*. », fut signé le 11 janvier 2008 par B.

Les instances administratives ayant par la suite imposé quelques modifications aux plans, la société A S.A. a fait parvenir le 25 mars 2008 à B une « *Auflistung über entsprechende Mehrleistungen* ».

Le 23 avril 2008, la société A S.A. envoya à B une « *Verbindliche Auftragsbestätigung* », portant – en tenant compte de certaines modifications apportées aux plans initiaux – sur le montant de 136.784,21 €, TVA comprise, ainsi qu'un « *Nachtrag zur Auftragsbestätigung* » portant sur le montant de 26.098,37 €, TVA comprise.

Ni le devis définitif ni l'avenant à ce devis ne furent retournés à la société A S.A. dûment signés et approuvés par B.

Le 12 août 2008, la société A S.A. – après avoir arrêté les travaux – envoya à B une facture d'un montant total de 168.103,29 €, reprenant *toutes les prestations effectuées et les postes concernant les marchandises qui restent à livrer* (cf : conclusions notifiées en instance d'appel le 12 avril 2010 par la société A S.A.).

Reprochant à B de n'avoir réglé sur le montant de 168.103,29 € respectivement sur le montant de (136.784,21 € + 26.098,37 €) = 162.882,58 € que quatre acomptes d'un montant total de (30.762,50 € + 36.915 € + 18.457 € + 24.610 €) = 110.744,50 €, et faisant grief à B de n'avoir pas accepté le devis définitif et son avenant tout en exigeant l'exécution des travaux y désignés, la société A S.A., au regard de l'attitude ambivalente de B, a, par exploit d'huissier du 17 novembre 2008, fait donner assignation à ce dernier à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour y entendre :

- voir, principalement, ordonner l'exécution du contrat tel que fixé par la facture du 12 août 2008 et partant voir condamner B à payer à la société A S.A. le montant de (168.103,29 € - 110.744,50 €) = 57.438,79 € ;

- voir, subsidiairement, ordonner l'exécution du contrat tel que fixé par le devis définitif du 23 avril 2008 et son avenant du même jour et partant voir

condamner B à payer à la société A S.A. le montant de (162.882,58 € – 110.744,50 €) = 52.138,08 € ;

- voir, plus subsidiairement encore, déclarer résilier le contrat d'entreprise et de vente du 12 août 2008 aux torts de B et partant le voir condamner à payer à la société A S.A. des dommages et intérêts d'un montant de 57.358,79 € ;

- voir, dans un dernier ordre de subsidiarité, déclarer résilié le contrat d'entreprise et de vente du 23 avril 2008 aux torts de B et partant le voir condamner à payer à la société A S.A. le montant de 52.138,08 € ;

- voir condamner B au paiement d'une indemnité de procédure de 2.000 € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

En première instance, B s'est opposé à la demande, arguant du fait qu'il n'a jamais accepté ni le devis définitif portant sur le montant de 136.784,21 €, TVA comprise, ni l'avenant portant sur le montant de 26.098,37 €, TVA comprise, représentant les travaux supplémentaires ; que le seul devis accepté et signé par lui aurait été le devis du 9 janvier 2008 portant sur le montant de 123.050 €, TVA comprise ; qu'il n'aurait pas à supporter les modifications imposées par les instances administratives ; que ces modifications auraient dû être prises en considération par la société A S.A. dans l'établissement du devis du 9 janvier 2008 ; que toutes les commandes supplémentaires restent contestées.

B a conclu reconventionnellement à la condamnation de la société A S.A. au paiement de dommages et intérêts d'un montant de 91.046.06 € (sans TVA), repris par la société A S.A. dans son dernier état d'avancement des travaux du 13 mai 2008, tirant argument du fait qu'il a dû recourir à de tierces entreprises aux fins de terminer le chantier abandonné par la société A S.A.

B a en outre réclamé 2 x 12.500 € + p.m. en réparation du préjudice prétendument lui accru suite au retard dans l'exécution des travaux d'aménagement par la société A S.A. et en raison du fait que la date de l'ouverture du local a dû être reportée.

Par jugement du 5 mars 2009, le tribunal a dit la demande de la société A S.A. recevable et partiellement fondée, a dit résilié le contrat conclu entre la société A S.A. et B, a rejeté la demande de la société A S.A. pour le surplus, a dit la demande reconventionnelle de B recevable mais non fondée et a condamné B aux frais et dépens de l'instance.

De ce jugement, la société A S.A. a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 29 juillet 2009.

Dans son acte d'appel, la société A S.A. conclut, par réformation du jugement entrepris, à voir dire que le contrat conclu entre parties est résilié aux torts de B et à voir condamner B au paiement du montant de 57.358,79 € à titre d'indemnisation pour faute contractuelle commise par B. La société A S.A. réclame encore une indemnité de procédure de 2.000 € pour la première

instance et une indemnité de procédure de 1.500 € au titre des frais par elle exposés en instance d'appel.

B conclut à la confirmation des juges de première instance en ce qu'ils ont déclaré résilié le contrat entre parties. Il relève appel incident, critiquant les juges de première instance de n'avoir pas fait droit à sa demande reconventionnelle. Il conclut, par réformation du jugement entrepris, à voir condamner la société A S.A. à lui payer le montant de 91.046,06 € en réparation du préjudice prétendument lui accru suite à la non-exécution par la société A S.A. de ses obligations contractuelles. Subsidiairement, B demande à la Cour de nommer un homme de l'art avec la mission de déterminer le dommage matériel lui accru, notamment *de calculer sur le chiffre d'affaires le dommage résultant du retard de l'ouverture de la brasserie ainsi que la perte de jouissance du local*. B conclut encore à voir débouter la société A S.A. de ses demandes en obtention d'une indemnité de procédure et réclame à son tour une indemnité de procédure de 2.500 € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Discussion

I) quant à l'appel principal

Pour décider comme ils l'ont fait, les juges de première instance ont, quant à la demande principale de la société A S.A. :

- relevé que seule l'offre provisoire portant sur le montant de 107.000 €, hors TVA, a été formellement acceptée par B ;

- dit que le surcoût provenant des modifications imposées par les instances administratives, acceptées par B, se limitant à +/- 10 % du prix du projet initial, sont à supporter par ce dernier ;

- dit que la société A S.A. ne verse aucune pièce justificative quant à la commande par B de travaux supplémentaires ; que la société A S.A. n'établit pas non plus que certains des travaux réalisés par elle sur le chantier litigieux constituent des travaux supplémentaires non repris dans l'offre initiale ;

- relevé qu'en date du 13 mai 2008, la société A S.A. a évalué les travaux par elle réalisés au montant de 91.204,24 €, hors TVA, soit 104.884,89, TVA comprise ; qu'à cette même date, la société A S.A. a annoncé d'arrêter les travaux ; qu'au mois d'août 2008, les travaux n'étaient pas encore achevés et la société A S.A. n'est plus intervenue sur le chantier après cette date ; que B a payé le montant de 110.744,50 € à la société A S.A., donc un montant supérieur à celui relaté dans l'état d'avancement des travaux du 13 mai 2008 ;

- dit qu'il n'y a pas lieu de prononcer la résiliation aux torts exclusifs de B alors qu'aucune faute n'est établie dans son chef ;

- rejeté la demande de la société A S.A., tendant à la condamnation de B au paiement du *solde impayé de factures émises* au motif que la société A S.A. reste en défaut de produire un décompte des travaux effectivement par elle réalisés ;

- rejeté la demande de la société A S.A. en obtention de dommages et intérêts au motif qu'elle n'a ni établi un préjudice dans son chef ni prouvé l'existence d'une faute dans le chef de B.

Dans son acte d'appel, la société A S.A. critique les juges de première instance d'avoir prononcé la résiliation du contrat entre parties sans toutefois avoir admis les torts de B dans cette résiliation, alors que celui-ci se serait délié unilatéralement de ses engagements contractuels en ayant recours à de tierces entreprises, empêchant par là la poursuite du contrat par la société A S.A..

Estimant n'avoir pas reçu de contrepartie réelle de B pour les travaux réellement par elle exécutés, la société A S.A. conclut à la condamnation de B au paiement du montant de 57.358,79 € avec les intérêts légaux tels que de droit.

Dans ses conclusions notifiées le 12 avril 2010, la société A S.A. demande acte de ce qu'elle renonce désormais à demander la résiliation du contrat, mais qu'elle réclame l'exécution du contrat en demandant la condamnation de B à lui payer le solde restant impayé de la facture du 12 août 2008, à savoir, le montant de (168.103,29 € - 110.740,50 €) = 57.358,72 €.

B résiste à cette demande, réitérant son argumentation consistant, en substance, à dire que le seul devis par lui signé est celui du 9 janvier 2008 portant sur le montant de 123.050 €, TVA comprise ; qu'il n'a pas signé les autres devis et avenant ; que toute commande de travaux supplémentaires reste formellement contestée ; que la société A S.A. n'aurait – comme en témoigne le constat d'huissier dressé en cause – ni achevé les travaux commencés ni exécuté les travaux commencés conformément aux règles de l'art.

Il est constant en cause qu'en date du 13 mai 2008, les travaux exécutés par la société A S.A. portaient sur le montant de 91.204,25 €, soit 104.884,89 €, TVA comprise. Les acomptes réglés par B entre le 11 février et le 5 juin 2008 s'élevaient à 110.744,50 €. Le 11 août 2008, B, par l'intermédiaire de son avocat, a informé la société A S.A. de ce qu'il *fera terminer les travaux par une autre entreprise afin de limiter ses pertes dans la mesure où les tentatives de conciliation ont échoué et puisque l'arrêt du chantier met B dans une situation plus que délicate*. Le 12 août 2008, la société A S.A. a envoyé à B une facture détaillée en rapport avec *les prestations effectuées et les postes concernant les marchandises qui restent à livrer* (cf : conclusions de Maître Claude WASSENICH, notifiées le 12 avril 2010), retenant un solde impayé par B de 57.358,79 € (TVA comprise), montant obtenu après avoir déduit de la somme totale de 168.103,29 € (TVA comprise) les acomptes d'un montant de 110.744,50 € d'ores et déjà réglé par B. Le 14 août 2008, la société A S.A., par

l'intermédiaire de son mandataire, a sommé B de *la laisser exécuter les travaux en souffrance pour qu'elle puisse exécuter sa part du marché et satisfaire à son obligation contractuelle de fournir un produit fini.* Le 16 septembre 2008, la société A S.A., se référant à une réunion entre parties au cours de laquelle B aurait accepté l'intégralité de la facture émise le 12 août 2008, demanda à l'avocat de celui-ci de confirmer par courrier officiel que *l'ensemble de la facture adressée est acceptée et prise en charge par B*, qu'il *admettra qu'il redoit à la société A S.A. le montant de 57.000 € TTC*, que *le montant de 40.000 € devra être versé immédiatement de telle sorte que les travaux seront réalisés dans la quinzaine du versement du montant à un compte tiers*, que *B devra également s'engager quant aux modalités de paiement du solde de 17.000 € de manière concrète*, sinon *faute d'obtenir une réponse officielle, la société A S.A. agira en justice*. Il ne ressort pas des pièces versées au dossier que cette dernière lettre ait été honorée d'une réponse de la part de B.

Il est vrai que le seul devis signé par B est celui du 9 janvier 2008 portant l'intitulé « *provisorische Auftragsbestätigung* ». Ni la « *verbindliche Aufragsbestätigung* » du 23 avril 2004 portant sur le montant total de 136.784,21 €, TVA comprise, ni le « *Nachtrag zur Auftragsbestätigung* » du même jour, portant sur le montant de 26.098,37 €, TVA comprise, n'ont été signés par B.

Or, B a nécessairement dû s'attendre – eu égard aux modifications imposées par les instances administratives – à ce que des coûts supplémentaires devraient s'ajouter aux montants émargés dans le devis du 9 janvier 2008.

Par ailleurs, les lettres adressées les 20 et 29 février 2008 par la société A S.A. à l'administration communale contenaient une « *Baubeschreibung* » et un « *Ausführungsplan* » que B ne conteste pas avoir contresignés.

B ne saurait donc actuellement prétendre n'être engagé envers la société A S.A. que par le devis du 9 janvier 2008, ce d'autant plus que ce devis ne renseigne qu'un montant de « *EUR ca 123.050,00* », TVA comprise, l'indication du mot « *ca* » signifie nécessairement que des détails d'exécution devraient encore être discutés entre parties.

A relever dans ce contexte la déposition de D qui a déclaré dans son attestation testimoniale du 26 mars 2009, établie conformément au prescrit des articles 400 et suivants du Nouveau Code de procédure civile, que « *Vor Erstellung der Kostenschätzung an Herrn B war ich im November/Dezember 2007 mit Herrn C zum Zwecke des Ausmasses zweimal im Objekt W. Zum damaligen Zeitpunkt war im Objekt noch eine Reinigungsfirma tätig, welche grosse Reinigungsmaschinen in Betrieb hatte, sodas ein richtiges Ausmass zur Erstellung der Kostenschätzung nur bedingt möglich war. Ausserdem konnten wir die Rückfassade des Hauses nicht einsehen, da das Haus ebenerdig weder einen Ausgang noch ein Fenster besitzt. Auch war eine Regelung der darüber liegenden Wohnungen nicht möglich, sodass für diverse Angebotsteile (Lüftungsanlage, Gasinstallation) nur eine Schätzung möglich war. Dies wurde seitens A auch dem Auftraggeber, der bei einem diese Aufmasse anwesend war, mitgeteilt* (… …) ».

B est encore mal venu de contester l'avenant du 23 avril 2008 portant sur le montant de 26.098,37 €, TVA comprise, représentant les travaux supplémentaires.

En effet, par lettre recommandée du 3 juin 2008, Maître Eliane SCHAEFFER, mandataire de B, a fait savoir au mandataire de la société A S.A., Maître Claude WASSENICH, que *B insiste à ce que pour l'avenir, la nécessité de toute fourniture supplémentaire, non comprise dans le devis initial soit discutée au préalable avec lui, afin qu'il marque ou non son accord avec le supplément envisagé.*

Il se dégage indubitablement de l'emploi des termes « *pour l'avenir* » que B a marqué son accord, ne fût-ce qu'implicitement, avec les travaux supplémentaires qui lui avaient été mis en compte par la société A S.A. avant cette date.

Pareil accord se trouve encore corroboré par l'attestation testimoniale de D qui a déclaré que « (… …) *Am 10.03.2008 fand bei A in U eine Besprechung von Herrn C mit Herrn B statt. Hierbei haben die beiden Herren sich auf die Austattung des Objektes wie Betuchungsmodelle, Farben und Bezüge, Bodenbeläge, Fliesen etc. verständigt und festgelegt*. (… …). Le témoin a souligné que lors d'une réunion entre parties le 11 septembre 2009 « (… …) *machte B den Vorschlag, dass er die offenstehende Restsumme aus unserem 1. Vertrag von ca 12.000 € direkt bezahlen würde. Weiterhin akzeptierte Herr B Ergänzungen aus unserer Schlussrechnung in Höhe von ca 12.800 €. Aus der sich daraus ergebene Restsumme unserer Forderung von ca 32.000 € wollte er nach weiteren Finanzmöglichkeiten suchen*. (… …). *Eigentlich sah alles nach einer prinzipiellen Einigung aus. Dann jedoch teilte Herr B mit, dass er eine Vereinbarung mit der Brasserie gefunden hat und das Café in der rue ……. in W ohne unser Mitwirken fertigstellen wird*. (… …). *Herr B wurde über alle erforderlichen Schritte und Baumasse mündlich und schriftlich zeitnah informiert*. (… …) ».

Il ressort de toutes ces considérations que le contrat conclu entre parties n'a pas pu être exécuté en raison du comportement fautif de B, ayant plus particulièrement consisté dans le fait que celui-ci s'est délié unilatéralement de ses engagements contractuels en ayant recours à des tierces entreprises. Une exécution forcée du marché n'étant à l'heure actuelle plus possible, il y a lieu de dire que la société A S.A. a droit à des dommages et intérêts d'un montant de 57.338,79 € correspondant au solde impayé par B de la facture du 12 août 2009.

L'appel de la société A S.A. est partant à déclarer fondé.

II)<u>quant à l'appel incident</u>

Concernant la demande reconventionnelle formulée par B, les juges de première instance ont :

- rejeté la demande de B, tendant à voir rembourser trois factures prétendument émises par de tierces entreprises en rapport avec l'achèvement des travaux, motif pris de ce que B n'a pas établi une faute dans le chef de la société A S.A. ;

- rejeté la demande en obtention de dommages et intérêts en réparation du préjudice prétendument accru à B suite au retard dans l'exécution des travaux par la société A S.A., motif pris de ce qu'aucune date prévue pour l'achèvement des travaux n'avait été prévue.

Reprochant à la société A S.A. l'inexécution de ses obligations contractuelles et faisant valoir que le non-respect du délai d'achèvement des travaux a engendré un manque à gagner dans son chef, B conclut à la condamnation de la société A S.A. au paiement du montant de 91.046,06 € + p.m., se décomposant comme suit :

- facture E	2.210,28 €
- facture F	54.850,29 €
- facture G	8.985,49 €
- perte de jouissance du local	12.500 € + p.m.
- retard dans l'ouverture de la Brasserie	12.500 € + p.m.

B souligne que les trois factures, ci-avant reprises, sont relatives au local par lui exploité et correspondent aux prestations non effectuées respectivement mal exécutées ainsi qu'aux marchandises non livrées par la société A S.A.. Il explique avoir dû débourser, en sus du montant de 104.884,89 € d'ores et déjà réglé à la société A S.A., le montant de 66.046,06 €, soit un montant total de (104.884,89 € + 66.046,06 €) = 170.930,95 € (TVA comprise), au lieu d'un montant de 123.050 € (TVA comprise) tel qu'émargé dans le devis du 9 janvier 2008.

Ce chef de la demande reconventionnelle est d'ores et déjà à déclarer non fondé, la Cour renvoie à cet égard à ses considérations plus amplement développées dans le cadre de l'appel principal.

B fait encore remarquer qu'aux termes du plan de travail convenu entre parties les travaux ont débuté mercredi 26 mars 2008 et ont dû être terminés samedi 26 avril 2008.

La société A S.A conteste qu'un délai impératif ait été convenu entre parties.

Elle soutient que la date ultime du 15 juillet 2008 aurait été imposée par B.

Comme l'ont relevé à juste titre les juges de première instance, aucune date précise quant à l'achèvement des travaux n'a été fixée entre parties.

Il s'en suit que B ne saurait prétendre à l'obtention de dommages et intérêts résultant du retard dans l'ouverture de son commerce pour non respect par la société A S.A. d'un quelconque délai d'achèvement des travaux.

L'appel incident de B est partant à déclarer non fondé.

Vu l'issue du litige, B ne saurait prétendre à l'octroi d'une indemnité de procédure.

La Cour dispose des éléments d'appréciation suffisants pour fixer à 1.000 € l'indemnité de procédure devant revenir à la société A S.A. pour la première instance et à 1.500 € l'indemnité de procédure devant lui revenir pour l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit les appel principal et incident ;

dit l'appel incident non fondé ;

dit l'appel principal fondé ;

réformant :

condamne B à payer à la société A S.A. le montant de 57.358,79 € avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde ;

déboute B de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure ;

condamne B à payer à la société A S.A. une indemnité de procédure de 1.000 € pour la première instance et une indemnité de procédure de 1.500 € pour l'instance d'appel ;

condamne B aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Claude WASSENICH qui la demande, affirmant avoir fait l'avance des frais et dépens.