

-Arrêt commercial-

Audience publique du dix juin deux mille dix

Numéro 34906 du rôle

Composition:

Georges SANTER, président de chambre,
Etienne SCHMIT, premier conseiller,
Eliane EICHER, premier conseiller,
Lex BRAUN, greffier.

Entre

la société SOC.1.) SA (SOC.1.) SA, établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le B (...),

appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice Tom NILLES d'Esch-sur-Alzette du 2 avril 2009,

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

e t

la société SOC.2.) SA, établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le B (...),

intimée aux fins du susdit acte NILLES,

comparant par Maître Tom FELGEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

1. La première instance

En vertu d'une autorisation présidentielle, la société **SOC.2.)** SA a fait pratiquer, le 8 avril 2005, la saisie des avoirs de la société **SOC.1.)** SA détenus par la **BQUE.1.)**.

Le 15 avril 2005, la **société SOC.2.)** a assigné la société **SOC.1.)** devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg. Elle conclut à la condamnation de la société **SOC.1.)** à lui payer le montant de 57.206,31-euros, avec les intérêts légaux à partir de l'assignation du 15 avril 2005 jusqu'à solde, au titre du solde de huit factures émises à charge de la société **SOC.1.)** du 19 décembre 2003 au 30 juillet 2004. Elle conclut également à la validation de la saisie-arrêt.

Par jugement du 16 octobre 2007, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, huitième chambre, a déclaré recevables les demandes en condamnation et en validation de la **société SOC.2.)** et la demande reconventionnelle de la société **SOC.1.)**. Il a chargé un expert de la mission d'évaluer les désordres affectant la couche d'asphalte réalisée par la **société SOC.2.)** et de déterminer, le cas échéant, la moins-value en résultant.

Par jugement du 2 décembre 2008, le tribunal a rejeté la demande reconventionnelle de la société **SOC.1.)**. Il a condamné la société **SOC.1.)** à payer à la **société SOC.2.)** le montant de 57.206,31- euros et a validé la saisie-arrêt pratiquée sur les avoirs de la société **SOC.1.)** auprès de la **BQUE.1.)** pour assurer le recouvrement du montant de 57.206,31- euros. Le tribunal a rejeté les demandes en allocation d'indemnités formées sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Au vu des actes de procédure versés en cause, les deux jugements n'ont pas été signifiés.

2. L'appel de la société SOC.1.)

Le 2 avril 2009, la société **SOC.1.)** a fait signifier un acte d'appel à la **société SOC.2.)**. Elle conclut à la réformation des jugements des 16 octobre 2007 et 2 décembre 2008.

Au dispositif de l'acte d'appel, la société **SOC.1.)** demande à la Cour de dire non fondées les demandes de la **société SOC.2.)**, de déclarer nulle la saisie-arrêt pratiquée et d'en ordonner la mainlevée.

Au besoin, elle conclut à ce qu'elle soit admise à prouver par l'audition de témoins que les parties avaient convenu qu'un métré contradictoire serait effectué avant l'émission d'une facture.

La société **SOC.1.)** conclut à la condamnation de la **société SOC.2.)** à exécuter dans le délai d'un mois à partir de la signification de l'arrêt, sous peine d'une astreinte de 2.500.- euros par jour de retard, différents travaux :

« 1) *remplacer purement et simplement l'asphalte autour du GARAGE.) exploité par le sieur X.) aux frais de SOC.2.)*

2) *nettoyer les taches de laitance sur les panneaux de façade en tôle et remplacer le vitrage souillé*

3) *fournir et poser une gaine vide enterrée entre l'atelier du garage et la station STATION.) devant recevoir un tuyau de gaz*

4) *redresser les désordres autour de la grille posée sur le caniveau à l'entrée du GARAGE.) ».*

Au besoin, la société **SOC.1.)** demande également une nouvelle expertise afin d'évaluer les désordres affectant la couche d'asphalte réalisée par la **société SOC.2.)** et de déterminer, le cas échéant, la moins-value en résultant.

Aux motifs de l'acte d'appel, la société **SOC.1.)** critique le jugement en ce qu'il n'a pas retenu que les parties avaient renoncé conventionnellement au principe de la facture acceptée. Elle soutient qu'elles avaient convenu que la facturation ne pouvait être effectuée qu'après métré contradictoire.

Un métré contradictoire n'ayant pas été fait pour aucune des factures, celles-ci sont prématurées et les montants facturés ne sont pas dus. Une condamnation en application du principe de la facture acceptée ne peut donc pas être prononcée.

A l'appui de son argumentation, la société **SOC.1.)** invoque deux attestations testimoniales, et elle formule une offre de preuve.

La société **SOC.1.)** critique aussi le jugement en ce qu'il n'a pas appliqué le principe de la reddition de comptes de l'article 674 du nouveau code de procédure civile.

Au vu de la position 05.001 du bordereau de soumission, le béton devait être coulé de main (« *Einbau mit Fertiger, Restflächen sind von Hand zu erstellen* »), de sorte que c'est à tort que la **société SOC.2.)** met en compte un prix différent de celui arrêté au bordereau, au motif que les travaux auraient dû être faits à la main.

La société **SOC.1.)** considère que la demande de la **société SOC.2.)** aurait dû être rejetée, étant donné que les factures ont été valablement contestées et qu'une révision des prix s'impose.

L'appelante considère que sa demande reconventionnelle a été rejetée à tort. En effet, les taches de laitance sur les panneaux de façade et un des vitrages, relevées au rapport d'expertise, n'ont pas été enlevées par la **société SOC.2.)**.

Le désordre affectant la gaine, qui est destinée à recevoir un tuyau à gaz, ce dont la **société SOC.2.)** était informée, est à redresser.

Contrairement aux conclusions de l'expert, les désordres au niveau du caniveau à l'entrée du **GARAGE.)** n'ont pas été correctement redressés. Ces désordres sont documentés par les photos prises en mars 2007.

Le jugement du 2 décembre 2008 est critiqué en ce qu'il n'a pas annulé le rapport de l'expertise ZEUTZIUS du 25 février 2008. En effet, l'expert avait la seule mission d'évaluer les désordres et il n'y avait pas d'utilité de s'adjoindre un deuxième expert dans cette mission.

Le jugement du 16 octobre 2007 avait d'ailleurs d'ores et déjà décidé que « *la couche d'asphalte était non adaptée aux besoins du Garage X.)* ». Le tribunal a chargé l'expert d'évaluer les désordres affectant la couche d'asphalte et la moins-value en résultant.

L'expert n'ayant pas accompli cette mission d'évaluation, il convient de la confier à un autre expert.

La société **SOC.1.)** relève que dans son rapport du 12 juillet 2007 l'expert Georges WIES a aussi constaté des problèmes affectant la couche d'asphalte réalisée par la **société SOC.2.)**.

C'est donc à tort que le tribunal n'a pas annulé le rapport ZEUTZIUS du 25 février 2008 et n'a pas nommé un nouvel expert.

Le jugement est également critiqué en ce qu'il n'a pas alloué une indemnité sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Dans ses conclusions du 14 septembre 2009, la société **SOC.1.)** soutient que les factures émises dans le cadre d'une même entreprise doivent être considérées dans leur ensemble. Au moment où la facture finale est soumise au client, celui-ci peut valablement émettre ses contestations et le délai de contestation ne commence à courir qu'à partir de la facture finale.

La **société SOC.2.)** n'ayant pas émis de facture finale, le délai de contestation n'a pas commencé à courir. Les factures ne peuvent donc pas être considérées comme des factures acceptées.

La société **SOC.1.)** invoque un rapport de l'expert Bernhard STEINAUER du 8 juin 2009 et soutient qu'il en résulte que la couche d'asphalte n'est pas conforme aux règles de l'art. Dès lors, la demande en remplacement de la couche d'asphalte autour du **GARAGE.)** est nécessaire.

Dans ses conclusions du 11 novembre 2009, la société **SOC.1.)** soutient que le paiement d'acomptes sur factures ne vaut pas reconnaissance des factures, si comme en l'espèce des contestations circonstanciées sont émises par la suite.

Dans ses conclusions du 5 janvier 2010, la société **SOC.1.)** soutient que le rapport STEINAUER est opposable à la **société SOC.2.)**, vu qu'il a été librement discuté durant l'instance d'appel.

A titre subsidiaire, la société **SOC.1.)** conclut à la nomination d'un expert avec la mission notamment de relever les vices affectant le revêtement et la sous-structure de la couche d'asphalte, de se prononcer sur les causes des vices et les remèdes.

La Cour retient que l'appel de la société **SOC.1.)** interjeté dans la forme et le délai de la loi est recevable.

3. La position de la **société SOC.2.)**

Dans ses conclusions du 23 juillet 2009, la **société SOC.2.)** conclut à la confirmation des jugements des 16 octobre 2007 et 2 décembre 2008.

La **société SOC.2.)** soutient que c'est à raison que le tribunal a retenu le principe des factures acceptées par la société **SOC.1.)**. Elle considère que les « *contestations des factures émises par la partie intimée sont soit inexistantes ou alors hors délais* ». Le principe de la facture acceptée de l'article 109 du code de commerce doit donc jouer.

S'il est exact que l'offre de la **société SOC.2.)** a prévu que « *La facturation s'effectuera selon les quantités réellement exécutées* », cette disposition ne signifie pas qu'une facture ne peut être établie qu'après métré contradictoire.

Même si un tel métré contradictoire préalable avait été convenu, la société **SOC.1.)** aurait dû contester les factures reçues dans un bref délai et faire état de l'absence de métré contradictoire.

Les attestations testimoniales sont sans incidence sur le jeu de la règle de la facture acceptée. La **société SOC.2.)** relève encore que l'attestation de M. B.), administrateur de la société **SOC.1.)**, ne peut pas être reçue. Les attestations invoquées par la société **SOC.1.)** sont également contredites par celle de M. C.).

La **société SOC.2.)** soutient ensuite que le moyen de la société **SOC.1.)** relatif à la révision des comptes est à rejeter.

En effet, le prix distinct appliqué ne constitue pas une erreur matérielle dans la facturation, mais est appliqué en raison des conditions d'exécution différentes du marché.

« Ainsi, le béton a seulement pu être coulé en plusieurs phases et à la main, alors que le prix indiqué dans le bordereau résultait d'une mise en place continue et à l'aide de machines. »

La **société SOC.2.)** soutient que ces différences de prix ont été acceptées par la société **SOC.1.)** qui n'a pas émis des contestations contre ces factures dans un délai raisonnable et qui a payé au titre de ces factures des acomptes sans réserve.

La **société SOC.2.)** considère que le principe de la révision des comptes invoqué ne joue pas. Ainsi que le tribunal l'a retenu *« les factures litigieuses émises entre le 19 décembre 2003 et le 30 juillet 2004 sont censées acceptées au sens de l'article 109 du Code de commerce. »*

En ce qui concerne la demande reconventionnelle de la société **SOC.1.)**, l'intérêt de la société **SOC.1.)** et sa qualité à agir sont contestés par la **société SOC.2.)**.

Celle-ci considère que la société **SOC.1.)** ne peut pas demander sa condamnation à la remise en état des désordres allégués du **GARAGE.)**. Le cas échéant, seul le **GARAGE.)** aurait le droit de demander la remise en état. Seul le **GARAGE.)** a qualité pour demander une indemnisation en raison des désordres allégués.

La **société SOC.2.)** soutient que c'est à raison que le jugement du 16 octobre 2007 a retenu que la société **SOC.1.)** *« n'avance pas de contestations précises à l'encontre du rapport d'expertise de nature à en énerver les conclusions de sorte qu'elles sont à entériner pour le surplus ... »*

Les taches de laitance sont considérées par l'expert comme incident modeste que la **société SOC.2.)** devrait déclarer à son assureur. Les conclusions de la société **SOC.1.)** en annulation du rapport sont donc déplacées.

En ce qui concerne la gaine vide, la **société SOC.2.)** soutient qu'il n'est pas établi que le donneur d'ordre avait précisé qu'elle était prévue pour la pose d'un tuyau à gaz rigide.

La **société SOC.2.)** conteste aussi l'existence de désordres au niveau du caniveau.

La **société SOC.2.)** relève que dans son jugement du 2 décembre 2008 le tribunal a amplement motivé le rejet des critiques du rapport de l'expert ZEUTZIUS et qu'il a constaté qu'il était établi au vu de rapports d'expertise que « *la couche de roulement litigieuse ne présente aucune anomalie ou non-conformité, ni des dégâts, mais qu'elle présente une usure normale.* »

Etant donné que des désordres de la couche d'asphalte ne sont pas établis, il n'y a pas lieu à une nouvelle expertise sur les désordres affectant cette couche.

Dans ses conclusions du 25 septembre 2009, la **société SOC.2.)** soutient que les problèmes relevés au rapport d'expertise unilatérale invoqué par la société **SOC.1.)** sont dus au fait que des poids lourds utilisent quotidiennement l'entrée du **GARAGE.)** pour aller à la station de service **STATION.)**. L'accès au **GARAGE.)** est prévu pour l'entrée au garage et n'est pas destiné à être utilisé régulièrement par des poids lourds allant à la station service.

Etant donné qu'elle n'était pas présente lors des prélèvements, la **société SOC.2.)** conclut à ce que le rapport unilatéral soit écarté des débats.

4. Les factures acceptées

La **société SOC.2.)** soutient que la société **SOC.1.)** lui redoit le solde de 57.206,31- euros au titre de huit factures acceptées et elle conclut à la confirmation du jugement du 2 décembre 2008 qui a condamné la société **SOC.1.)** à lui payer ce montant.

La **société SOC.2.)** invoque les factures suivantes :

1. Facture n° 03219 du 19.12.2003	99.781,51- €
2. Facture n° 03218 du 19.12.2003	41.288,66- €
3. Facture n° 04058 du 29.03.2004	46.257,17- €
4. Facture n° 04070 du 15.04.2004	25.795,27- €
5. Facture n° 04093 du 30.04.2004	23.363,20- €
6. Facture n° 04124 du 21.06.2004	24.612,85- €
7. Facture n° 04125 du 22.06.2004	14.514,40- €

8. Facture n° 04171 du 30.07.2004

42.528,36- €

La société **SOC.1.)** soutient notamment que les parties ont renoncé au principe de la facture acceptée et qu'elles ont conventionnellement modifié le moyen de preuve par facture acceptée. Elle souligne que dans la confirmation de commande du 28 juillet 2003, la **société SOC.2.)** précise que « *Die Verrechnung erfolgt nach Aufmass* ». Elle considère que « *la facturation ne peut se faire qu'après métré contradictoire entre les deux parties au contrat* ».

La société **SOC.1.)** soutient que l'offre acceptée du 26 juin 2003 est à entendre dans le même sens, étant donné qu'elle précise que « *la facturation s'effectuera selon les quantités réellement exécutées.* »

Dans son acte d'appel du 2 avril 2009, la société **SOC.1.)** invoque encore des attestations testimoniales et offre de prouver par l'audition de témoins « *qu'un métré contradictoire a été convenu entre le sieur A.) de la société SOC.2.) et le sieur B.) de la société SOC.1.) avant toute émission de facture* ».

Dans ses conclusions du 23 juillet 2009, la société **SOC.1.)** critique les attestations testimoniales, considère que l'attestation de **B.)** est irrecevable, étant donné que ce dernier est membre du conseil d'administration de **SOC.1.)**, et que les attestations sont contredites par celle de **C.)**.

En application de l'article 109 du code de commerce, la créance d'un commerçant à l'égard d'un autre commerçant, en raison de travaux exécutés, affirmée dans une facture qui n'a pas été contestée par le destinataire de la facture dans un délai raisonnable peut être considérée comme établie en application du principe de la facture acceptée.

Cependant, les commerçants peuvent déroger à ce mode de preuve en convenant qu'ils procéderont obligatoirement à un métré contradictoire des travaux, avant l'émission d'une facture. Une facture envoyée avant un tel métré est donc émise en-dehors des conditions de la convention des parties. Elle ne constitue pas un document conforme à la convention des parties et ne peut pas être considérée comme facture acceptée valant preuve, même si le destinataire de la facture garde le silence et ne réagit pas dans un délai raisonnable pour marquer son désaccord avec la facture.

Il convient dès lors de faire droit à l'offre de preuve et de procéder à l'audition de témoins.

5. La demande de la société **SOC.1.)**

La société **SOC.1.)** demande la réformation des jugements des 16 octobre 2007 et 2 décembre 2008. Elle conclut à ce que la **société SOC.2.)** soit condamnée à :

« 1) *remplacer purement et simplement l'asphalte autour du GARAGE.) exploité par le sieur X.) aux frais de SOC.2.)*

2) *nettoyer les taches de laitance sur les panneaux de façade en tôle et remplacer le vitrage souillé*

3) *fournir et poser une gaine vide enterrée entre l'atelier du garage et la station STATION.) devant recevoir un tuyau de gaz*

4) *redresser les désordres autour de la grille posée sur le caniveau à l'entrée du GARAGE.) ».*

5.1. L'intérêt à agir et la qualité à agir

En premier lieu, la **société SOC.2.)** soutient que la société **SOC.1.)** n'a pas d'intérêt à former la demande en condamnation, étant donné que c'est le **GARAGE.)** qui a intérêt à agir en redressement des désordres qu'il aurait, le cas échéant, subis. La société **SOC.1.)** n'établit pas son droit lésé.

La **société SOC.2.)** soutient aussi que tant que « *le maître de l'ouvrage ne lui réclame rien, l'entrepreneur n'a pas d'intérêt à agir contre le sous-traitant* »

La demande de la société **SOC.1.)**, qui n'a pas d'intérêt à agir, est donc irrecevable.

En deuxième lieu, la **société SOC.2.)** considère que la société **SOC.1.)** n'a pas qualité à demander la condamnation à « *la remise en état des désordres prétendument subis par le GARAGE.)* ».

Le droit de réclamer des dommages et intérêts en raison des désordres subis n'appartient qu'au **GARAGE.)**.

Dans ses conclusions du 14 septembre 2009, la société **SOC.1.)** répond comme suit à ces moyens :

« *Attendu que les arguments adverses tirés du prétendu défaut d'intérêt à agir et de qualité à agir dans le chef de la société SOC.1.) ont été rejetés à juste titre déjà au niveau de la procédure de référé expertise avec la motivation suivante : « Dans la mesure où les travaux litigieux ont été effectués dans le cadre d'un marché à soumission et que les contrats relatifs à ces travaux ont été conclus entre la société anonyme SOC.2.), travaillant en sous-traitance pour la société SOC.1.) SA, et cette dernière, le moyen est à écarter. » (Ordonnance du 5 janvier 2006, p. 6) »*

La société **SOC.1.)** soutient également que les désordres ont été dénoncés par son client, la société **GARAGE.1.)**, et que M. **X.)** du **GARAGE.1.)** a toujours participé aux opérations d'expertise.

La Cour constate que la société **SOC.1.)** n'explique pas quand les désordres ont été dénoncés et qu'elle n'invoque pas de pièce documentant les réclamations du **GARAGE.1.)**.

Au vu des pièces soumises à l'appréciation de la Cour, il n'est pas établi que le maître de l'ouvrage ait réclamé auprès de la société **SOC.1.)** en raison des désordres litigieux.

Cependant, la **société SOC.2.)** a exécuté les travaux litigieux sur le chantier du **GARAGE.)** à (...) en qualité de sous-traitant de la société **SOC.1.)**.

Le sous-traitant est tenu d'exécuter les travaux conformément au cahier des charges et suivant les règles de l'art. En vertu du contrat conclu entre parties, l'entrepreneur est en droit d'exiger de la part de son sous-traitant l'exécution conforme et qualifiée des travaux dont il l'a chargé, et d'agir en justice afin d'obtenir l'exécution de tels travaux ou l'indemnisation du préjudice qui lui a été causé par une violation des obligations contractuelles du sous-traitant.

Les moyens d'irrecevabilité tirés d'un défaut d'intérêt et de qualité à agir de l'entrepreneur ne sont donc pas fondés.

La Cour note que l'appréciation de l'intérêt et de la qualité à agir ne préjudicient pas l'appréciation de la prétention au fond de la société **SOC.1.)**.

5.2. Les taches de laitance

Dans son rapport du 26 mai 2006, l'expert constate des « *désordres sur une partie des panneaux de façade en tôle* », il relève qu'une vitre de cette façade est également tachée et renvoie aux photos nos 6 à 8. L'expert conseille de procéder à un nettoyage mécanique et manuel d'une surface d'environ 39,60 m² et de repeindre cette surface. Il retient que le vitrage taché est à remplacer.

L'expert conseille de déclarer cet incident aux compagnies d'assurances des entreprises concernées. Il évalue la moins-value résultant de ce problème « *plutôt esthétique* » au montant de 1.434,01- euros hors TVA.

La **société SOC.2.)** relève que l'expert note ce qui suit : « *L'expert a conseillé à l'entreprise SOC.2.) de déclarer cet incident modeste à sa*

compagnie d'assurance ». Elle considère que « *L'argumentation empirique de la partie adverse tendant à faire annuler le premier jugement alors que l'incident est reconnu comme « modeste » est donc tout à fait déplacée* ».

La Cour constate que la **société SOC.2.)** n'explique pas qu'elle a déclaré ce sinistre à sa compagnie d'assurances ni ne conteste qu'elle soit à l'origine de ces taches.

La Cour déduit des développements de la **société SOC.2.)** qu'elle est responsable des taches de laitance constatées par l'expert. La demande de la société **SOC.1.)** qui tend à ce que la **société SOC.2.)** soit condamnée à nettoyer les taches de laitance sur les panneaux de façade et à remplacer le vitrage souillé est donc fondée.

Il convient de réserver la demande en condamnation à une astreinte en attendant la décision sur les trois autres demandes en condamnation à des travaux.

5.3. La gaine vide

La société **SOC.1.)** soutient qu'elle avait commandé la fourniture et la pose d'une gaine vide entre l'atelier du **GARAGE.)** et la station **STATION.)**, qui était destinée à recevoir un tuyau de gaz rigide. Elle affirme que la **société SOC.2.)** connaissait la destination de la gaine, mais n'a pas installé de gaine appropriée.

La **société SOC.2.)** conteste qu'elle ait été avisée de ce que la gaine était prévue pour la pose ultérieure d'un tuyau de gaz rigide.

Ainsi que le souligne la société **SOC.1.)**, une fiche de travail du 16 octobre 2003 de la société **SOC.3.)** établie pour le chantier de (...) du client Immobilière Industrielle porte la mention « *2 X Gasleitung Werkstatt – STATION.) <SOC.2.)>* ».

Il ne résulte cependant pas à suffisance de cette pièce ni d'un autre élément du dossier que la **société SOC.2.)** connaissait la destination de la gaine vide.

La demande en condamnation de la **société SOC.2.)** à fournir et poser une gaine vide enterrée entre l'atelier du garage et la station **STATION.)** pouvant recevoir un tuyau de gaz n'est pas fondée et la réformation du jugement sur ce point n'est pas justifiée.

5.4. Les désordres au caniveau

La société **SOC.1.)** soutient que, contrairement aux conclusions de l'expert, les désordres au niveau du caniveau à l'entrée du **GARAGE.)** n'ont pas été redressés correctement, ainsi qu'il résulte des photos prises en mars 2007.

Dans ses conclusions du 23 juillet 2009, la **société SOC.2.)** conteste les prétentions de la société **SOC.1.)** et soutient que la **société SOC.2.)** « *n'apporte aucune preuve probante d'un quelconque désordre* ».

La **société SOC.2.)** contestant les prétentions de la société **SOC.1.)**, donc également les photos et la date des photos versées par la société **SOC.1.)**, les désordres allégués ne sont pas prouvés.

La demande en condamnation de la **société SOC.2.)** à redresser les désordres autour de la grille posée sur le caniveau à l'entrée du **GARAGE.)** n'est pas fondée et la demande en réformation du jugement sur ce point n'est pas justifiée.

5.5. La couche d'asphalte

Dans son rapport du 27 mai 2006, l'expert Fernand ZEUTZIUS, nommé par ordonnance de référé du 5 janvier 2006, retient que le type de revêtement n'est pas adapté à de lourdes charges qui pourraient engendrer des déformations permanentes. (Point 3 b)

Il considère que le désordre provient d'un cahier des charges inadapté aux besoins d'un grand garage. L'expert estime que la pose de pavés pour charges lourdes type « Uni-Optiloc ép. 12 cm » ou un produit similaire et équivalent aurait été adaptée, pavés posés sur une autre structure de matières en sous-couches. (Point 4 b)

L'expert considère que le cahier des charges aurait pu prévoir un autre procédé. Mais l'expert n'a pas constaté d'anomalies. Il renvoie au rapport du laboratoire qui retient qu'un enrobé à squelette minéral plus prononcé aurait dû être prévu. L'expert précise que cet enrobé aurait dû être prévu par les donneurs d'ordre. (Point 5 b)

L'expert considère que la **société SOC.2.)** n'a pas fait de faute d'exécution et qu'il n'y a pas de moins-value. (Point 6 b)

Dans son jugement du 16 octobre 2007, le tribunal expose les conclusions de l'expert.

Il retient que la société **SOC.1.)** reproche à la **société SOC.2.)** de « *ne pas l'avoir informée de ce que ce procédé n'était pas adapté à ses besoins* ».

Le tribunal retient que la **société SOC.2.)** a failli à son obligation de renseignement sur les conditions de stabilité de la couche de roulement, et qu'il doit supporter le dommage qui en résulte pour la société **SOC.1.)**.

Le tribunal charge l'expert ZEUTZIUS de la mission d'évaluer les désordres constatés au rapport du 27 mai 2006, et les éventuelles constatations nouvelles de désordres affectant la couche d'asphalte réalisée par la **société SOC.2.)**, et de déterminer, le cas échéant, la moins-value en résultant.

Dans son rapport du 25 février 2008, l'expert Fernand ZEUTZIUS retient que la pose d'une « *bicouche en béton asphaltique* » avait été prescrite par les architectes et ingénieurs et que la couche posée répond aux exigences des cahiers des charges fournis par les maîtres d'oeuvre.

L'expert ne retient pas de moins-value.

Dans son jugement du 2 décembre 2008, le tribunal retient « *à la lecture combinée des conclusions des deux rapports du 27 mai 2006 et du 25 février 2008, y compris l'avis de D.)*, que la couche de roulement litigieuse ne présente aucune anomalie ou non-conformité, ni des dégâts, mais qu'elle présente une usure normale ». La demande de la société **SOC.1.)** relative aux vices et désordres de la couche d'asphalte est donc rejetée.

En procédure d'appel, la société **SOC.1.)** se saisit d'un rapport unilatéral du 8 juin 2009 qu'elle a fait dresser par l'expert Bernhard STEINAUER, professeur à la Rheinisch-Westfälische Technische Hochschule Aachen, qui conclut comme suit :

« Zusammenfassende Beurteilung »

Die Oberfläche der Asphaltdeckschicht weist in Teilbereichen erhebliche Unebenheiten auf – sie stellen im Hinblick der Gebrauchszwecke eindeutig einen Mangel dar.

Die Ursachen sind einerseits in der Bauausführung und andererseits in der sehr heterogenen Mischgutzusammensetzung zu suchen.

- *Bei der Bauausführung wurden die Einbaudicken zwischen der Asphaltdeckschicht und der Tragdeckschicht zum Teil verwechselt. Die Asphaltdeckschicht ist viel zu dick und die Tragdeckschicht viel zu dünn gebaut. Aus konstruktiven Gründen ist dies nicht zulässig, da der innere Aufbau der Mineralstoffkomponenten mit der Schichtdicke harmonieren muss. Dazu kommt, dass teilweise die Dicke der Gesamtkonstruktion erheblich unterschritten wurde.*

- *Das Mischgut weist in der Bitumensorte unzulässige Schwankungen auf. Es wurde keine einheitliche Bitumensorte verwendet. Die Sieblinien der Mineralstoffe liegen außerhalb der Vorgaben nach ZTV-Asphalt – sie sind einerseits zu fein und andererseits zu grob.*
- *Der Hohlraumgehalt ist teilweise viel zu hoch.*

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Arbeiten in Ausführung und Material nicht den Anforderungen der Ausschreibung entsprechen.

Eine komplette Erneuerung der Asphaltdeckschicht und der Tragdeckschicht wäre aus technischer Sicht notwendig. Da dies nicht durchsetzbar ist, muss zumindest für eine pfützenfreie Fläche ein neuer Dünnschichtbelag vorgesehen werden.»

Le rapport de Bernhard STEINAUER, dressé à l'initiative de la société **SOC.1.)**, sans que la **société SOC.2.)** n'ait participé aux opérations de l'expertise, n'a pas le caractère contradictoire requis pour motiver à lui seul une condamnation de la **société SOC.2.)**.

Cependant, la société **SOC.1.)** peut se saisir de ce rapport qui conclut que les désordres constatés sont dus à une exécution qui n'est pas conforme au cahier des charges, pour appuyer son argumentation qui tend à une nouvelle expertise en vue d'un examen contradictoire des travaux effectués et de la cause des désordres allégués.

Avant tout progrès en cause, il convient de faire droit à la demande de la société **SOC.1.)** tendant à l'institution d'une nouvelle expertise.

PAR CES MOTIFS :

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

déclare recevable l'appel de la société **SOC.1.)** SA du 2 avril 2009,

admet la société **SOC.1.)** SA à prouver par l'audition des témoins **X.)**, demeurant à L-(...), et **B.)**, demeurant à D-(...), les faits suivants :

*« Un métré contradictoire a été convenu entre **A.)** de la société **SOC.2.)** et **B.)** de la société **SOC.1.)** avant toute émission de facture »*

contre-preuve réservée,

fixe jour, heure et lieu pour :

l'enquête au mardi 21 septembre 2010 à 9.00 heures,

la contre-enquête au mardi 26 octobre 2010 à 9.00 heures,

chaque fois en la salle numéro CR.4.28 au quatrième étage de la Cour Supérieure de Justice, Cité Judiciaire, Plateau Saint-Esprit à Luxembourg,

dit que la société **SOC.2.) SA** devra verser au greffe de la Cour la liste des témoins qu'elle désire faire entendre lors de la contre-enquête au plus tard le 1^{er} octobre 2010,

charge le premier conseiller Etienne SCHMIT de l'exécution des mesures d'instruction,

dit qu'en cas d'empêchement du magistrat commis, il sera procédé à son remplacement par ordonnance du président de chambre ;

confirme le jugement qui a rejeté les demandes relatives à la fourniture et à la pose d'une gaine vide destinée à recevoir un tuyau de gaz rigide et au redressement des désordres autour de la grille posée sur le caniveau à l'entrée du **GARAGE.)**,

réformant, condamne la société **SOC.2.) SA** à nettoyer les taches de laitance sur les panneaux de façade en tôle et à remplacer le vitrage souillé,

réserve la demande en condamnation à une astreinte en attendant la décision sur la demande relative à la couche d'asphalte,

nomme expert Romain FISCH, ingénieur industriel, demeurant à L-6951 Olingen, 29a, rue de Flaxweiler, avec la mission de :

- 1) relever les vices, malfaçons, défauts de conformité et autres désordres affectant le revêtement et la sous-structure (Deckschicht und Tragdeckschicht) de la couche d'asphalte autour du Garage **X.)** à (...);
- 2) se prononcer sur les causes et origines des vices, malfaçons, défauts de conformité et autres désordres constatés ;
- 3) préconiser les mesures aptes à remédier aux vices, malfaçons, défauts de conformité et autres désordres constatés et en chiffrer le coût ;
- 4) chiffrer les moins-values éventuelles ;

charge le premier conseiller Etienne SCHMIT du contrôle de cette mesure d'instruction,

fixe la provision à valoir sur les honoraires et frais de l'expert au montant de 1.000.- euros,

ordonne à la société **SOC.1.) SA** de payer la provision à l'expert ou de la consigner auprès de la caisse de consignation, au plus tard le 10 juillet 2010,

dit que l'expert déposera son rapport au greffe de la Cour, après paiement de la provision et, le cas échéant, de la provision complémentaire, ou après consignation de la provision et, le cas échéant, de la provision complémentaire, au plus tard le 10 novembre 2010,

dit que, le cas échéant, l'expert demandera au magistrat commis un report de la date de dépôt en indiquant sommairement les motifs qui empêchent le dépôt dans le délai prévu,

dit que l'expert informera ce magistrat de la provision complémentaire nécessaire,

dit que le paiement de la provision ou la consignation de la provision se font sans préjudice du droit de taxation des honoraires et frais,

dit qu'en cas d'empêchement de l'expert ou du magistrat chargé du contrôle de la mesure d'instruction, il sera procédé à leur remplacement par ordonnance du président de chambre,

réserve les dépens.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Georges SANTER, président de chambre, en présence du greffier Lex BRAUN.