Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

-Arrêt commercial-

Audience publique du quinze mai deux mille quatorze

Numéro 34906 du rôle

Composition:

Eliane EICHER, président de chambre,
Marie MACKEL, conseiller,
Carole KERSCHEN, conseiller,
Josiane STEMPEL, greffier.

Entre

la société SOCIETE1.) S.A. (SOCIETE1.) S.A.), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

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 SOCIETE2.) S.A., établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par son conseil d'administration,

intimée aux fins du susdit acte NILLES,

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

LA COUR D'APPEL :

Saisi d'un appel du 2 avril 2009 de la société anonyme SOCIETE1.) s.a. contre deux jugements des 16 octobre 2007 et 2 décembre 2008 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, la Cour d'appel a par un arrêt du 10 juin 2010, déclaré cet appel recevable et a admis la société anonyme SOCIETE1.) s.a. à prouver par l'audition des témoins PERSONNE1.) et PERSONNE2.) « *qu'un métré contradictoire a été convenu entre PERSONNE3.) de la société SOCIETE2.) et PERSONNE2.) de la société SOCIETE1.) avant toute émission de facture* ».

La Cour d'appel a:

- confirmé le jugement de première instance en ce qu'il 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 ENSEIGNE1.),

- par réformation du jugement de première instance condamné la société anonyme SOCIETE2.) s.a. à nettoyer les panneaux de façade en tôle et à remplacer le vitrage souillé,

-réservé la demande en condamnation au paiement d'une astreinte en attendant la décision sur la couche d'asphalte et

- nommé expert Romain FISCH 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 SOCIETE3.) à ADRESSE3.);
- 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.

La Cour d'appel a retenu quant aux factures dont le solde est réclamé par la société anonyme SOCIETE2.) s.a. que les commerçants peuvent déroger au mode de preuve de l'article 109 du code de commerce en convenant qu'ils

procéderont obligatoirement à un métré contradictoire des travaux avant l'émission d'une facture.

Concernant la couche d'asphalte, elle a ordonné une nouvelle expertise au motif que les rapports ZEUTZIUS et STEINAUER, l'un contradictoire et l'autre unilatéral, contiennent des conclusions contradictoires.

Lors des enquête et contre-enquête quatre témoins ont été entendus.

Une réunion des avocats avec l'expert a eu lieu le 14 mars 2012.

L'expert FISCH a déposé son rapport le 23 mars 2012.

Dans ses conclusions du 11 septembre 2012, la société anonyme SOCIETE1.) s.a. argumente qu'au vu des déclarations du témoin PERSONNE1.), les faits offerts en preuve sont établis et le principe dit de la facture acceptée doit s'appliquer. Elle estime que les déclarations des autres témoins sont contradictoires et sollicite leur confrontation.

Pour le surplus, elle prétend que les factures ont été utilement contestées.

La société anonyme SOCIETE2.) s.a. persiste à dire et se réfère à ce sujet aux déclarations des témoins PERSONNE3.) et PERSONNE4.), qu'il n'avait pas été convenu entre parties qu'un métré soit émis de manière contradictoire avant l'émission d'une facture. Comme les déclarations de tous les témoins entendus sont contradictoires, l'appelante à qui appartient la charge de la preuve, n'aurait pas prouvé l'accord allégué et les factures seraient acceptées au sens de l'article 109 du code de commerce.

Lors de l'enquête du 21 septembre 2010, le témoin PERSONNE1.) a déclaré: « qu'après les congés collectifs de l'été 2004, le chantier de l'entreprise SOCIETE2.) était terminé et PERSONNE3.), M.PERSONNE4.) et M.PERSONNE2.) étaient à ADRESSE3.). Lors de ce passage de MM PERSONNE3.) et PERSONNE4.), M. PERSONNE3.) a déclaré que le métré était encore à faire en vue de la facturation définitive. Un rendez-vous devait être convenu avec la société SOCIETE2.), la société SOCIETE1.) et moi-même en vue de ce métré ».

Or, les déclarations du témoin PERSONNE4.), entendu lors de la contre-enquête en date du 26 octobre 2010, contredisent cette déposition.

En déclarant que « es war nicht verabredet, dass vor Ausstellung einer Rechnung das Aufmass gemeinsam zwischen uns und der Firma SOCIETE1.) vorgenommen wird. Ein Vorarbeiter unserer Firma hat das Aufmass vorgenommen, die Rechnung wurde erstellt und an die Firma SOCIETE1.) geschickt », le témoin était formel pour dire qu'il n'avait pas été convenu entre

parties qu'il fallait qu'un métré soit émis de manière contradictoire avant l'émission d'une facture.

Il n'y a pas lieu d'ordonner la confrontation des témoins ; que cette mesure n'est au regard des déclarations précises des témoins entendus pas opportune puisqu'elle n'est pas susceptible de rapporter des renseignements supplémentaires pour la solution du litige.

Sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la qualité pour témoigner en justice de PERSONNE3.) et de PERSONNE2.), dont les déclarations sont également contradictoires, il y a lieu, en l'absence d'éléments devant faire prévaloir une version des faits sur l'autre, de retenir que les dépositions des témoins PERSONNE1.) et PERSONNE4.) se contredisent et que la preuve offerte n'est pas rapportée.

La société anonyme SOCIETE1.) s.a. qui ne conteste pas avoir reçu les factures dont le paiement est réclamé, à une date postérieure à celle qu'elles portent, soutient cependant avoir émis des contestations précises et circonstanciées au sujet des surfacturations de sorte que les factures ne seraient pas à considérer comme factures acceptées au sens de l'article 109 du code de commerce et ne seraient pas dues. Elle demande l'application du principe de la reddition des comptes étant donné que la société SOCIETE2.) aurait mis en compte un prix différent de celui arrêté au bordereau.

La société SOCIETE2.) soutient que ces différences de prix ont été acceptées par l'appelante étant donné que cette dernière n'a pas protesté dans les délais et qu'elle a par ailleurs payé des acomptes sans réserve. Elle estime qu'en présence de factures acceptées au sens de l'article 109 du code de commerce le principe de la reddition des comptes ne joue pas.

Aux termes de l'article 109 du code de commerce, les achats et ventes se constatent par une facture acceptée. Ce principe est général et s'applique à tous les contrats à caractère commercial. L'acceptation d'une facture peut être expresse ou tacite. Le silence gardé au-delà du temps nécessaire pour prendre connaissance de la facture, pour contrôler ses mentions, ainsi que les services auxquels elle se rapporte, fait présumer que le client commerçant a accepté la facture. Il est cependant loisible à ce dernier de renverser cette présomption en établissant, soit qu'il a protesté en temps utile, soit que son silence s'explique autrement que par une acceptation.

Il résulte des pièces produites en cause que les factures litigieuses numéros 03218 du 19 décembre 2003, 03219 du 19 décembre 2003 , 04058 du 29 mars 2004, 04070 du 15 avril 2004, 04125 du 22 juin 2004 et 04171 du 30 juillet 2004 ont été contestées par la société SOCIETE1.) s.a. suivant fax du 22 septembre 2004.

Les factures numéros 04093 et 04171 ont été contestées le 30 novembre 2004 et la facture 04124 n'a pas été contestée du tout.

Le délai de protestation doit permettre au client de contrôler la fourniture, la facture et la concordance entre l'une et l'autre.

En plus le simple fait de contester une facture sans détailler précisément les contestations ne saurait constituer une protestation utile susceptible de faire échec à l'application de l'article 109 du code de commerce.

Faute d'être intervenues en temps utile après la réception des factures litigieuses et d'avoir été circonstanciées, les contestations émises par la société SOCIETE1.) s.a. ne sauraient constituer des protestations utiles de nature à faire échec au principe de la facture acceptée et c'est à bon droit que les juges de première instance ont considéré les factures litigieuses émises pendant la période du 19 décembre 2003 au 30 juillet 2004 comme factures acceptées au sens de l'article 109 du code de commerce.

La société SOCIETE1.) s.a. se prévaut encore de l'article 674 du nouveau code de procédure civile qui prévoit qu'il ne sera procédé à la révision d'aucun compte, sauf aux parties, s'il y a erreurs, omissions, faux ou doubles emplois, à en former leurs demandes devant les mêmes juges.

Cet article prohibe seulement la révision d'un compte, ses redressement ou rectification restant possibles.

Même si on se trouve en présence d'une créance ou d'un décompte acceptés par un commerçant, le principe inscrit à l'article 674 du nouveau code de procédure civile, et qui permet d'exiger le redressement ou la rectification des comptes s'il y a erreur, omission, faux emploi ou double emploi reste applicable (Cour d'appel 30 juin 2004, numéro de rôle 27982).

Par ailleurs les faits interprétables comme acceptation tacite n'empêcheront pas la recevabilité d'une demande en révision de compte, s'il n'est pas établi que le client connaissait depuis un temps notable, l'erreur matérielle du compte (Cloquet, La facture n° 479).

L'action en redressement ou en rectification de l'article 674 doit cependant porter uniquement sur des erreurs matérielles ou de fait (Encyclopédie Dalloz, v° Reddition de compte, nos 38 et 44).

En l'espèce, la société SOCIETE1.) s.a. ne prouve cependant pas que l'application d'un tarif différent de celui renseigné au bordereau de soumission par la société SOCIETE2.) et que cette dernière explique par un changement des conditions d'exécution des travaux, constitue une erreur matérielle.

La demande en révision de compte de la société SOCIETE1.) s.a. est dès lors à rejeter.

Quant à la couche asphaltique

L'appelante soutient d'abord que la Cour d'appel ne s'est pas encore prononcée dans son arrêt du 10 juin 2010 sur les moyens de nullité qu'elle a invoqués. A titre principal, elle estime que le rapport ZEUTZIUS du 25 février 2008 est nul pour non-respect du principe du contradictoire. L'expert aurait procédé à une visite des lieux avec PERSONNE5.), auquel il aurait fait appel, sans en avoir préalablement informé les parties et aurait basé son rapport sur l'avis de cet expert. Elle soutient encore que l'expert ZEUTZIUS avait une simple mission d'évaluation de sorte qu'il n'y avait aucune utilité pour l'expert commis de s'adjoindre un autre expert. A titre subsidiaire, le rapport ZEUTZIUS devrait être déclaré nul sinon écarté des débats, pour ne pas répondre à la mission qui avait été confiée à l'expert par le jugement du 16 octobre 2007.

La société anonyme SOCIETE2.) s.a. conclut au rejet des moyens de nullité invoqués par la société anonyme SOCIETE1.) s.a.

Elle réplique, quant au non-respect du principe du contradictoire, qu'aux termes de l'article 474 du nouveau code de procédure civile l'expert ZEUTZIUS pouvait s'entourer de l'avis de PERSONNE5.) sans que les parties soient présentes lors de cette visite des lieux.

Aux termes de l'article 474 du nouveau code de procédure civile, l'expert peut prendre l'initiative de recueillir l'avis d'un autre technicien mais seulement dans une spécialité distincte de la sienne.

Il résulte du rapport que l'expert ZEUTZIUS a fait appel à PERSONNE5.) pour récolter un avis indépendant et purement technique d'un spécialiste en génie civil.

Il est admis en cause que Fernand ZEUTZIUS est expert en matière de bâtiment, génie civil et construction. Comme il s'agissait d'analyser de manière détaillée une couche asphaltique, l'expert ZEUTZIUS pouvait s'adjoindre l'avis indépendant de PERSONNE5.) qui, en tant que préposé du laboratoire d'analyse et d'essais de matériaux de l'administration des Ponts et Chaussées, avait une qualification professionnelle différente de la sienne et était mieux placé pour se prononcer de manière détaillée sur l'état de la couche asphaltique litigieuse.

L'expert a l'obligation de convoquer dans un délai suffisant les parties à toutes les opérations d'expertise. L'expert peut cependant valablement opérer seul

ou en présence d'une partie seulement lorsqu'il procède à de simples constatations matérielles ou à des investigations techniques.

L'avis de PERSONNE5.) a été annexé au rapport de l'expert ZEUTZIUS et la société anonyme SOCIETE1.) s.a. a pu émettre ses observations. Son argument tendant à dire que l'expert n'a pas respecté le principe du contradictoire au motif qu'elle n'a pas été convoquée à la visite des lieux en présence de PERSONNE5.) est dès lors à rejeter.

La société anonyme SOCIETE1.) s.a. estime encore que l'expert ZEUTZIUS n'a pas répondu à la mission lui confiée et que le rapport doit de ce chef être déclaré nul sinon écarté des débats.

L'expert ZEUTZIUS a émis deux rapports d'expertise et il s'est rallié à l'avis de PERSONNE5.). Il retient que la pose d'une couche en béton asphaltique avait été prescrite par les architectes et que la couche posée répond aux exigences des cahiers des charges fournis par les maîtres d'œuvre. Il ne retient pas de moins-value.

Il a partant répondu à la mission lui confiée par le jugement du 16 octobre 2007 et le moyen de nullité invoqué est à rejeter.

La société anonyme SOCIETE1.) s.a. estime ensuite que les conclusions de l'expert FISCH du 23 mars 2012 n'énervent nullement celles de l'expert STEINAUER et que la mise en état de la couche d'asphalte doit être ordonnée. Elle soutient que la société anonyme SOCIETE2.) s.a. a en effet posé une couche asphaltique qui n'était pas adaptée et qu'en omettant de l'informer que cette couche d'asphalte n'était pas adaptée à ses besoins, elle a failli à son obligation de renseignement.

Elle estime par ailleurs que la société anonyme SOCIETE2.) s.a. ne saurait se retrancher derrière un cahier des charges mal fait, étant donné qu'elle est professionnelle en matière de construction. La société anonyme SOCIETE2.) s.a. aurait par ailleurs accepté le cahier des charges, duquel il résulte que « die Nutzung durch schwere LKW bis Höchstklasse muss fahrtechnisch und belastungstechnisch beachtet werden ».

La société anonyme SOCIETE2.) s.a. rappelle que la seule zone à problème est celle située à l'entrée du garage SOCIETE3.) et que le revêtement de la surface a été jugé tout à fait normal tant par l'expert ZEUTZIUS, que par l'expert FISCH. Elle explique que les problèmes rencontrés trouvent leur origine dans le fait que des poids lourds utilisent quotidiennement l'entrée du garage ENSEIGNE1.) pour s'engager dans la station de service SOCIETE4.) adjacente et qu'ils doivent en quelque sorte tourner sur un seuil essieu à un endroit qui est en pente, ce qui crée des sollicitations bien plus importantes que si un camion roule normalement sur du bitume.

Elle explique qu'il ne lui était pas connu que des camions allaient utiliser quotidiennement l'entrée du garage et qu'ils allaient braquer à un endroit bien déterminé pour y exercer des forces de frottement extrêmement élevées.

Par ailleurs, tant l'expert ZEUTZIUS que l'expert FISCH arriveraient à la conclusion que le travail de la société SOCIETE2.) s.a. n'est en soi pas affecté d'un vice ou d'une malfaçon, mais qu'il aurait été préférable de prévoir dans le cahier des charges une solution technique différente à l'endroit litigieux.

La société SOCIETE2.) s.a. estime en outre que le bordereau contient des contradictions quant aux normes à respecter et qu'il n'existe pas de référence claire quant à l'application d'une norme à appliquer.

L'expert FISCH note dans son rapport que « le cahier des charges et plus précisément les positions relatives aux revêtements bitumeux est incohérent, techniquement erroné et manque de précision quant au cadre normatif applicable ». Il relève encore « qu'une exécution conforme au cahier des charges telle qu'une couche de roulement sans couche de liaison ou couche de base voire un revêtement monocouche, expliquent au moins en partie les dégâts ».

L'expert FISCH retient encore que « comme la nature du revêtement prévu voire mis en œuvre, n'est pas de nature à absorber la sollicitation qui en découle, les dégradations soulevées sont apparues » et que « c'est notamment la zone empruntée par les poids-lourds qui a donné lieu à des dégâts qui se sont aggravés au point à ce que la durée de vie usuelle de la chose soit compromise ».

Il recommande de remettre cette zone en état en tenant compte de la sollicitation réelle et du cadre normatif en vigueur.

Il explique « qu'en empruntant la zone de service depuis le ADRESSE4.) (ADRESSE5.) les chauffeurs des engins sont contraints de se déporter à l'extrémité droite de la chaussée pour braquer d'un coup sec sur le terrain et de par la géométrie des engins, la remorque se met alors dans un angle proche de 90° par rapport au tracteur. Afin de poursuivre sa trajectoire, l'engin doit alors surmonter la différence de niveau-mouvement entravé par le positionnement relatif de la remorque dont les essieux arrière sont fixes. Lors du stationnement, la surface de contact des pneus de la remorque demeure désaxée ce qui induit inévitablement un effort de cisaillement ».

S'il ne résulte pas des rapports FISCH et ZEUTZIUS que le travail de la société anonyme SOCIETE2.) s.a. a été mal fait, il résulte cependant du cahier des charges que la société SOCIETE2.) s.a. n'ignorait pas que la couche de roulement serait sujette à des sollicitations importantes (die Nutzung durch

schwere LKW bis Höchstklasse muss fahrtechnisch (Höhendifferenzen) und belastungstechnisch beachtet werden). Elle connaissait les lieux et n'ignorait en conséquence en outre pas que des camions qui allaient emprunter cette entrée allaient nécessairement tourner sur un seuil essieu à l'endroit qui est en pente. Elle devait dès lors au regard des conclusions de l'expert en tant que professionnel en matière de construction rendre attentive la société anonyme SOCIETE1.) s.a. au fait que le bitume prévu au cahier des charges n'était pas adapté.

La société SOCIETE1.) demande de voir « condamner SOCIETE2.) à remplacer purement et simplement l'asphalte autour du garage ENSEIGNE1.) exploité par le sieur PERSONNE1.) aux frais de SOCIETE2.) ».

Il est établi que la société SOCIETE2.) a failli à son obligation de renseignement.

La société SOCIETE1.) s.a. doit cependant prouver qu'elle a subi un préjudice.

La seule zone où les dégradations ont été constatées est la zone empruntée par les camions située à l'entrée du garage SOCIETE3.). A cet endroit les camions et semi-remorques tournent depuis la réalisation des travaux en 2003 et en 2004.

Ni l'expert ZEUTZIUS ni l'expert FISCH ne viennent à la conclusion que les dégâts constatés donnent lieu à une moins-value. Si l'expert Bernhard STEINAUER relève certes dans son rapport unilatéral qu'un renouvellement complet de la couche d'asphalte s'impose, cette mesure ne résulte cependant ni du rapport ZEUTZIUS ni du rapport d'expertise FISCH.

L'expert ZEUTZIUS vient en effet à la conclusion que la couche de roulement ne présente aucune anomalie mais qu'elle présente une usure normale.

Il ne se dégage en outre pas des conclusions de l'expert FISCH selon lesquelles « c'est notamment la zone empruntée par les poids-lourds où les non-conformités soulevées ont donné lieu à dégâts qui sont susceptibles de s'aggraver au point que la durée de vie usuelle de la chose soit compromise » que le préjudice subi par la société anonyme SOCIETE1.) est d'une importance telle qu'un remplacement intégral de la couche d'asphalte s'impose.

Dans ces conditions, la société anonyme SOCIETE1.) s.a. est à débouter de sa demande reconventionnelle et l'appel est de ce chef non fondé.

Les juges de première instance sont à confirmer en ce qu'ils ont déclaré la demande en paiement de la société anonyme SOCIETE2.) s.a. contre la société anonyme SOCIETE1.) s.a. fondée pour la somme de 57.206,31 EUR

au titre du solde des huit factures et en ce qu'ils ont validé la saisie-arrêt pour la dite somme.

Dans son arrêt du 10 juin 2010 la Cour d'appel a réservé la demande en condamnation au paiement d'une astreinte concernant la condamnation de la société anonyme SOCIETE2.) s.a. à nettoyer les taches de laitance sur les panneaux de façade en tôle et à remplacer le vitrage souillé.

Cette demande est à rejeter puisqu'il n'est pas prouvé à l'heure actuelle que la société anonyme SOCIETE2.) s.a. n'entend pas exécuter la condamnation intervenue.

En conséquence de l'arrêt du 10 juin 2010 et de ce qui précède l'appel de la société anonyme SOCIETE1.) s.a. n'est que partiellement fondé.

La société anonyme SOCIETE2.) s.a. relève régulièrement appel incident et demande par réformation du jugement de première instance de lui allouer sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile la somme de 2.000 EUR pour la première instance. Elle réclame ce montant également pour l'instance d'appel.

La société anonyme SOCIETE1.) s.a. demande l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.500 EUR pour chacune des deux instances.

Eu égard à la décision à intervenir, il ne paraît pas inéquitable de laisser à charge des parties SOCIETE1.) s.a. et SOCIETE2.) s.a. les sommes non comprises dans les dépens de sorte que leurs demandes en allocation d'une indemnité de procédure ont à bon droit été rejetées par les juges de première instance et leurs demandes présentées de part et d'autre de ce chef en instance d'appel, sont également à déclarer non fondées.

PAR CES MOTIFS :

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

statuant en continuation de l'arrêt du 10 juin 2010,

donne acte à la société anonyme SOCIETE2.) s.a. de son appel incident,

le déclare non fondé,

déclare l'appel de la société anonyme SOCIETE1.) s.a. partiellement fondé,

confirme le jugement du 16 octobre 2007 en ce qu'il a appliqué le principe de la facture acceptée,

confirme le jugement du 2 décembre 2008 en ce qu'il a

- déclaré la demande reconventionnelle de la société anonyme SOCIETE1.) s.a. en remplacement de la couche d'asphalte autour du garage ENSEIGNE1.) non fondée,

- condamné la société anonyme SOCIETE1.) s.a. à payer à la société anonyme SOCIETE2.) s.a. le montant de 57.206,31 EUR avec les intérêts du jour de l'assignation jusqu'à solde,

- déclaré bonne et valable la saisie-arrêt formée entre les mains de la SOCIETE5.) pour assurer le recouvrement de la somme de 57.206,31 EUR et dit que les sommes dont la partie tierce-saisie se reconnaîtra ou sera jugée débitrice seront versées entre les mains de la société anonyme SOCIETE2.) s.a. en déduction et jusqu'à concurrence de sa créance en principal, frais et accessoires,

- débouté les parties de leurs demandes basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

dit qu'il n'y a pas lieu d'assortir la condamnation prononcée à l'encontre de la société anonyme SOCIETE2.) s.a. par l'arrêt du 10 juin 2010 d'une astreinte,

déboute la société anonyme SOCIETE2.) s.a. et la société anonyme SOCIETE1.) s.a. de leurs demandes présentées en instance d'appel sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

fait masse des frais et dépens des deux instances et les impose pour $\frac{1}{4}$ à la société anonyme SOCIETE2.) et pour $\frac{3}{4}$ à la société anonyme SOCIETE1.) avec distraction au profit de Maître Tom FELGEN et de Maître James JUNKER qui affirment 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 Josiane STEMPER.