Jugement commercial XV N° 246 / 2012

Audience publique du mercredi, vingt-neuf février deux mille douze.

Numéro 136 922 du rôle

Composition :

Marc WAGNER, Premier juge-président ;
Robert WORRÉ, Premier juge ;
Steve KOENIG, juge-délégué ;
Sandra MANGEN, greffière.

E n t r e :

la société à responsabilité limitée **SOC.1.) 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 **(…)**,

élisant domicile en l'étude de Maître Alain GROSS, avocat, demeurant à Luxembourg,

demanderesse, défenderesse sur reconvention,

comparant par Maître Laurent LIMPACH, avocat, demeurant à Luxembourg, en remplacement de Maître Alain GROSS, avocat susdit,

e t :

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

défenderesse, demanderesse par reconvention,

comparant par Maître Rafaëlle WEISS, avocate, en remplacement de Maître Gérard SCHANK, avocat, demeurant tous les deux à Luxembourg.

F a i t s :

Par exploit de l'Huissier de Justice Guy ENGEL de Luxembourg en date du 12 avril 2011, la demanderesse a fait donner assignation à la défenderesse à comparaître le vendredi 6 mai 2011 à 9.00 heures du matin devant le Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, Cité Judiciaire à Luxembourg, Annexe du Saint-Esprit, salle CO 1.01, pour y entendre statuer sur le mérite de la demande contenue dans ledit exploit d'huissier ci-après reproduit :

L'affaire fut inscrite sous le numéro 136 922 du rôle pour l'audience publique du 6 mai 2011 devant la deuxième section, siégeant en matière commerciale.

La cause fut renvoyée devant la quinzième chambre.

L'affaire fut utilement retenue à l'audience du 31 janvier 2012 lors de laquelle les débats eurent lieu comme suit :

Maître Laurent LIMPACH donna lecture de l'assignation introductive d'instance et exposa ses moyens.

Maître Rafaëlle WEISS répliqua et exposa ses moyens.

Sur ce, le tribunal prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique de ce jour le

j u g e m e n t qui suit :

Réclamant le payement du solde de deux factures dressées pour la réalisation de travaux de ferblanterie, de couverture et de façade sur un immeuble situé à **(...)**, la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** a, par exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 12 avril 2011, fait donner assignation à la société anonyme **SOC.2.)** à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour l'entendre condamner à lui payer le montant de 45.007,04.- euros avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice, jusqu'à solde. Elle sollicite encore la majoration du taux de l'intérêt légal, une indemnité de procédure de 1.500.- euros, l'exécution provisoire du jugement à intervenir sans caution, ainsi que la condamnation de la partie défenderesse à tous les frais et dépens de l'instance.

La partie demanderesse invoque en premier lieu le principe de la facture acceptée selon lequel tout commerçant qui n'est pas d'accord au sujet de la facture de son cocontractant doit prendre l'initiative d'émettre des protestations précises valant négation de la dette affirmée endéans un bref délai à partir de la réception de la facture.

La défenderesse estime avoir protesté en temps utile contre les factures litigieuses. Elle ne critique pas la qualité des travaux réalisés, mais fait valoir que les montants facturés seraient surfaits. Elle invoque encore des retards dans l'exécution des travaux et formule une demande reconventionnelle pour perte d'exploitation, qu'elle chiffre à l'audience, sur demande expresse, provisoirement au montant de 15.000.- euros. Afin d'établir son préjudice elle propose l'institution d'une expertise. Elle réclame encore une indemnité de procédure de 3.000.- euros.

Les demandes principale et reconventionnelle, par ailleurs régulièrement introduites dans les formes et délai légaux et non spécialement contestées à cet égard, sont à déclarer recevables.

Remarque préliminaire

Le lendemain de la prise en délibéré de l'affaire, la société anonyme **SOC.2.)** a versé une note de plaidoiries et des pièces supplémentaires.

Les débats sont clos avec la prise en délibéré de l'affaire. Le juge est tenu de respecter le principe du contradictoire. Il ne peut s'appuyer pour fonder sa décision sur des moyens, explications et documents produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement (article 65 du Nouveau code de procédure civile).

Il s'ensuit que les pièces supplémentaires versées ne peuvent être prises en considération. Il en est de même des arguments et moyens contenus dans la note de plaidoiries qui n'ont pas été, au moins sommairement, invoqués à l'audience.

La société anonyme **SOC.2.)** n'explique d'ailleurs pas pourquoi elle n'était pas en mesure de verser ces pièces le jour des plaidoiries.

Quant au moyen de la facture acceptée

Les travaux en cause ont été réalisés dans le cadre de la transformation et de l'extension de l'hôtel **SOC.2.)** situé dans la rue du même nom à **(...)**.

Les factures litigieuses, portant les n°107315 et n°107322, sont datées au 31 décembre 2007.

La société anonyme **SOC.2.)** affirme ne les avoir reçues que fin janvier 2008. Elle fait état de premières protestations en date du 4 février 2008 et de discussions entre parties pour conclure que le principe de la facture acceptée ne saurait trouver application en l'occurrence.

S'il est vrai qu'il incombe au fournisseur de prouver qu'il a envoyé la facture et qu'elle est parvenue au client, le client a cependant l'obligation de protester au reçu de la facture si elle indique une date inexacte.

En effet, à défaut de protestations, les factures sont présumées reçues à leur date (cf. A. Cloquet, La facture, n°s 578, 579 et 583).

Comme la défenderesse n'a jamais contesté ce point, il y a lieu de considérer qu'elle a réceptionné les factures litigieuses début janvier 2008.

Le délai de protestation court du jour de la réception de la facture.

La durée du délai de protestation dépend du temps nécessaire pour contrôler la fourniture, la facture et la concordance entre l'une et l'autre. A cet égard il faut tenir compte de toutes les circonstances de la cause, notamment il y a lieu de prendre en considération la nature du contrat, son objet et le comportement réciproque des parties.

Au vu de l'ampleur des travaux réalisés et facturés et du chantier, des protestations reçues le 4 février 2008, soit à peu près un mois après réception des factures, ne pourraient être considérées comme tardives.

Cependant des protestations qui seraient vagues n'empêcheraient pas la présomption d'acceptation de sortir ses effets. Elles doivent préciser les points contestés (voir e.a. Cour, 12 juillet 1995, numéro 16.844 du rôle ; Cour, 15 novembre 2006, numéro 30.536 du rôle ; Cour, 14 décembre 2006, numéro 30.796 du rôle).

Par courriel du 4 février 2008, le mandataire de la société anonyme **SOC.2.)** s'adresse au gérant de la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** en ces termes :

«Suite à la consultation de vos décomptes, et devant l'ampleur des suppléments, j'aimerais pouvoir en discuter demain avec vous lors de la réunion de chantier».

Ce mail ne renferme certainement pas de contestations circonstanciées.

Le dossier ne renseigne pas l'existence d'autres contestations écrites dans un délai rapproché de l'émission des factures.

Il résulte cependant des pièces versées que suite à ce mail une réunion a eu lieu entre parties le 8 avril 2008, que plusieurs courriers ont été échangés relatifs aux postes contestés et qu'une proposition d'arrangement a même été formulée par la demanderesse par courrier du 9 avril 2009.

La demanderesse a partant accepté dès le début de discuter sur le bien-fondé des contestations émises et a donc nécessairement renoncé au moyen de la facture acceptée, son comportement n'étant pas susceptible d'une autre interprétation.

En effet une renonciation peut être tacite et résulter d'un fait supposant l'abandon de la prérogative considérée, c'est-à-dire d'un fait directement contraire au droit prétendument abdiqué (cf. Cour, 28 avril 2010, numéro 34.004 du rôle).

Quant au bien-fondé des griefs invoqués

La société anonyme **SOC.2.)** ne critique pas la qualité des travaux réalisés. Elle estime que certains postes des factures seraient surévalués et que certains frais supplémentaires (location d'une nacelle, autorisation de l'occupation de la voirie) ne pourraient lui être mis à charge, alors que ceux-ci seraient nés en raison d'un retard dans l'exécution des travaux imputable à la société à responsabilité limitée **SOC.1.)**.

Elle se réfère à un décompte de son bureau d'architecte qu'elle verse en pièce (n°26).

A noter que les postes repris aux factures litigieuses ne correspondent pas à ceux figurant aux différentes offres. Ainsi la facture n°107322 met en compte des cassettes en cuivre repris à l'offre n°107073, tandis que la facture n°107315 reprend non seulement des prestations reprises à cette offre, mais encore des postes d'une offre n°107027 et des travaux exécutés en régie.

La société anonyme **SOC.2.)** est donc d'avis que, contrairement à l'offre, pour certains postes les prix seraient surfaits et que le nombre de pièces mis en compte serait trop élevé.

La société à responsabilité limitée **SOC.1.)** ne prend pas position quant à ces reproches.

L'offre n°107073 (la seule versée aux débats) de la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** comporte des postes forfaitaires et d'autres qui ne le sont pas et pour lesquels des quantités et des prix unitaires ont été indiqués. Il y est précisé que seulement les travaux, superficies ou quantités effectivement exécutés seront comptés.

Eu égard à ces stipulations, il faut considérer que les quantités indiquées ne sont qu'indicatives et que le prix indiqué (calculé en additionnant les postes forfaitaires et les montants obtenus en multipliant les quantités et prix unitaires des autres postes) n'est pas un prix global invariable, qu'il n'est à son tour qu'indicatif et susceptible de varier en fonction des métrés à établir.

Le contrat est donc à qualifier de contrat mixte étant donné que pour certains postes il est un marché à forfait et que pour d'autres il est un marché sur devis.

Dans un contrat sur devis les parties fixent cependant invariablement les prix pour chaque unité tout en laissant les quantités à exécuter indéterminées.

Si le propre des marchés sur devis est l'imprécision relative à l'importance des travaux à fournir et du prix de l'ensemble à payer, il n'en demeure pas moins que dans un tel marché le devis constitue un élément de référence devant donner aux parties une idée de l'importance de leurs engagements, de sorte qu'un dépassement considérable du prix global indicatif du devis par l'entrepreneur le constitue en faute.

Une marge d'erreur de 10% est admissible.

Il y a lieu d'examiner un par un les postes contestés, énumérés au décompte versé en tant que pièce n°26 auquel la défenderesse s'est référée dans ses plaidoiries.

-Fourniture de cassettes en cuivre

Le prix accepté est de 321,10.- euros par unité (supplément accepté de 22,98.- euros compris). Le devis renseigne 210 pièces, 248 ont été facturées.

Conformément au décompte en cause, la défenderesse accepte 232 pièces. Au vu de la marge d'erreur permise on ne saurait mettre davantage à sa charge.

Il s'ensuit que sur ce poste la demanderesse n'est fondée à réclamer que le montant de (232 x 321,10 =) 74.495,20.- euros HTVA. Ce montant correspond à celui retenu par le bureau d'architecte. La facture est partant à réduire de 19.673,54.- euros HTVA.

-Pates fixation Max Fox Medium

La défenderesse (suivant son décompte) ne critique que les prix appliqués et non les quantités mises en compte. La requérante mettant en compte un prix unitaire de 3,50.- euros au lieu des 2,95.- euros suivant son offre, une moins-value de (300 x 0,55 =) 165.- euros HTVA est à mettre en compte.

-Pates fixation Max Fox Large

La requérante mettant en compte un prix unitaire de 4,72.- euros au lieu des 3,75.- euros suivant son offre, une moins-value de (240 x 0,97 =) 232,80.- euros HTVA est à mettre en compte.

-Prolifé L 60/40/2,2 et
-Hohlprofil 40/30/2,5 pour contour des fenêtres et volets

Ces postes ne figurent pas à l'offre. La défenderesse est d'avis qu'ils auraient dû être prévus dès le départ. En l'absence de la moindre explication de la part de la demanderesse relative au bien-fondé de ceux-ci, ils ne peuvent être facturés. Les montants de 1.438,98.- euros HTVA et de 4.755.- euros HTVA ne sont donc pas dus.

-Isolation thermique pour sortie de secours

Ce poste ne figure pas à l'offre à laquelle il se réfère. La défenderesse est d'avis que le montant mis en compte serait exagéré (de 387,48.- euros). Elle ne conteste donc pas son utilité. A défaut de tout autre élément laissant croire que le prix serait surfait, cette critique est à rejeter.

-Autorisation pour l'occupation de la voie publique et
-Location nacelle automotrice

La société anonyme **SOC.2.)** estime que ces frais supplémentaires ne seraient pas redus en raison du retard dans l'exécution des travaux par la requérante.

Il ne résulte pas des éléments du dossier que des délais avaient été fixés.

Comme les travaux en cause ont été réalisés dans le cadre de la transformation et de l'extension de l'hôtel **SOC.2.)** situé dans la rue du même nom à **(...)** et que de nombreux autre corps de métier y sont intervenus, un retard dans l'exécution des travaux confiés à la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** dû à une négligence de celle-ci n'est pas établie, la défenderesse ne justifiant autrement ces reproches.

-Réparation de la terrasse et rebranchement de l'avaloire

La défenderesse est d'avis que ce montant serait à refacturer aux entreprises responsables.

Elle ne conteste donc pas avoir chargé la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** de ses travaux. Elle doit partant en payer le prix même si elle était fondée à le récupérer sur l'auteur du dommage.

-Recouvrement des sorties de secours avec panneaux occumés et sous construction

Ce poste ne figure pas à l'offre à laquelle il se réfère. La défenderesse est d'avis que le montant mis en compte serait exagéré. Elle ne conteste donc pas son utilité.

A défaut de tout autre élément laissant croire que le prix serait surfait, cette critique est à rejeter.

-Adaptation des côtés des sorties de secours au bardage

Ce poste ne figure pas à l'offre à laquelle il se réfère. La défenderesse est d'avis qu'il aurait dû être prévu dès le départ. En l'absence de toute explication de la part de la demanderesse à ce sujet pouvant justifier la mise en compte de ce poste, le montant de 959,52.- euros HTVA n'est pas dû.

-Conclusion

Au vu des développements qui précèdent la somme totale de (19.673,54.- + 165.- + 232,80.- + 1.438,98.- + 4.755.- + 959,52.- =) 27.224,84.- euros HTVA, soit 31.308,57.- euros TTC est à déduire des factures litigieuses.

La société à responsabilité limitée **SOC.1.)** a partant encore droit au montant de (45.007,04. - 31.308,57.- =) 13.698,47.- euros.

L'offre de preuve par expertise formulée pour autant qu'elle tend à décrire les travaux réalisés par la requérante, à les examiner, vérifier et à dresser les comptes entre parties est à rejeter pour être superfétatoire et non pertinente.

A l'audience la demanderesse précise qu'elle entend que la condamnation soit assortie des intérêts de retard au taux de l'article 5 de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard.

Il y a lieu de faire droit, au vu des dispositions légales, à cette demande.

Conformément au dispositif de l'assignation et à défaut de toute modification de la demande à ce sujet, le point de départ du cours des intérêts de retard est à fixer au jour de la demande en justice.

La loi du 22 février 1984 relative au taux de l'intérêt légal, prévoyant la faculté d'ordonner la majoration du taux de l'intérêt légal dans toutes matières, ayant été purement et simplement abrogée par la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard, et cette dernière ne prévoyant plus de majoration du taux de l'intérêt légal en matière de créances résultant de transactions commerciales, la demande en majoration du taux de l'intérêt légal manque de base légale et est partant à rejeter.

La demanderesse a d'ailleurs renoncé à l'audience à ce point.

<u>Quant à la demande reconventionnelle</u>

La société anonyme **SOC.2.)** invoque des retards dans l'exécution des travaux et formule une demande reconventionnelle pour perte d'exploitation, qu'elle chiffre à l'audience provisoirement au montant de 15.000.- euros et dans sa note de plaidoiries au montant de 191.589,50.- euros. Afin d'établir son préjudice elle propose l'institution d'une expertise avec comme mission sur ce point de « *dire si la durée des travaux était justifiée et, dans la négative, chiffrer le montant dû à l'intervention d'**SOC.1.)** ».*

La société à responsabilité limitée **SOC.1.)** conclut au rejet de ces prétentions.

Comme précisé ci-dessus, les travaux en cause ont été réalisés dans le cadre de la transformation et de l'extension de l'hôtel **SOC.2.)** et de nombreux autres corps de métier y sont intervenus.

Un retard fautif dans l'exécution des travaux confiés à la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** dû à une négligence de celle-ci n'est pas établie.

A ce sujet il importe de préciser que le dossier ne renseigne pas que des délais d'achèvement des travaux aient été fixés lors de la conclusion du contrat. La société à responsabilité limitée **SOC.1.)** n'a pas non plus été mise en demeure de terminer l'ouvrage pour une date précise. Si dans sa lettre recommandée du 23 août 2007, la société anonyme **SOC.2.)** sollicite qu'un planning détaillé des travaux soit dressé et communiqué par la société à responsabilité limitée **SOC.1.)**, elle ne donne actuellement aucune information sur les suites qu'a connues son courrier, donc si sa cocontractante lui a fait parvenir un tel planning pouvant éventuellement documenter un accord de cette dernière quant à des délais à respecter.

Une expertise en vue d'établir l'existence d'une faute dans le chef de la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** ne saurait être ordonnée à défaut de tout élément de preuve soumis par la demanderesse sur reconvention.

En effet, l'article 351 du Nouveau Code de procédure civile dispose *qu'«une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver»* et qu'*«en aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve»*.

Par carence, le législateur entend l'abstention d'une partie d'apporter à l'administration de la preuve d'un fait qu'elle allègue le concours qu'elle a la possibilité de fournir. La mesure d'instruction a, en effet un caractère subsidiaire et est destinée à compléter les éléments de preuve que les parties ont soumis au juge.

Force est de constater à ce sujet que la société anonyme **SOC.2.)** n'a pas fourni la moindre explication, ni d'ailleurs la moindre pièce, ni quant à la date précise à laquelle les travaux en cause auraient dû ou pu être achevés, ni quant à leur état de progression, ni quant à la relation causale entre le retard allégué dans l'exécution des travaux en question et le préjudice invoqué consistant dans un manque à gagner suite à une réouverture plus tardive de l'hôtel.

Ainsi n'est-il nullement précisé l'incidence qu'aurait eu un retard, à le supposer établi, des travaux de ferblanterie, de couverture et de façade confiés à la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** sur l'avancement des travaux dont étaient en charge d'autres corps de métier.

A défaut d'établir les éléments constitutifs de la responsabilité de la partie adverse, la demande reconventionnelle de la société anonyme **SOC.2.)** est à rejeter comme non fondée.

<u>Quant aux demandes accessoires</u>

Chacune des parties réclame une indemnité de procédure.

La société à responsabilité limitée **SOC.1.)** est à débouter sur ce point, alors que la condition de l'iniquité requise par la loi fait défaut.

La demande en ce sens de la part de la société anonyme **SOC.2.)** est de même à rejeter, alors qu'une partie qui est déboutée de ses prétentions, et qui de ce fait est à condamner aux frais et dépens de l'instance, ne saurait bénéficier des dispositions de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile.

La partie demanderesse conclut finalement encore à l'exécution provisoire sans caution du jugement à intervenir.

Les jugements rendus en matière commerciale sont exécutoires par provision de plein droit, mais moyennant caution. L'exécution provisoire sans caution ou justification de solvabilité suffisante ne peut être ordonnée que dans les cas autorisés par l'article 567 du Nouveau code de procédure civile, à savoir, lorsqu'il y a titre non attaqué ou condamnation précédente dont il n'y a pas appel.

Tel n'étant pas le cas en l'espèce, il n'y a pas lieu d'ordonner l'exécution provisoire du présent jugement sans caution.

P a r c e s m o t i f s :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, quinzième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

déclare les demandes principale et reconventionnelle recevables,

dit non fondée la demande reconventionnelle et en **déboute**,

dit partiellement fondée la demande principale,

partant, **condamne** la société anonyme **SOC.2.)** à payer à la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** la somme de 13.698,47.- (treize mille six cent quatre-vingt-dix-huit virgule quarante-sept) euros, avec les intérêts de retard au taux directeur de la Banque centrale européenne majoré de la marge à partir du jour de la demande en justice (12 avril 2011) jusqu'à solde,

dit non fondée la demande en majoration du taux de l'intérêt légal et en **déboute**,

dit non fondées les demandes des parties en obtention d'une indemnité de procédure et en **déboute**,

dit qu'il n'y a pas lieu d'ordonner l'exécution provisoire du présent jugement sans caution,

condamne la société anonyme **SOC.2.)** à tous les frais et dépens de l'instance.