

Audience publique du deux mai deux mille treize

Numéro 38001 du rôle

Composition:

Eliane EICHER, président de chambre,
Marianne PUTZ, premier conseiller,
Agnès ZAGO, conseiller,
Lex BRAUN, greffier.

E n t r e

la société de droit allemand **SOC.1.) GmbH**, établie et ayant son siège social à D-(...), représentée par son gérant actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce de l'Amtsgericht Ludwigshafen sous le numéro B...,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Martine LISE d'Esch-sur-Alzette du 10 juin 2011,

comparant par Maître Franz Peter BASTEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

la société à responsabilité limitée **SOC.2.) S.à r.l.**, établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son gérant actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B...,

intimée aux fins du susdit exploit LISE,

comparant par Maître François COLLOT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

En 2008, la société SOC.1.) a livré à la société SOC.2.) 184 éléments de corniche en béton armé préfabriqué d'une valeur totale de 52.574,20 EUR sur le chantier du redressement de la RN 10 entre la sortie de Wasserbillig et le pont de Langsur. Après avoir payé un acompte de 20.628.- EUR, SOC.2.) refuse de payer le solde des trois factures émises. Les parties sont en désaccord quant à ce qui avait été commandé par SOC.2.) et ce qui a finalement été livré par SOC.1.): la marchandise livrée ne serait pas conforme à ce qui avait été commandé.

Par acte d'huissier de justice du 13 mai 2009, la société de droit allemand SOC.1.) GmbH (ci-après : la société SOC.1.)) a fait donner assignation à la société à responsabilité limitée SOC.2.) S.à r.l. (ci-après : la société SOC.2.)) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour la voir condamner à lui payer le montant de 31.946,20 EUR, outre les intérêts légaux, du chef de la livraison de 184 corniches en béton, ainsi qu'une indemnité de procédure de 1.000.- EUR.

Par jugement du 10 mars 2011, le tribunal a

- reçu les demandes principale et reconventionnelle en la forme ;
- dit non fondée la demande principale dirigée contre la société à responsabilité limitée SOC.2.) S.à r.l. et fondée la demande reconventionnelle tendant au remboursement de l'acompte payé ;
- condamné la société de droit allemand SOC.1.) GmbH à payer à la société à responsabilité limitée SOC.2.) S.à r.l. la somme de 20.628.- EUR, avec les intérêts légaux à compter du jour du décaissement jusqu'à solde ;
- dit non fondée la demande reconventionnelle tendant au paiement de la somme de 142.000.- EUR à titre de pénalités de retard ;
- dit fondée en principe la demande reconventionnelle en dédommagement pour frais occasionnés par le remplacement des éléments en béton non conformes ;
avant tout autre progrès en cause, ordonné une expertise et commis pour y procéder Sebastian KREUSCH, en lui attribuant la mission de concilier les parties si faire se peut, sinon dans un rapport écrit, détaillé et motivé, de « *déterminer le coût occasionné par le remplacement (dépose et repose) des corniches litigieuses livrées par la société SOC.1.) dans le cadre du chantier du redressement de la RN 10 près de Wasserbillig par des corniches conformes aux stipulations contractuelles* » ;
- réservé le surplus de la demande et les frais et tenu l'affaire en suspens.

Il ressort du deuxième rapport préliminaire de l'expert du 6 août 2011 que les juges de première instance ont, par jugement du 7 juillet 2012 (non versé aux débats), confié à l'expert le complément d'expertise suivant : «

- *déterminer s'il aurait été possible d'utiliser dans le cadre des travaux de réfection de la corniche litigieuse des éléments préfabriqués et ce*

même sans devoir procéder à la démolition de la dalle sur une largeur d'un mètre,

- *déterminer si l'utilisation d'éléments préfabriqués aurait été moins onéreuse en termes d'argent et de temps que le fait de bétonner les nouvelles plinthes sur place,*
- *déterminer la méthode la plus adaptée pour procéder aux travaux de remplacement nécessaires en tenant compte des facteurs coûts, temps et qualité ».*

La société SOC.1.) a régulièrement relevé appel du jugement du 10 mars 2011, signifié le 12 mai 2011, par acte d'huissier de justice du 10 juin 2011. Elle demande, par réformation, la condamnation de SOC.2.) à lui payer le montant de 31.946,20 EUR augmenté des intérêts légaux, et le débouté de la partie SOC.2.) de ses demandes reconventionnelles.

SOC.2.) se prévaut de sa commande du 6 juin 2008, des confirmations de commande des 6 mai et 14 août 2008 et des autres pièces antérieures à sa première commande, notamment de l'offre initiale de SOC.1.) de septembre 2007 et des courriers échangés entre parties, pour démontrer qu'elle a commandé des éléments en béton de qualité « C30/37 LP » et non pas de qualité « C35/45 XC4 » finalement livrés par SOC.1.). Selon elle, le contrat entre parties se serait formé sur base des deux confirmations de commande acceptées telles quelles par SOC.1.).

SOC.2.) demande, par conséquent, la confirmation du jugement du 10 mars 2011 en ce qu'il a déclaré la demande en paiement dirigée par SOC.1.) à son encontre non fondée et fait droit à sa demande reconventionnelle en lui accordant le remboursement de l'acompte de 20.628,20 EUR versé à SOC.1.).

SOC.1.) fait valoir qu'elle a formulé son offre du 26 septembre 2007 sur base d'un plan d'exécution lui remis lors de la première entrevue et sur base des informations orales fournies à la même occasion ; que le 26 février 2008, SOC.2.) a mentionné, pour la première fois, un traitement avec de l'acide, ce qui l'a conduite à choisir le béton de qualité « C 35 / 45 XC4 » ; que le bordereau de soumission et le cahier des charges ne lui auraient été remis que le 19 juin 2008, mais n'auraient pas été annexés à la commande du 6 mai 2008.

SOC.1.) sollicite, en ordre subsidiaire et pour autant que de besoin, afin de démontrer que le choix du béton était le bon, l'instauration d'une expertise dont la mission consisterait à « *concilier les parties si faire se peut, sinon dans un rapport écrit et détaillé, déterminer*

- *si l'application de l'acide aurait pu provoquer un endommagement de la qualité du béton « C 30/37 LP » alors que l'acide pénétré dans les pores aurait provoqué un phénomène d'éclatement de la surface,*
- *si un tel traitement du béton « C 35/45 XC 4 » avec de l'acide ne provoquait pas de tels endommagements du béton ».*

La Cour se réfère au détail chronologique de l'historique de la commande tel que retracé par les juges de première instance, détail qui est appuyé par les pièces versées au dossier, et se bornera à répondre aux quelques contestations élevées par SOC.1.) à l'égard de cet historique.

Ainsi, la partie SOC.1.) insiste d'abord sur le fait que l'offre du 26 septembre 2007 n'était pas munie, en annexe, de l'extrait du bordereau de soumission mentionnant la qualité du béton « C30/37 LP ». Elle verse parmi ses pièces la deuxième page de son offre en question laquelle ne comporte aucune précision quant à la qualité du béton (pièce no 2). Par contre, la même pièce, versée en son intégralité par SOC.2.), renseigne clairement sub « *Pos. 1 : Ft-Seitenteile für Fahrradbrücke* » une qualité « *Beton C30/37 LP* » pour les éléments de corniche (*Seitenteile*) (pièce no 2 versée par SOC.2.)). Il s'en déduit que lors de l'émission de son offre du 26 septembre 2007, SOC.1.) connaissait déjà la qualité de béton requise par SOC.2.).

SOC.1.) souligne ensuite que c'est à tort que les juges de première instance ont retenu que la commande par fax du 26 février 2008 de SOC.2.) à SOC.1.) précisait « *C30/37 LP* » en tant que qualité du béton.

S'il est exact que le fax en question ne précise que « *C30/37* », toujours est-il qu'il se réfère à l'offre de SOC.1.) datée du 20 février 2008 concernant les mesures, quantités et prix unitaires des plinthes ; si dans la mention de la qualité du béton, SOC.2.) n'a retranscrit que le début de la référence (« *C30/37* ») en omettant les deux dernières lettres (« *LP* »), il ne fait aucun doute que par son fax, elle acceptait l'offre émise par SOC.1.) dans son ensemble. C'est donc à juste titre que les juges de première instance ont retenu que la qualité du béton commandée le 26 février 2008 était celle figurant dans l'offre du 20 février 2008.

SOC.1.) critique encore le jugement en ce qu'il n'a pas retenu que l'approbation des plans par SOC.2.) du 13 mai 2008 portait sur l'ensemble des mentions dans la demande de « *Freigabe* » du 11 avril 2008, y compris la qualité de béton « *C35/45 XC4* » indiqué sur l'un des plans relatifs aux corniches.

La Cour se doit de constater que c'est à bon escient que les juges de première instance, en se référant exclusivement aux termes par lesquels SOC.2.) a exprimé son approbation (« *Freigabe nur für Seitenteile in masslicher Hinsicht* »), ont retenu que cette approbation ne portait que sur les dimensions des corniches. Cette constatation est d'ailleurs appuyée par le texte figurant sur la page de garde de l'approbation envoyée en télécopie où SOC.2.) précise « *Anbei (...) die Freigabe zur Ausführung der Seitenteile in den angegebenen 3 unterschiedlichen Längen* » sans aucune référence à la qualité du béton (cf. pièce no 7 de la farde de Maître COLLOT).

Il y a, par conséquent, lieu de retenir, à l'instar des juges de première instance, que la qualité du béton livrée n'était pas conforme au contrat conclu entre parties.

L'offre de preuve formulée par SOC.1.) en ordre subsidiaire n'est pas pertinente, puisqu'elle tend à établir que l'analyse du béton par le laboratoire n'était, en fait, pas adaptée, alors que le problème réside, en l'occurrence, dans la livraison d'une marchandise non conforme à la commande.

Il s'ensuit que la demande de SOC.1.) en paiement du solde des factures demeuré impayé n'est pas fondée, de sorte qu'il y a lieu à confirmation du jugement entrepris sur ce point.

En vertu des développements qui précèdent, il y a également lieu de confirmer les juges de première instance en ce qu'ils ont condamné la société SOC.1.) à rembourser à la société SOC.2.) l'acompte de 20.628.-EUR versé sur les trois factures, montant que SOC.2.) réclame à titre reconventionnel.

Suivant le dernier état de ses conclusions, SOC.2.) demande, par évocation, la condamnation de SOC.1.) à lui payer la somme de 213.259,22 EUR correspondant aux frais engagés pour remédier aux inconvénients engendrés par la livraison du béton défectueux, ledit montant ayant fait l'objet d'une évaluation par l'expert KREUSCH du bureau RIGO & Partners dans son rapport du 26 septembre 2011 (frais d'enlèvement et de remplacement des corniches non conformes).

Une expertise avait été ordonnée par les juges de première instance, le 10 mars 2011 afin de déterminer le coût occasionné par le remplacement (dépose et repose) des corniches litigieuses livrées par SOC.1.) sur le chantier du redressement de la RN 10 près de Wasserbillig. Par jugement du 7 juillet 2012, la mission de l'expert a été étendue aux points repris ci-avant.

L'article 597 du nouveau code de procédure civile prévoit que *« Lorsqu'il y aura appel d'un jugement avant dire droit, si le jugement est infirmé et que la matière soit disposée à recevoir une décision définitive, les cours et autres tribunaux d'appel pourront statuer en même temps sur le fond définitivement, par un seul et même jugement. Il en sera de même dans le cas où les cours et autres tribunaux d'appel infirmeraient, soit pour vice de forme, soit pour toute autre cause, des jugements définitifs »*.

Le droit d'évocation n'a d'autres limites que celles prévues à l'article 597; si les deux conditions que le jugement est infirmé et que la matière peut recevoir une décision définitive sont remplies, le juge d'appel peut évoquer le fond, tant au profit de la partie qui attaque qu'au profit de celle qui défend le jugement. A contrario, en l'absence d'une réformation et du fait que la matière peut recevoir une décision définitive, la Cour ne peut pas évoquer le litige.

L'autre manière dont la Cour pourrait être saisie d'un aspect du litige consisterait dans l'effet dévolutif de l'appel. Mais cet effet dévolutif n'existe que dans la double mesure de ce qui a été jugé en première instance et de

l'objet de l'appel (suivant les adages *tantum devolutum quantum judicatum* et *tantum devolutum quantum appellatum*).

L'effet dévolutif ne se produit pas relativement à la question de l'évaluation du préjudice lorsque les juges de première instance ont statué sur le principe de la responsabilité de l'auteur du dommage et ont ordonné une expertise pour faire cette évaluation (Juriscl. Proc. civ., fasc. 717, no 24).

La Cour doit dès lors renvoyer ce volet du litige devant les juges de première instance.

SOC.1.) demande l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.500.- EUR.

Au vu de la décision à intervenir, il y a lieu de la débouter de sa demande pour l'instance d'appel.

SOC.2.) sollicite, de son côté, l'allocation d'une indemnité de procédure de 5.000.- EUR pour la première instance et de 5.000.- EUR pour l'instance d'appel.

La procédure de première instance n'étant pas terminée, la demande en obtention d'une indemnité de procédure pour cette instance est toujours pendante devant le tribunal, de sorte qu'il ne peut y être statué en instance d'appel.

Il serait inéquitable de laisser à l'entière charge de l'intimée les frais non compris dans les dépens qu'elle a dû exposer pour assurer la défense de ses intérêts. Il convient partant de lui allouer le montant de 1.500.- EUR pour l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS

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

reçoit l'appel,

le dit non fondé,

en déboute,

confirme le jugement entrepris,

dit la demande d'évocation de la société à responsabilité limitée SOC.2.) S.à r.l. non fondée,

en déboute,

renvoie le litige relatif à l'indemnisation du préjudice invoqué par la société à responsabilité limitée SOC.2.) S.à r.l. devant les juges de première instance,

dit que la demande présentée par la société à responsabilité limitée SOC.2.) S.à r.l. sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile pour la première instance est également à examiner par les juges de première instance,

déboute la société de droit allemand SOC.1.) GmbH de sa demande en octroi d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

dit la demande de la société à responsabilité limitée SOC.2.) S.à r.l. basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile pour l'instance d'appel fondée à hauteur de 1.500.- EUR,

partant,

condamne la société de droit allemand SOC.1.) GmbH à payer à la société à responsabilité limitée SOC.2.) S.à r.l. une indemnité de procédure de 1.500.- EUR,

condamne la société de droit allemand SOC.1.) GmbH aux dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître François COLLOT, avocat concluant qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

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