

Arrêt civil

**Audience publique du 20 février deux mille treize**

Numéro 37379 du rôle.

Composition:

Marie-Anne STEFFEN, président de chambre;  
Odette PAULY, premier conseiller;  
Pierre CALMES, conseiller;  
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

**la société anonyme B),**

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Gilles HOFFMANN, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg en date du 15 avril 2011,

comparant par Maître Gérard SCHANK, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

**Maître Marguerite RIES**, avocat à la Cour, demeurant à L-1610 Luxembourg, 50, avenue de la Gare, prise en sa qualité de curateur de la société à responsabilité limitée ENTREPRISE DE CONSTRUCTION ET DE GENIE CIVIL R),

intimée aux fins du susdit exploit HOFFMANN du 15 avril 2011,

comparant par Maître James JUNKER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

---

## LA COUR DAPPEL :

Par jugement du 4 février 2011, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, a condamné la SA B) Succ. à payer à Me Marguerite Ries, prise en sa qualité de curateur de la SARL Entreprise de Construction et de Génie Civil R) la somme de 20.570.- € avec les intérêts légaux à compter de la mise en demeure du 17 juillet 2007 jusqu'à solde, ainsi qu'une indemnité de procédure de 750.- € pour avoir chargé une entreprise tierce de terminer des travaux de terrassement sur un chantier situé rue d'Orchimont à Howald en violation d'un contrat de sous-traitance qui la liait pour ces travaux à la SARL Entreprise de Construction et de Génie Civil R).

Pour statuer ainsi, les premiers juges ont admis qu'il n'était pas établi que la SARL Entreprise de Construction et de Génie Civil R) avait refusé de terminer les travaux de terrassement sur ledit chantier, alors qu'elle aurait dû reprendre ces travaux après la réalisation d'une étude sur la contamination effective du chantier diligentée par la SA B). Les premiers juges ont encore considéré que la contamination du chantier n'était pas constitutive d'un cas de force majeure et que la SA B), au lieu de donner des instructions à la SARL Entreprise de Construction et de Génie Civil R) pour reprendre les travaux à l'issue de l'étude sur la contamination des lieux, a chargé une entreprise tierce de terminer ces travaux. Les premiers juges ont finalement estimé que la SARL Entreprise de Construction et de Génie Civil R) n'avait pas établi avoir subi une perte de 2.500.- €, mais que le montant de 20.570.- € réclamé à titre de manque à gagner constituait une réparation réelle et équitable de ce préjudice alors qu'il représente 10% du prix du marché conclu entre parties.

Par exploit d'huissier du 15 avril 2011, la SA B) a régulièrement interjeté appel contre le jugement du 4 février 2011. La partie appelante fait plaider que c'est à tort que les premiers juges n'ont pas admis, premièrement, que l'intimée avait renoncé à terminer les travaux litigieux en émettant la facture du 13 avril 2007 que le juge des référés, dans son ordonnance du 8 novembre 2007, a qualifiée de facture finale, deuxièmement, que la contamination du terrain ne constituait pas un cas de force majeure, troisièmement, que l'intimée avait refusé de réintégrer le chantier et, finalement, que le manque à gagner de l'intimée n'était pas établi faute de preuve, le préjudice allégué n'étant ni certain, ni direct. A titre subsidiaire l'appelante offre de prouver par l'audition du témoin L) sa version des faits.

La partie intimée demande la confirmation du jugement entrepris et la condamnation de l'appelante au paiement d'une indemnité de procédure de 2.000.- € pour l'instance d'appel. L'intimée soutient que la facture du 13 avril 2007 serait une facture d'acompte rectificative de la facture d'acompte du 23 mars 2007 et qu'elle ne serait définitive qu'en ce qui concerne les travaux de démolition terminés à ce moment-là, mais non pas en ce qui concerne les travaux de terrassement. L'intimée conteste par ailleurs énergiquement avoir abandonné le chantier volontairement, mais elle affirme que la suspension du chantier aurait été rendue nécessaire par des travaux de stabilisation du terrain à réaliser par la société E) pour sécuriser le terrain par rapport à la station d'essence adjacente. L'intimée conteste également avoir été sommée à reprendre les travaux le 23 mars 2007 et elle renvoie à un courrier de l'appelante du 2 avril 2007 l'informant que les travaux seront repris après les travaux de dépollution. Finalement l'intimée donne à considérer que le courrier du 1<sup>er</sup> août 2007 du mandataire de l'appelante ne saurait valoir sommation de reprendre les travaux, alors qu'à ce moment-là les travaux avaient déjà été terminés par une autre entreprise. L'intimée conteste encore que la contamination des terrains puisse constituer un cas de force majeure, alors que la contamination était connue dès le départ, bien que l'ampleur n'en fût pas déterminée. Elle s'oppose finalement à l'audition du témoin L) proposée par l'appelante, alors que le témoin en question n'est intervenu sur le chantier pour contrôler la pollution qu'en juillet 2007 et n'est partant pas en mesure de s'exprimer sur un éventuel abandon du chantier par l'intimée, ou sur un refus de cette dernière de reprendre les travaux au mois de mars 2007.

Pour le cas où la perte par elle subie et telle que retenue par les premiers juges ne serait pas confirmée, l'intimée demande l'institution d'une expertise.

Il n'est pas contesté que le 26 septembre 2006, l'appelante a sous-traité à l'intimée des travaux de démolition et de terrassement sur un chantier situé rue d'Orchimont. Il n'est pas non plus contesté que le terrain en question était contaminé pour partie.

Il résulte des pièces que par courrier du 2 avril 2007 l'appelante a formulé un certain nombre d'observations concernant la facture d'acompte n° 19020 du 19 mars 2007 et elle y a informé l'intimée que « lorsque les travaux de dépollution seront terminés, un nouveau relevé sera établi aux fins de définir la continuation des travaux de terrassement hormis dépollution qui ne vous concerne pas ».

Le 13 avril 2007 l'intimée fait parvenir à l'appelante une facture intitulée « acompte n° 19.031 » que l'appelante qualifie de facture finale.

Le 17 juillet 2007 le mandataire de l'intimée a mis l'appelante en demeure de lui payer la somme de 25.000.- € à titre de manque à gagner pour violation du contrat entre parties, au motif que les travaux sous-traités à l'intimée avaient entretemps été achevés par une autre entreprise.

Par courrier du 1<sup>er</sup> août 2007 le mandataire de l'appelante, tout en reconnaissant que l'appelante avait elle-même achevé les travaux de terrassement, a néanmoins mis l'intimée en demeure de lui faire savoir avant le 15 août 2007 si elle était toujours disposée à reprendre les travaux de terrassement si le marché du bâtiment était confié à l'appelante.

Par courrier du 2 août 2007 le mandataire de l'intimée informe le mandataire de l'appelante que l'intimée est en congés collectifs jusqu'au 20 août 2007. Par courrier du 24 août 2007 le mandataire de l'intimée conteste par ailleurs formellement que sa partie ait été contactée le 23 mars 2007 en vue de reprendre les travaux et que cette dernière ait refusé de réintégrer le chantier.

Il faut tout d'abord constater que la facture que l'intimée a adressée en date du 13 avril 2007 à l'appelante est intitulée facture d'acompte n° 19.032, que le terme d'acompte y figure encore à deux reprises, de sorte que nonobstant toute autre qualification donnée à cette facture par le juge des référés et abstraction faite de la considération qu'une facture d'acompte, à supposer qu'elle remplisse les conditions de précision requises, doit être contestée au même titre qu'une facture définitive pour échapper à l'application de la théorie de la facture acceptée, cette facture est à considérer comme une facture d'acompte, de sorte qu'il n'est pas possible d'en déduire une quelconque renonciation de l'intimée à achever les travaux de terrassement que lui a sous-traités l'appelante. Il résulte par ailleurs très clairement du courrier de l'appelante du 2 avril 2007 que des travaux de dépollution étaient sur le point d'être entamés à ce moment-là et que les travaux de terrassement devaient être continués ultérieurement. L'offre de preuve de l'appelante présentée à titre subsidiaire est partant d'ores et déjà contredite par ses propres pièces, de sorte qu'il y a lieu de l'écarter. L'appelante est restée en défaut d'établir par ailleurs qu'elle a demandé à l'intimée de reprendre les travaux et que cette dernière n'a pas donné suite à cette demande.

Reste dès lors à savoir si la contamination du terrain constitue un cas de force majeure, respectivement si cette question est d'une quelconque pertinence dans le cadre du présent litige. Il faut observer que dans ce

contexte la position de la partie appelante n'est pas très claire. Elle affirme d'une part que l'intimée a refusé de continuer à travailler sur le chantier tout en affirmant que la contamination du chantier a rendu nécessaire l'intervention d'un transporteur agréé, tel que cela résulte du fax de L) du 3 juillet 2007.

Dans son courrier du 1<sup>er</sup> août 2007 le mandataire de l'appelante rappelle à l'intimée que lorsque le contrat entre parties a été signé, l'ampleur de la contamination du terrain n'était pas connue. Il en résulte nécessairement qu'il était connu lors de la signature du contrat que le terrain était contaminé, mais que l'ampleur de cette contamination restait incertaine avant la démolition des bâtiments. La contamination n'était dès lors manifestement pas imprévisible de l'aveu même de l'appelante. Même en l'absence d'un tel aveu et même si la Cour ignore la nature de la contamination, la proximité immédiate d'une station d'essence est suffisante pour écarter l'imprévisibilité de toute contamination. Dans le même courrier du 1<sup>er</sup> août 2007 l'appelante reconnaît qu'elle s'est elle-même chargée du terrassement de la surface non contaminée, tout en sommant l'intimée à lui faire savoir si elle entend intervenir sur le chantier si l'appelante se voyait confier le marché « bâtiment ». Par conséquent, et abstraction faite de la question de la prévisibilité de la contamination d'une partie du terrain qui a apparemment dû être évacué par un transporteur agréé, l'appelante a, en l'absence de toute preuve que l'intimée a refusé d'exécuter ces travaux, violé le contrat entre parties pour autant qu'elle a elle-même achevé les travaux de terrassement de la partie non contaminée.

En revanche, étant donné qu'en matière de responsabilité contractuelle le principe reste l'exigence d'une faute, le fait qu'une partie contaminée du terrain a dû être évacuée par une tierce entreprise ne constitue de toute évidence pas une inexécution fautive dans le chef de l'appelante, obligeant cette dernière le cas échéant à s'exonérer. Par ailleurs le contrat entre parties, même s'il se réfère à une commande de 340.864.- €, dont est à déduire une remise de 4%, prévoit expressément que le marché est passé sur base des prix unitaires de l'offre de prix jointe, un décompte des quantités réellement mises en œuvre devant être réalisé. Dès lors l'appelante n'avait aucune obligation de résultat de garantir à l'intimée un chiffre d'affaire de 340.864.- € en tout, respectivement de 205.707,95 € sur les seuls travaux de terrassement.

Se pose dès lors la question du préjudice subi par l'intimée. Les premiers juges ont estimé que la perte subie par l'intimée pouvait réellement et équitablement être évaluée à 10 % du prix prévu pour les travaux de terrassement. En l'absence de toute autre explication de l'intimée, la perte subie ne peut constituer que le profit que l'intimée n'a pas pu réaliser sur la partie des travaux de terrassement non réalisés, hormis l'évacuation des

terres contaminées. Il est loin d'être certain que ce gain manqué constitue 10 % du coût total de tous les travaux de terrassement initialement prévus.

Il y aura dès lors lieu, avant tout autre progrès en cause, de nommer un consultant avec la mission d'évaluer le gain que l'intimée aurait pu réaliser en achevant les travaux de terrassement sur la partie non contaminée du terrain.

### **PAR CES MOTIFS :**

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

reçoit le l'appel;

avant tout autre progrès en cause ;

nomme consultant M. W), avec la mission d'évaluer le gain que l'intimée aurait pu réaliser en achevant les travaux de terrassement sur la partie non contaminée du terrain sis rue d'Orchimont,

ordonne à la partie intimée de régler au plus tard le 15 mars 2013 à l'expert la somme de 500.- euros à titre de provision à valoir sur sa rémunération 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,

dit que si ses honoraires devaient dépasser le montant de la provision versée, l'expert devra en avvertir le greffe de la Cour,

dit que l'expert devra déposer son rapport au greffe de la Cour le 22 mai 2013 au plus tard,

réserve les frais,

fixe l'affaire à l'audience de mise en état du mercredi 5 juin 2013, à 15.00 heures, salle CR.2.28.