*Arrêt commercial*

*Audience publique du sept novembre deux mille douze.*

*Numéro 37391 du rôle.*

*Composition :*

*Françoise MANGEOT, présidente de chambre;*
*Valérie HOFFMANN, conseillère;*
*Marie-Laure MEYER, conseillère;*
*Marcel SCHWARTZ, greffier.*

***E n t r e :***

***la société anonyme SOC.1.) S.A.,*** *établie et ayant son siège social à L-(…), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B …, représentée par son conseil d'administration en fonctions,*

***appelante*** *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Roland FUNK de Luxembourg du 12 mai 2011,*

*comparant par Maître André HARPES, avocat à Luxembourg ;*

***e t :***

***la société anonyme SOC.2.) S.A.,*** *établie et ayant son siège social à L-(…), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B …, représentée par son conseil d'administration en fonctions,*

***intimée*** *aux fins du susdit exploit FUNK,*

*comparant par Maître Alain RUKAVINA, avocat à Luxembourg.*

---

## LA COUR D'APPEL :

La société anonyme SOC.1.) S.A. a, par exploit de l'huissier de justice Roland FUNK de Luxembourg du 24 août 2009, fait donner assignation à la société anonyme SOC.2.) S.A. à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour l'entendre condamner à lui payer du chef de non règlement d'une partie de la facture n° 4181 du 20 novembre 2007 relative à la livraison de sable stabilisé le montant de 58.661,81 € avec les intérêts légaux à partir de la date d'émission de ladite facture, soit le 20 novembre 2007, sinon à compter de la date d'échéance de la facture, sinon à partir de la demande en justice, jusqu'à solde.

Elle requérait, en outre, un montant de 1.500.- € sur base de l'article 8 de la loi modifiée du 18 avril 2004 ainsi qu'une indemnité de procédure de 1.500.- € en vertu de l'article 240 du nouveau Code de procédure civile.

Elle exposait à l'appui de ses prétentions qu'elle avait, en exécution de commandes émanant de la société anonyme SOC.2.) S.A. et intéressant le chantier C.1.) à (…), livré entre le 20 avril 2007 et le 2 juillet 2007 (bons de livraison signés), pour le prix convenu de 72,50 € par $m^3$ (hors T.V.A), 4.175 $m^3$ de sable stabilisé, soit un mélange de sable et de béton doté de propriétés hydrauliques et d'une grande stabilité, destiné à l'enrobage des gaines de lignes *« Haute Tension »* ; qu'il avait été convenu entre parties que la société défenderesse devait uniquement payer la moitié du volume de ce sable stabilisé livré, l'autre moitié étant à mettre au compte de l'entreprise SOC.1.) ; qu'ainsi la société demanderesse a, sur base des factures de son fournisseur – la société anonyme SOC.3.) S.A. – facturé à la société anonyme SOC.2.) S.A. la moitié du volume de sable effectivement livré, soit 2.087,50 $m^3$ pour un prix de 174.045,31€ T.VA. comprise (151,343,75€ hors taxes); que la partie assignée refuserait de régler la facture en souffrance au motif erroné que la seule quantité facturable serait le volume du sable stabilisé compacté suite au métré accepté par le maître d'ouvrage alors pourtant que la commande concernerait du sable stabilisé en vrac non compacté et que les bons de livraison mentionnant les volumes effectivement livrés auraient été dûment datés et signés par la partie défenderesse.

Par jugement contradictoire du 18 février 2011, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, a déclaré cette demande recevable, mais non fondée et a condamné la société anonyme SOC.1.) S.A. à payer à la société anonyme SOC.2.) S.A. une indemnité de procédure de 1.000.-€ sur base de l'article 240 du nouveau Code de procédure civile.

La société anonyme SOC.1.) S.A. a, par exploit de l'huissier de justice Roland FUNK de Luxembourg du 12 mai 2011 régulièrement relevé appel de ce jugement.

Elle y demande, par réformation de la décision entreprise, l'admission de sa demande d'un import de 58.661,81 €, outre les intérêts, – telle que présentée

en première instance –, une indemnité de procédure de 2.500.-€ ainsi que la décharge des condamnations prononcées à son encontre.

La société appelante a, dans des conclusions ultérieures du 3 octobre 2011, réduit sa demande en paiement au montant de 58.119,87 € T.T.C., résultant d'un calcul effectué sur base du métré de sable compacté accepté par le maître de l'ouvrage, soit 1.391,91 $m^3$.

Contestant le bien-fondé des prétentions de l'appelante, l'intimée conclut à la confirmation du jugement de première instance et à l'allocation d'une indemnité de procédure de 3.000.-€.

La Cour n'est, comme il convient de le préciser, pas saisie de la connaissance, du moyen, non repris dans la présente instance par la société anonyme SOC.2.) S.A., tiré de la nullité de l'assignation du 24 août 2009.

Les parties ont, pour le surplus quant au fond, réitéré, en les amplifiant, leurs moyens et arguments de première instance.

La société appelante continue ainsi à soutenir à titre principal que la commande aurait seulement concerné la livraison de sable en vrac, le compactage devant être réalisé sur place par les soins de l'entrepreneur et que la facturation était à réaliser en conséquence. La conclusion d'un accord différent est contestée. Il y aurait lors de la réunion du 6 avril 2007 seulement eu acceptation de la proposition du représentant de la société anonyme SOC.2.) S.A. selon laquelle la facturation de SOC.1.) devait se faire « *sur base du métré final compacté dans la tranchée, mais en tenant compte du rapport compact/vrac à appliquer sur la facture, à majorer encore d'un petit pourcentage pour couvrir les pertes de sable inévitables entre quantités livrées et finalement mises en œuvre dans la tranchée ».* Sa demande récente est le résultat d'un calcul basé sur cette considération. Elle renvoie, par ailleurs, spécialement au fait que le bordereau de soumission émis par C.1.) à destination de la société anonyme SOC.2.) S.A. se référerait à la page 168 exclusivement à une livraison de sable par la société anonyme SOC.2.) S.A. ; que s'agissant du contrat conclu entre les parties litigantes, la teneur même de la commande établirait que le prix indiqué sur le bordereau de soumission ne concernerait qu'une livraison de sable stabilisé en vrac – elle allègue dans ce contexte qu'il serait d'usage en la matière que le soumissionnaire, soit la société anonyme SOC.2.) S.A., lui ait transmis une copie du susdit bordereau, donc en l'espèce de la page 168 pour qu'elle indique le prix par elle pratiqué pour la livraison de sable stabilisé sollicité, que la société anonyme SOC.1.) S.A. aurait, certes, indiqué son prix de livraison, qu'il serait, néanmoins, aussi d'usage en la matière que l'entrepreneur offrant de telles prestations consulte le fabricant et fournisseur pour le produit choisi, de sorte qu'il n'appartient pas au fournisseur d'indiquer le prix final pour une prestation qui lui est étrangère, qu'il serait normal dans la branche que le fournisseur inscrive son prix pour la seule fourniture sur le bordereau de soumission sans ajouter à chaque fois qu'il s'agit uniquement du prix de la livraison et que toute autre manipulation est exclue – elle demande, d'ailleurs, pour autant que de besoin la communication du bordereau définitif de soumission transmis à C.1.) et sur base duquel elle a

obtenu le marché –; que la mise en œuvre ne peut être faite que sur place ; que la commande ne portant que sur la livraison, l'entrepreneur, la société anonyme SOC.2.) S.A. a dans ses relations avec C.1.) dû facturer un volume de sable inférieur à celui acheté en vrac ; que toutes les factures pour des prestations de même nature au chantier C.1.) émises par la société anonyme SOC.1.) S.A. à l'égard d'autres entrepreneurs en fonction de ces critères ont été réglées ; que la société anonyme SOC.2.) S.A. a signé sans réclamer les bons de livraison, que ses réclamations sont tardives et qu'elle lui a même envoyé le 2 mars 2007 une télécopie prouvant ses allégations.

La société intimée conclut à l'absence de fondement, par manque de preuve, des prétentions de la société appelante quant à l'objet du contrat et au mode de calcul des prestations encore réclamées. Elle réfute les arguments et moyens de la partie adverse en renvoyant spécialement aux termes (sable stabilisé mis en œuvre) du bordereau servant de base à la commande, aux problèmes de livraison surgis en cours d'exécution du contrat et à la solution trouvée entre parties, au défaut de pertinence des éléments de preuve avancés et demande, pour autant que de besoin, le rejet de la demande de la société anonyme SOC.1.) S.A. en production du bordereau définitif de soumission tel qu'il a été soumis à C.1.) et suite auquel elle a remporté le marché. Elle insiste sur le fait que le litige concernerait le volume de sable livré et que le problème afférent aurait été réglé dans l'accord intervenu entre parties conformément à la décision exacte du tribunal d'arrondissement de Luxembourg.

En ordre subsidiaire, elle a présenté l'offre de preuve par voie testimoniale de la teneur suivante :

*« que la société anonyme SOC.2.) S.A. avait transmis avant de déposer son offre dans le cadre du marché de lignes de haute tension sur le chantier C.1.), le bordereau de soumission à SOC.1.) avec prière d'indiquer le prix à soumettre au maître de l'ouvrage, et ce fin 2006 sans préjudice quant à la date exacte ;*

*que SOC.1.) indiqua elle-même sur ledit bordereau le prix de 72,50 €/ m2, y apposa son tampon et le renvoya à la société anonyme SOC.2.) S.A. ;*

*qu'en outre en date du 6 avril 2007, il fut décidé lors d'une réunion entre la société anonyme SOC.2.) S.A., la société anonyme SOC.1.) S.A. et C.1.) S.A R.L. que seuls les métrés acceptés par le maître de l'ouvrage C.1.) seraient facturables par SOC.1.) ».*

Le tribunal a, pour des motifs corrects auxquels la Cour renvoie et qui répondent à suffisance aux moyens exposés par les parties dans les deux instances – été amené à rejeter la demande de la société appelante.

Force est de conclure, en effet, qu'un accord concernant la question litigieuse, est manifestement intervenu entre parties le 6 avril 2007 (cf. attestations testimoniales rédigées par A.) et B.), dont il n'y a pas lieu de douter), que son objet est évident au regard des termes clairs employés par les auteurs des attestations visées (Selon la formulation, dénuée d'ambiguïté, employée par B.), *« le volume facturé sera celui figurant dans le métré accepté par le maître de l'ouvrage »*) et qu'il constitue, en l'absence de preuve d'une nouvelle modification, le dernier état de la volonté des parties.

Les arguments, développements et explications de la société anonyme SOC.1.) S.A. quant à des considérations d'ordre général, fût-ce de nature pratique ou ayant trait à des prétendus usages en la matière, à la réalité sur le chantier avec d'autres firmes, à l'attitude des parties, à des pièces et documents antérieurs sont sans intérêt au regard du susdit accord spécifique trouvé après la conclusion du contrat dans le cas concret pour remédier au problème surgi en cours d'exécution de la convention. En l'absence de précision additionnelle – qui s'imposait pourtant, pour, compte tenu des relations problématiques entre parties, éviter des difficultés futures – destinée à relever que contrairement à l'apparence et à l'évidence, il ne s'agit pas de volume de sable final ou définitif, seule la conclusion retenue par le tribunal se conçoit. L'interprétation avancée par la partie appelante est restée à l'état de pure allégation. Les attestations testimoniales par elles produites ne sont, indépendamment de toute considération tirée de la capacité d'attester de C.), directeur chez SOC.1.), de par leur objet, leur caractère vague et général, pas susceptibles de contredire l'objet de l'accord ci-dessus défini. Cet accord étant censé résoudre les problèmes de livraison survenus entre parties en modifiant, évidemment le cas échéant sur ce point les termes du contrat antérieur, il convient pour la facturation de la livraison du volume de sable de s'y référer exclusivement. Aucune conclusion valable ne saurait être tirée de pièces antérieures, d'explications divergentes avancées dont rien ne permet de conclure qu'elles concernent l'avenir. La communication du susdit bordereau de soumission est donc sans intérêt. En l'absence du moindre indice postérieur au susdit accord, susceptible de démontrer le bien-fondé des allégations de la société appelante – tous les éléments et circonstances invoqués sont dénués de pertinence pour y être, comme il vient d'être expliqué antérieurs – nonobstant le texte retenu et le silence prolongé de la partie appelante relevé par le tribunal aux contestations apportées par la société anonyme SOC.2.) S.A., sa demande a à raison été rejetée.

Il s'ensuit que l'appel n'est pas fondé et que le jugement entrepris est à confirmer.

Succombant dans ses prétentions dans les deux instances et étant à condamner aux frais, la société anonyme SOC.1.) S.A. ne saurait prétendre à une indemnité de procédure ni pour la première instance ni pour la procédure d'appel. La décision afférente du tribunal est, pour autant qu'elle soit entreprise alors que la société appelante ne précise nulle part que sa demande telle qu'exprimée en appel viserait aussi la première instance, à confirmer et la demande de même nature visant l'instance d'appel est à rejeter.

Le tribunal a, également pour un motif correct, auquel la Cour renvoie, alloué une indemnité de procédure à la société anonyme SOC.2.) S.A.

La société intimée ayant dû recourir aux services rémunérés d'un avocat pour se défendre contre un appel injustifié, il est inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité de ces frais non compris dans les dépens et il convient de faire droit à sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour la présente instance à hauteur d'un montant, évalué ex aequo et bono par la Cour d'appel à 1.000.- €.

**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,

déclare l'appel de la société anonyme SOC.1.) S.A. recevable, mais non fondé ;

**confirme** le jugement déféré ;

déboute la société appelante de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure en vertu de l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

condamne la société anonyme la société anonyme SOC.1.) S.A. à payer à la société anonyme SOC.2.) S.A. une indemnité de procédure de 1.000.-€ ;

condamne la société anonyme SOC.1.) S.A. aux frais et dépens de l'instance d'appel.