Arrêt commercial

Audience publique du vingt et un décembre deux mille cinq.

Numéro 29275 du rôle.

Composition :

Andrée WANTZ, présidente de chambre;
Carlo HEYARD, premier conseiller ;
Annette GANTREL, conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

la société anonyme SOC1.) S.A., *établie et ayant son siège social à L-(…), (…), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLE de Luxembourg du 9 août 2004,*

comparant par Maître Lydie LORANG, avocat à Luxembourg ;

e t :

la société à responsabilité limitée SOC2.) s.à r.l., *établie et ayant son siège social à L-(…), (…), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…), représentée par son gérant actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du prédit exploit GALLE,*

comparant par Maître Romain ADAM, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par jugement du 21 février 2002, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, a condamné la société **SOC1.)** S.A., promoteur immobilier, à payer du chef de travaux de toiture à la société **SOC2.)** s.à r.l. la somme de 22.041,70 €.

Ce jugement a réservé la demande reconventionnelle de la société **SOC1.)** S.A. et a institué une expertise.

Par arrêt du 7 janvier 2004, la Cour d'appel a déclaré l'appel de la société **SOC1.)** S.A. non fondé en ce que le premier jugement a dit que la créance de la société **SOC2.)** s.à r.l. s'élève à 22.041,70 €.

La Cour d'appel a déclaré l'appel de la société **SOC1.)** S.A. fondé en ce que le premier jugement a prononcé la condamnation immédiate de la société **SOC1.)** S.A. avant de se prononcer sur le bien-fondé de la demande reconventionnelle de la société **SOC1.)** S.A. tendant à compensation.

Par jugement du 8 juillet 2004, le tribunal a déclaré la demande reconventionnelle de la société **SOC1.)** S.A., qui a trait aux travaux de la société **SOC2.)** s.à r.l. sur les chantiers **A.)**, **B.)** et **C.)**, fondée pour la somme de 304,36 €, il a ordonné la compensation entre les deux créances, il a débouté les parties de leurs demandes en paiement d'une indemnité de procédure, a fait masse des frais de l'instance et de ceux des rapports d'expertise KINTZELE et AMBROSINI et les a imposés pour moitié à chacune des parties.

Par exploit d'huissier du 9 août 2004, la société **SOC1.)** S.A. a relevé appel du jugement du 8 juillet 2004.

L'appelante demande à la Cour de déclarer sa demande reconventionnelle fondée pour un montant de 79.125,48 € avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde, de dire qu'il y a lieu à compensation entre sa créance et la créance de la société **SOC2.)** s.à r.l. et de condamner la partie adverse aux frais et dépens des deux instances.

La société **SOC2.)** s.à r.l. a relevé appel incident et demande à la Cour de débouter la société **SOC1.)** S.A. de sa demande reconventionnelle d'un montant de 304,36 € se rapportant au chantier **C.)**.

Elle demande en outre que la société **SOC1.)** S.A. soit condamnée aux frais et dépens des deux instances.

Les appels principal et incident sont recevables pour avoir été introduits dans les formes et délais de la loi.

Quant à la maison A.)

La société **SOC1.)** S.A. réclame en raison de malfaçons affectant la toiture de la maison **A.)** un montant de 67.140,49 + 2.781,19 + 3.223,63 = 73.145,11 – 419,44 = 72.725,67 €.

Les premiers juges ont débouté la société **SOC1.)** S.A. de ce volet de la demande reconventionnelle.

Pour ce faire, ils ont dit – en ce qui concerne le montant de 67.140,29 € réclamé du chef de frais de réfection de la toiture – que la société **SOC1.)** S.A. n'a pas prouvé – l'expert Paul AMBROSINI ayant relevé que la *« toiture remplit sa fonction »* - que la société **SOC2.)** s.à r.l. n'a pas réalisé un ouvrage exempt de vices.

Ils ont ajouté que la société **SOC1.)** S.A., en demandant le prix de réfection d'un immeuble appartenant à un tiers, sans néanmoins avoir été assignée en responsabilité par ce dernier et sans rapporter la preuve qu'elle a déboursé la somme pour faire effectuer en lieu et place du sous-traitant les réparations qui s'imposaient, réclame en fait la réparation d'un préjudice futur.

En ce qui concerne le montant de 2.781,19 €, réclamé du chef de frais de mise en peinture suite aux infiltrations, et le montant de 3.223,63 €, réclamé du chef de l'intervention de tierces entreprises, les juges de première instance ont dit que la société **SOC1.)** S.A. est restée en défaut de justifier qu'elle a déboursé les montants réclamés.

Pour affirmer que la société **SOC2.)** s.à r.l. a fourni un ouvrage non-exempt de vices, la société **SOC1.)** S.A. se prévaut avant tout des rapports d'expertise du 19 février 2002 et du 19 avril 2002 de l'expert judiciaire Paul AMBROSINI et du constat des infiltrations fait par cet expert le 3 janvier 2003.

Relativement à la notion de dommage futur, la société **SOC1.)** S.A. allègue en ordre principal que les premiers juges ont statué ultra petita alors que le moyen n'a pas été soulevé par la société **SOC2.)** s.à r.l..

Dans un ordre subsidiaire, l'appelante fait valoir que la société **SOC2.)** s.à r.l. a failli à ses obligations contractuelles vis-à-vis d'elle de sorte que la société **SOC2.)** s.à r.l. engage sa responsabilité contractuelle vis-à-vis d'elle indépendamment des relations contractuelles de **SOC1.)** S.A. avec **A.)**.

Plus subsidiairement, l'appelante fait valoir qu'en raison de la garantie décennale qu'elle doit à **A.)**, elle a bien subi un dommage qui, s'il est futur, est néanmoins certain.

La société **SOC2.)** s.à r.l. demande la confirmation du jugement entrepris.

C'est à tort que la société **SOC1.)** S.A. prétend que les premiers juges ont statué ultra petita. Les premiers juges n'ont rien accordé au-delà de l'objet du litige et en disant qu'il y avait préjudice futur, ils n'ont vidé que le problème de la responsabilité de la société **SOC2.)** s.à r.l. ce qu'ils étaient obligés de faire.

La société **SOC2.)** s.à r.l. était en tant que sous-traitante tenue de livrer un ouvrage exempt de vices.

Il est vrai que dans le rapport préliminaire du 19 février 2002, l'expert Paul AMBROSINI a dit que *« la toiture remplit sa fonction »*.

Cette phrase est cependant à placer dans le contexte des dires de **A.)** que dans les douze derniers mois il n'y a pas eu d'infiltrations, de la phrase qui la précède immédiatement, à savoir *« Au stade actuel, des sondages destructifs ne sont pas retenus »* et de la constatation de l'expert *« qu'une remise à neuf de la ferblanterie est à envisager pour le cas où une infiltration se manifesterait dans l'avenir. »*

Elle ne signifie rien d'autre qu'au moment de la rédaction du rapport préliminaire il n'y a pas d'infiltrations.

Dans le rapport final du 19 avril 2002, l'expert fait l'inventaire des malfaçons constatées, à savoir :
aération supérieure faisant défaut, soudures des tôles cintrées non conformes, joints debout montrant des déformations anormales ou des réparations locales, exécution non conforme du recouvrement de la zinguerie au droit de la noue verticale entre la lucarne dite chien assis et la toiture demi cylindre, exécution non conforme aux règles de l'art de la noue au droit de la tôle cintrée et du versant de la toiture lucarne, lâchement des assemblages de la rigole en partie inférieure de la toiture.

L'expert a dit dans son rapport du 19 avril 2002 que *« D'une façon générale, la réalisation de la toiture est à classifier comme étant une réalisation hétéroclite qui fera l'objet d'une dégradation rapide n'assurant plus l'étanchéité, fonction primaire d'une toiture.*
*En prenant en considération la longévité habituelle d'une toiture en zinc qui est de quarante ans au moins et le fait que la maison **A.)** est une réalisation récente (1997-1998), l'expert se prononce à un renouvellement global du recouvrement de la toiture, y compris selon besoin à matérialiser en début des travaux, un renouvellement de la*

sous-construction dans l'éventualité où elle présenterait des malfaçons. »

Il se dégage de la combinaison des rapports du 19 février 2002 et du 19 avril 2002 qu'en raison des malfaçons affectant la toiture la longévité normale de la toiture n'est pas assurée et qu'une réfection s'impose à plus ou moins brève échéance, à condition qu'il n'y ait pas d'infiltrations, infiltrations, qui si elles se produisaient, justifieraient la réfection immédiate de la toiture.

Dès lors que des travaux de toiture doivent être effectués de telle sorte que la longévité normale de la toiture soit assurée, il se dégage des seuls rapports du 19 février 2002 et du 19 avril 2002 que la toiture livrée par la société **SOC2.)** s.à r.l. n'est pas un ouvrage exempt de vices.

Le caractère non exempt de vices de la toiture est encore souligné par l'existence d'infiltrations constatées par l'expert AMBROSINI au mois de janvier 2003 et attestées par **A.)** en date du 9 février 2003.

Le manquement du sous-traitant à son obligation de résultat de livrer un ouvrage exempt de vices n'engage sa responsabilité vis-à-vis de l'entrepreneur principal que si celui-ci a subi en raison de ce manquement un dommage personnel.

La jurisprudence admet l'indemnisation d'un préjudice futur lorsqu'il est virtuel, c'est-à-dire lorsqu'il est probable (cf. Le Tourneau, Droit de la responsabilité Ed. 1998 N°s 664 + 667).

En l'occurrence, **A.)** a assisté aux opérations d'expertise dans sa maison. Suivant lettre du 3 mars 1999, la société **SOC1.)** S.A. est, en raison d'infiltrations, intervenue pour compte de **A.)** auprès de la société **SOC2.)** s.àr.l., **A.)** a dans son attestation du 9 février 2003 dit que *« l'expert avait pourtant précisé lors de la précédente visite que si de nouvelles infiltrations d'eau devaient surgir, la toiture serait entièrement à refaire selon les règles de l'art et non plus à réparer. »*

Il se dégage des prédits faits qu'une action en garantie décennale exercée par **A.)** contre la société **SOC1.)** S.A. est probable et que cette action n'a pas encore été exercée parce que **A.)** entend, en ce qui concerne ses prétentions vis-à-vis de la société **SOC1.)** S.A., obtenir gain de cause par le biais de l'action exercée par la société **SOC1.)** S.A. contre la société **SOC2.)** s.à r.l..

La probabilité de l'action en garantie décennale a pour effet que même si – ce qui n'est pas contesté – les déficiences à la toiture et les infiltrations consécutives à ces déficiences affectent la propriété de **A.)**, il n'en demeure pas moins que ces déficiences et infiltrations sont à considérer comme préjudice personnel de la société **SOC1.)** S.A. dès

lors qu'en vertu de la garantie décennale la société **SOC1.)** S.A. doit en raison des déficiences et des infiltrations indemnisation à **A.)**.

Il s'ensuit que le manquement de la société **SOC2.)** s.à r.l. à l'obligation de résultat de fournir un ouvrage exempt de vices a bien causé un préjudice à la société **SOC1.)** S.A. et qu'il n'est pas nécessaire - pour l'existence de ce préjudice - que la société **SOC1.)** S.A. ait été assignée par **A.)** et que la société **SOC1.)** S.A. ait indemnisé le dommage accru à la maison de **A.)**.

Le manquement de la société **SOC2.)** s.à r.l. ayant causé un dommage à la société **SOC1.)** S.A., la responsabilité de la société **SOC2.)** s.à r.l. est engagée.

Pour le cas où sa responsabilité serait engagée, la société **SOC2.)** s.à r.l. conclut à un partage de responsabilités.

Elle se prévaut des faits que l'architecte ne l'avait pas renseignée sur la ventilation de la toiture et que la société **SOC1.)** S.A. avait fait effectuer les travaux de toiture aux mois de janvier/février, période défavorable pour faire effectuer des travaux de toiture avec des tôles en zinc.

La société **SOC2.)** s.à r.l. ne peut s'exonérer qu'en prouvant que le dommage est dû à une cause étrangère.

En tant qu'entreprise spécialisée dans les travaux de toiture, tenue elle-même à une obligation de conseil, il a incombé à la société **SOC2.)** s.à r.l. d'être renseignée sur les problèmes de ventilation et sur la période la plus favorable pour l'exécution des travaux. La société **SOC2.)** s.àr.l. n'avait partant pas besoin des renseignements de l'architecte et aurait le cas échéant dû refuser d'exécuter les travaux pendant les mois de janvier/février. Les faits invoqués par la société **SOC2.)** s.à r.l. ne peuvent partant pas être considérés comme cause étrangère.

La responsabilité de la société **SOC2.)** s.à r.l. est donc pleine et entière.

Pour ce qui est du montant des frais de réfection de la toiture, la société **SOC2.)** s.à r.l. dit que seul le montant retenu par l'expert judiciaire peut être mis à sa charge.

Pour faire condamner la partie adverse au montant de 67.140,29 €, la société **SOC1.)** S.A. s'est emparée d'un devis élaboré par une entreprise **SOC3.)**.

Comme le juge ne doit s'écarter qu'avec grande précaution des conclusions de l'expert judiciaire, le montant des frais de réfection,

évalué à 23.900 € par l'expert judiciaire, est à mettre à charge de la société **SOC2.)** s.à r.l..

L'expert judiciaire, voulant éviter des investigations complexes, ne s'est pas prononcé sur la question de savoir si la sous-construction de la toiture a été endommagée et si elle doit être remplacée.

A défaut des renseignements objectifs nécessaires, la Cour institue un supplément d'expertise quant à cette question.

En ce qui concerne le montant de 3.223,63 €, la société **SOC2.)** s.à r.l. se rapporte à prudence de justice.

Pour ce qui est du montant de 2.781,19 € la société **SOC2.)** s.à r.l. demande la confirmation du jugement entrepris.

Ces deux montants sont à allouer à la société **SOC1.)** S.A.. Il ressort en effet de l'expertise Paul AMBROSINI que le montant de 3.223,63 € s'explique par l'intervention, à la demande de la société **SOC1.)** S.A., de tierces entreprises en relation avec la toiture déficiente. Suivant facture du 18 septembre 2003, la société **SOC1.)** S.A. doit payer du chef de travaux de mise en peinture suite aux infiltrations affectant la maison de **A.)**, le montant de 2.781,19 €.

Il résulte de l'ensemble des développements qui précèdent qu'en ce qui concerne la maison **A.)**, la demande reconventionnelle de la société **SOC1.)** S.A. est d'ores et déjà fondée pour un montant de 23.900 + 3.223,63 + 2.781,19 = 29.904,82 – 419,44 = 29.485,38 €.

Quant à la maison **B.)**

La société **SOC1.)** S.A. avait, sur base du rapport judiciaire de Paul AMBROSINI du 28 juin 2002, réclamé du chef de dégâts à la façade et à la corniche de la maison **B.)** à la société **SOC2.)** s.à r.l., à laquelle elle a imputé ces dégâts, le montant de 7.156,38 € - 756,57 € = 6.399,81 €.

Suite à des problèmes de raccords de gouttières, réparés par la société **SOC2.)** s.à r.l., des taches de rouille étaient apparues sur la façade.

Le tribunal a débouté la société **SOC1.)** S.A. du volet de la demande reconventionnelle relatif à la maison **B.)** en disant que l'expert KINTZELE avait à l'époque évalué le coût des travaux de remise en peinture partielle à 756,57 € et que ce montant a été payé par la société **SOC2.)** s.à r.l. par voie de compensation.

La société **SOC1.)** S.A. réclame actuellement en appel, sur base du rapport d'expertise Paul AMBROSINI, en raison des traces de rouille causées par les clous de fixation de la corniche en bois et des traces de rouille à la façade, le montant de 6.399,81 €.

Elle argumente qu'une réfection partielle de la façade impliquerait une réfection incomplète à cause de l'inévitable changement de couleur.

La société **SOC2.)** s.à r.l. demande la confirmation du jugement entrepris.

Elle fait notamment valoir que la non remise en peinture partielle de la façade au moment du rapport d'expertise KINTZELE du 4 octobre 1999 ne saurait en aucun cas lui être imputable.

Dans ses rapports du 19 avril 2002 et du 28 juin 2002, l'expert Paul AMBROSINI a constaté des taches de rouille apparentes des clous de fixation de la corniche en bois. Pour faire disparaître ces taches, il a prévu une mise en peinture de la corniche en bois et il a évalué ces frais à 351,26 €.

Il a constaté au droit des gouttières redressées une décoloration de l'enduit extérieur.

Par ordre de priorité il a prévu – pour faire disparaître cette décoloration – une mise en peinture partielle de la façade sur une surface de 10 m2.

Il a évalué le coût de la seule mise en peinture partielle à 228 €.

Comme alternative à la mise en peinture partielle, il a proposé le remise en peinture de toute la façade.

Il résulte de l'expertise KINTZELE que la mise en peinture partielle est suffisante pour faire disparaître sans traces les taches de rouille sur la façade.

Cette conclusion est corroborée par l'expertise faite par Paul AMBROSINI qui préconise en priorité la mise en peinture partielle et qui ne donne pas d'arguments à l'appui de la solution de la mise en peinture de toute la façade.

Une mise en peinture de toute la façade serait-elle actuellement nécessaire, elle ne serait pas imputable à la société **SOC2.)** s.à r.l. dès lors qu'elle s'expliquerait par le fait que la mise en peinture partielle – pourtant payée à l'époque par la société **SOC2.)** s.à r.l. – n'a pas été faite après la rédaction du rapport KINTZELE en date du 9 octobre 1999.

C’est donc à bon droit que les premiers juges n’ont pas mis à charge de la société **SOC2.)** s.à r.l. les frais de mise en peinture de toute la façade.

Au vu du rapport d’expertise Paul AMBROSINI, les premiers juges n’ont à tort pas mis les frais de remise en peinture de la corniche – remise rendue nécessaire par l’utilisation par la société **SOC2.)** s.à r.l. de clous susceptibles de rouiller – à charge de la société **SOC2.)** s.à r.l..

Ces frais s’élèvent à 351,26 + 170 (frais d’échafaudage) = 521,26 €.

Il n’y a pas lieu de prononcer de condamnation au profit de la société **SOC1.)** S.A. dès lors que la société **SOC2.)** s.à r.l. a – en raison de malfaçons à la maison **B.)** – d’ores et déjà bonifié le montant de 756,57 € à la société **SOC1.)** S.A. et que les frais de réfection ne s’élèvent – au vu du rapport AMBROSINI – qu’à 228 + 521,26 = 749,26 €.

<u>Quant à la maison C.)</u>

Les premiers juges ont en raison de malfaçons à la toiture alloué à la société **SOC1.)** S.A., qui a dit – afin d’éviter des infiltrations – dû faire intervenir une entreprise **SOC4.)**, un montant de 304,36 €.

Il résulte à suffisance d’une correspondance de l’expert HENGEN du 20 juin 2001, d’une attestation testimoniale de **D.)** et d’une facture de la société **SOC4.)** du 8 mai 2001 que les malfaçons à l’origine du sinistre intervenu en 2001 sont étrangères aux malfaçons auxquelles s’est référé l’expert Gilles KINTZELE dans ses rapports du 29 juin 1999 et du 4 octobre 1999.

La société **SOC2.)** s.à r.l. se refère partant à tort à ce rapport pour ne pas devoir payer le montant de 304,36 €.

L’appel incident n’est par conséquent pas fondé.

Il suit des considérations qui précèdent que la demande reconventionnelle de la société **SOC1.)** S.A. est d’ores et déjà fondée pour un montant de 29.485,38 + 304,36 = 29.789,74 €.

Il y a lieu à compensation entre cette créance de la société **SOC1.)** S.A. et la créance de la société **SOC2.)** s.à r.l..

Il y a lieu de réserver le surplus.

PAR CES MOTIFS :

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

déclare les appels recevables ;

déclare l'appel principal partiellement fondé ;

déclare l'appel incident non fondé ;

réformant :

- déclare la demande de la société **SOC1.)** S.A. d'ores et déjà fondée pour un montant de 29.789,74 € ;

- dit que la société **SOC1.)** S.A. a droit au montant résultant de la déduction du montant de 22.041,70 €, avec les intérêts légaux à partir du 14 décembre 1999 jusqu'au 21 décembre 2005, du montant de 29.789,74 €, avec les intérêts légaux à partir du 16 janvier 2002 jusqu'au 21 décembre 2005 ;

- condamne la société **SOC2.)** s.à r.l. à payer ce montant, avec les intérêts légaux à partir du 22 décembre 2005 jusqu'à solde ;

avant tout autre progrès en cause,

charge l'expert Paul AMBROSINI, expert assermenté génie civil, demeurant à L-4003 Esch-sur-Alzette, B.P. 222, de la mission
de déterminer si la sous-construction de la toiture de la maison **A.)** a été endommagée, si elle doit être remplacée et le cas échéant de déterminer le coût des frais de réfection ;

ordonne à la société **SOC1.)** S.A. de consigner au plus tard le 25 février 2006 la somme de 1.500 € à titre de provision à valoir sur la rémunération de l'expert à la Caisse de Consignations ou à un établissement de crédit à convenir avec l'autre partie au litige et d'en justifier au greffe de la Cour, sous peine de poursuite de l'instance selon les dispositions de l'article 325 du Code de procédure civile;

charge Monsieur le premier conseiller Carlo HEYARD de l'exécution de la présente mesure d'instruction ;

dit que si les honoraires devaient dépasser le montant de la provision versée, l'expert devra en avertir ledit magistrat et ne continuer les opérations qu'après consignation d'une provision supplémentaire;

dit que l’expert devra déposer son rapport au greffe de la Cour le 15 mai 2006 au plus tard;

réserve le surplus et renvoie l’affaire devant le magistrat chargé de la mise en état.