Arrêt commercial

Audience publique du dix-sept juin deux mille neuf.

Numéro 32762 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Carlo HEYARD, premier conseiller;
Annette GANTREL, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

la société anonyme de droit luxembourgeois M. MUTSCH ET FILS S.A., *établie et ayant son siège social à L-9911 Troisvierges, Zone Industrielle, 22 rue de Drinklange, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 95811, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 6 juillet 2007,*

comparant par Maître Marianne GOEBEL, avocat à Luxembourg ;

e t :

1) la société en commandite simple de droit luxembourgeois CDC – COMPAGNIE DE CONSTRUCTION s.à r.l. & Cie s.e c.s., *établie et ayant son siège social à L-2562 Luxembourg, 2 Place de Strasbourg, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 16861, représentée par son associé commandité, la société à responsabilité limitée CDC – COMPAGNIE DE CONSTRUCTION s.à r.l., établie et ayant son siège social à L-2562 Luxembourg, 2 Place de Strasbourg, inscrite au registre de*

commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 16860, représentée par son gérant actuellement en fonctions,

2) la société anonyme de droit luxembourgeois SOLUDEC S.A., *établie et ayant son siège social à L-1724 Luxembourg, 3b boulevard Prince Henri, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 4473, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du prédit exploit BIEL,*

sub 1) et 2) comparant par Maître Marc KERGER, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

La société CDC - COMPAGNIE DE CONSTRUCTION s.à r.l. & Cie s.e c.s. et la société SOLUDEC S.A. s'étaient constituées en association momentanée en vue de l'exécution, pour le compte de la Ville de **X.)**, des travaux d'agrandissement et de transformation de la patinoire à **Y.)**.

Les travaux relatifs à la toiture avaient été sous-traités à la société M. MUTSCH ET FILS S.A..

Le complexe de toiture à poser par la société M. MUTSCH ET FILS S.A. était composé successivement par un support constitué de tôles métalliques, une membrane pare-vapeur autocollante, une isolation en verre cellulaire constituée de panneaux Foamglas, une membrane d'étanchéité et une couverture en zinc.

Reprochant à la société M. MUTSCH ET FILS S.A. de ne pas avoir travaillé suivant les règles de l'art, les sociétés CDC - COMPAGNIE DE CONSTRUCTION s.à r.l. & Cie s.e c.s. et SOLUDEC S.A., après avoir résilié le contrat, ont, par exploit d'huissier du 19 mai 2005, fait donner assignation à la société M. MUTSCH ET FILS S.A. à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour, pour autant que de besoin, se voir dire que le contrat conclu entre parties est résolu et pour s'entendre condamner à leur payer le montant de 178.080 € HTVA, augmenté des intérêts légaux.

Critiquant la régularité de la résiliation du contrat en cause, la société M. MUTSCH ET FILS S.A. a, à son tour, assigné, par exploit d'huissier du 29 juin 2005 les sociétés CDC - COMPAGNIE DE CONSTRUCTION s.à r.l. & Cie s.e c.s. et SOLUDEC S.A. à comparaître devant le même

tribunal pour s'entendre condamner solidairement, sinon in solidum, sinon chacune pour le tout, à lui payer, à titre de factures échues et de dommages et intérêts pour résiliation abusive du contrat le montant total de 460.850,36 €, avec les intérêts légaux sur la somme réclamée à titre de factures impayées à partir de la date desdites factures, sinon à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde.

Par jugement du 22 mars 2007, le tribunal, après avoir joint les deux demandes, a déclaré la demande des sociétés CDC COMPAGNIE DE CONSTRUCTION s.à r.l. & CIE s.e c.s. et SOLUDEC S.A., réduite au montant de 166.435,36 €, fondée pour ce montant et a condamné la société M. MUTSCH ET FILS S.A. à payer solidairement aux sociétés CDC COMPAGNIE DE CONSTRUCTION s.à r.l. & CIE s.e c.s. et SOLUDEC S.A. la somme de 166.435,36 €, avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice du 19 mai 2005 jusqu'à solde.

Il a en outre condamné la société M. MUTSCH ET FILS S.A. à payer solidairement aux sociétés CDC COMPAGNIE DE CONSTRUCTION s.à r.l. & CIE s.e c.s. et SOLUDEC S.A. à titre d'indemnité de procédure la somme de 1.500 €.

Il a déclaré non fondées les demandes de la société M. MUTSCH ET FILS S.A. en paiement du montant de 460.850,36 € et en paiement d'une indemnité de procédure.

Il a finalement condamné la société M. MUTSCH ET FILS S.A. aux frais et dépens de l'instance.

Pour déclarer la demande des sociétés CDC COMPAGNIE DE CONSTRUCTION s.à r.l. & CIE s.e c.s. et SOLUDEC S.A. en paiement du montant de 166.435,36 € (factures diverses relatives aux travaux malfaits pour 122.607,36 € et pénalités de retard pour 43.828 €) fondée, le tribunal a dit :

que la société M. MUTSCH ET FILS S.A. était liée par la clause de résiliation des conditions générales de la société SOLUDEC S.A. formulée en les termes suivants :

« 16.1. Outre ce qui est stipulé au Code Civil et les cas prévus aux articles 4.1 et 10.4 des présentes Conditions Générales, les cas suivants sont considérés comme motifs de résiliation :

…..

b) Si les travaux sont exécutés contrairement aux règles de l'art et/ou si leur qualité ne répond pas à ce qui a été convenu ;

…..

Dans chaque cas où il existe un motif légal ou conventionnel de résiliation, celui-ci sera notifié au « Sous-Traitant » par lettre recommandée contenant mise en demeure d'avoir à y remédier. La résiliation prendra effet 4 jours ouvrables après la mise en demeure restée infructueuse, sans autre formalité ou notification, auxquelles il est expressément renoncé » ;

- que les parties peuvent se ménager conventionnellement la faculté de résolution ou de résiliation unilatérale en cas de manquement à ses obligations par une des parties ; que cette faculté est cependant soumise au contrôle du juge et que son exercice fautif peut donner lieu à l'allocation de dommages et intérêts ;

- qu'il ressort des rapports SECOLUX que les travaux d'installation de la membrane pare-vapeur et des panneaux Foamglass n'ont pas été exécutés conformément aux règles de l'art, définies par des normes techniques faisant partie du contrat ;

- que cette non-exécution conforme aux règles de l'art est en ce qui concerne les panneaux Foamglass confirmée par les rapports de visite établis par le représentant du fabricant des panneaux ;

- que l'obligation à charge de l'entrepreneur de réaliser un ouvrage exempt de vices est de résultat et que l'entrepreneur a encore l'obligation d'exécuter les travaux conformément aux prescriptions techniques applicables et aux cahiers de charges contractuels et qu'il ne peut introduire des variantes ;

- qu'aucun accord valable quant à la réfection des dégâts ne s'est formé ;

- que comme le maître d'ouvrage a le droit d'exiger que le travail soit exécuté conformément aux fiches techniques, respectivement aux procédés convenus et que comme la société M. MUTSCH ET FILS S.A. a refusé de refaire les travaux en respectant ceux-ci, les sociétés CDC COMPAGNIE DE CONSTRUCTION s.à r.l. & CIE s.e c.s. et SOLUDEC S.A. étaient en droit de résilier unilatéralement, après mise en demeure restée infructueuse, en vertu de l'article 16.1. des conditions générales de la société SOLUDEC S.A., le contrat en cause ; qu'il s'y ajoute qu'il n'est pas établi que les mesures préconisées par l'expert ISTAAS auraient été suffisantes pour remédier aux malfaçons constatées, le bureau SECOLUX estimant dans son rapport du 15 mars 2005 le contraire en concluant qu' *« une réfection de la couche d'isolant, à partir de la situation actuelle, ne permettra pas de retrouver les performances d'un complexe de toiture posé totalement selon les règles de l'art et les descriptifs techniques des matériaux mis en œuvre »*.

- qu'en raison des fautes commises par la société M. MUTSCH ET FILS S.A. dans l'exécution des travaux lui confiés ayant conduit à la résiliation du contrat en cause, la société M. MUTSCH ET FILS S.A. doit indemnisation pour les travaux d'enlèvement de la toiture non conforme et pour les dégâts causés par les infiltrations d'eau et de bitume et qu'elle doit payer des indemnités de retard.

Pour rejeter la demande de la société M. MUTSCH ET FILS S.A. en paiement de ses factures et de dommages-intérêts, le tribunal a motivé sa demande de la façon suivante :

Comme les travaux réalisés par la société M. MUTSCH ET FILS S.A. n'ont pas été utiles mais qu'ils ont dû être refaits, celle-ci n'est pas fondée à réclamer un quelconque paiement. De même ses demandes relatives à son manque à gagner en raison de la résiliation du contrat, aux pertes subies en raison de la revente du matériel déjà livré, aux frais en rapport avec l'expertise qu'elle a fait faire et au montant réclamé à titre de dommages et intérêts pour perte de renommée, sont à rejeter, alors qu'elle est elle-même, en raison de la mauvaise qualité du travail effectué, à l'origine de ces dommages.

Par exploit d'huissier du 6 juillet 2007, la société M. MUTSCH ET FILS S.A. a relevé appel du jugement du 21 mars 2007.

L'appel est recevable pour avoir été introduit dans les formes et délai de la loi.

La société M. MUTSCH ET FILS S.A. demande à la Cour de débouter les parties adverses de leurs demandes et de lui allouer du chef des travaux exécutés le montant de 260.850,36 €, avec les intérêts légaux à partir de la date des factures, sinon à partir de la demande en justice jusqu'à solde, et le montant de 200.000 € à titre de dommages-intérêts.

Pour dire que la résiliation a été abusive, la société M. MUTSCH ET FILS S.A. se prévaut d'abord de l'existence d'un accord novatoire intervenu en date du 15 février 2005 en vertu duquel les parties au litige auraient été d'accord à faire procéder aux travaux de réfection tel que préconisés par l'expert ISTAAS qu'elle s'était adjoint.

Pour le cas où l'existence de cet accord ne serait pas établie, la société M. MUTSCH ET FILS S.A. conteste, sauf en ce qui concerne la membrane pare-vapeur, l'existence de manquements aux règles de l'art.

Elle demande à voir écarter les différents rapports SECOLUX invoquées par les parties adverses pour n'avoir pas de caractère contradictoire.

Dans la mesure où il y aurait eu manquements aux règles de l'art, elle conteste, pour certains d'entre eux, que ceux-ci lui aient été imputables ou qu'ils aient eu une incidence.

Elle prétend par ailleurs que l'incidence n'aurait existé qu'à un stade des travaux donné et aurait disparu lors de la terminaison complète des travaux.

Elle ajoute qu'il aurait facilement pu être obvié à une éventuelle incidence des manquements aux règles de l'art par l'exécution des mesures de réfection préconisées par l'expert ISTAAS.

Dans le contexte de ses contestations, la société M. MUTSCH ET FILS S.A. avance plus précisément :

- que les imperfections au niveau de la membrane, membrane qui n'auraient en réalité pas de fonction pare-vapeur, auraient été sans conséquences, en ce qui concerne la perméabilité, une fois que les travaux de toiture auraient été entièrement terminés ;
- que les applications de bitume sur les plaques Foamglass auraient été correctes ;
- que des creux entre les plaques Foamglass et la membrane n'auraient pu se trouver que sur les bords de la toiture, où les travaux n'étaient pas encore terminés, endroit où aucune condensation ne pourrait se former ;
- que les désaffleurements au niveau des plaques Foamglass auraient disparu par l'application du glacis de bitume, application qu'elle aurait été empêchée de faire par les sociétés CDC COMPAGNIE DE CONSTRUCTION s.à r.l. & CIE s.e c.s. et SOLUDEC S.A. ;
- l'adhérence de la membrane aux tôles et l'adhérence des plaques Foamglass à la membrane aurait été assurées ;
- d'éventuelles infiltrations d'eau pendant la phase d'exécution auraient pu être redressées par des coupures à faire dans les plaques Foamglass, coupures qui auraient été remplies avec du bitume.

La société M. MUTSCH ET FILS S.A. reproche en outre aux sociétés CDC COMPAGNIE DE CONSTRUCTION s.à r.l. & CIE s.e c.s. et SOLUDEC S.A. la résiliation abusive du contrat pour avoir – dans le cadre de l'exigence de collaboration – manqué à l'obligation de renégocier le contrat, pour avoir résilié de mauvaise foi le contrat en l'absence de faute ou de manquement suffisamment grave de sa part et pour n'avoir pas observé les règles relatives à la faculté de remplacement.

Les sociétés CDC COMPAGNIE DE CONSTRUCTION s.à r.l. & CIE s.e c.s. et SOLUDEC S.A. demandent la confirmation du jugement entrepris. Elles contestent que l'accord novatoire dont se prévaut la société M. MUTSCH ET FILS S.A. existe. Elles considèrent comme établi, notamment sur base des rapports SECOLUX qu'elles qualifient de rapports contradictoires, que l'installation de la membrane pare-vapeur et des plaques Foamglass ne s'est pas faite conformément aux règles de l'art.

Elles sont d'avis que la société M. MUTSCH ET FILS S.A., débitrice d'une obligation de garantie, sinon de résultat, a dû respecter les règles de l'art, définies contractuellement, par les fiches techniques indiquant la façon de procéder, et que la société M. MUTSCH ET FILS S.A. n'a pu s'écarter, même de peu, de ces règles.

Elles estiment qu'en raison des manquements aux règles de l'art, elles étaient en vertu de la clause de résiliation de plein droit de l'article 16.1. des conditions générales de la société SOLUDEC S.A. en droit de résilier le contrat après mise en demeure restée infructueuse et ce sans recourir à une autorisation judiciaire préalable.

C'est à juste titre que les premiers juges ont admis qu'il n'y avait pas d'accord entre parties de faire procéder aux travaux de réfection tels que préconisés par l'expert ISTAAS.

Il résulte en effet du courrier de l'expert ISTAAS du 25 février 2005 à la société M. MUTSCH ET FILS S.A., courrier dont la société M. MUTSCH ET FILS S.A. se prévaut pour établir l'existence de l'accord, que la réalisation des travaux préconisés était de toute façon subordonnée à l'accord de la Ville de **X.)**.

Or il ressort d'une lettre du 23 février 2005 adressée par l'association momentanée à la société M. MUTSCH ET FILS S.A. et mettant celle-ci en demeure d'enlever les travaux défectueux et d'une lettre de la Ville de **X.)** du 2 mars 2005, lettre dans laquelle la Ville de **X.)** insiste sur l'exécution des travaux conformément aux normes convenues et qui a été transmise le 8 mars 2005 par l'association momentanée à la société M. MUTSCH ET FILS S.A., que cet accord n'a pas été donné.

L'offre de preuve de la société M. MUTSCH ET FILS S.A. tendant à établir l'existence de l'accord (point 8 de l'offre de preuve par témoins) est partant à déclarer irrecevable pour être d'ores et déjà contredite.

Pour faire écarter les rapports de la société SECOLUX, la société M. MUTSCH ET FILS S.A. avance que l'expert a été nommé unilatéralement et que les constats à la base des rapports ont été faits en dehors de sa présence.

Il ressort du rapport GP/001 de la société SECOLUX qu'elle avait été mandatée par l'association momentanée de l'accord de la société M. MUTSCH ET FILS S.A..

L'expert n'a donc pas été nommé unilatéralement.

Aurait-il même été nommé unilatéralement, il n'en reste pas moins qu'il ressort des rapports GP/001 et GP/002 que la société M. MUTSCH ET FILS S.A. était représentée lors des opérations sur place sur lesquelles les rapports GP/001 et GP/002 se sont basés.

Les rapports GP/001 et GP/002 ont donc un caractère contradictoire.

Le caractère contradictoire des rapports étant établi, l'offre de preuve par témoins (point 1) et par expertise (point 4) est partant à déclarer irrecevable pour n'être pas pertinente.

Il se dégage de ces rapports GP/001 et GP/002, des rapports de chantier du fabricant des plaques Foamglass et du constat de l'huissier TAPELLA du 18 mars 2005 :

- que la membrane pare-vapeur a été posée perpendiculairement alors que selon les exigences du fabricant elle aurait dû être posée dans le sens des ondes de sorte que le recouvrement longitudinal soit positionné sur le plat des ondes des tôles profilées de telle façon que l'on puisse bien les comprimer ;
- que la membrane posée présente de nombreuses ondulations défavorables à une pose optimale de l'isolant et de nombreux défauts de collage au droit du recouvrement des lés de sorte que la continuité de la membrane n'était pas assurée ce qui a donné lieu à des infiltrations d'eau et de bitume vers l'intérieur de la patinoire ;
- que les plaques Foamglass, qui doivent être collées au support par trempage préalable d'une face et de deux côtés adjacents d'une plaque dans un bain de bitume, ont été trop faiblement enduites de bitume de sorte qu'il y a eu, en plusieurs endroits, entre les plaques Foamglass et la membrane, présentant des ondulations, des creux importants permettant le passage d'un doigt et qui s'étaient remplis de glace ;
- que les panneaux de Foamglass n'ont pas été posés bien jointifs alors que les joints entre plaques devaient être aussi étroits que possible ;
- que les panneaux de Foamglass ont présenté des désaffleurements ;
- que des plaques de Foamglass, qui – en vue d'empêcher que de l'humidité emprisonnée entre le Foamglass et la membrane ne produise des boursouflures – devaient être protégées de l'humidité, ont été stockées sans être recouvertes de bâches et n'ont, après avoir été installées, pas été recouvertes dans un bref délai d'un glacis de bitume.

Compte tenu des manquements aux règles de l'art établis, l'offre de preuve de la société M. MUTSCH ET FILS S.A., dans la mesure où elle tend à établir qu'il n'y a pas de tels manquements (points 4, 6 et 9 de l'offre de preuve par témoins et offre de preuve par témoins des conclusions notifiées le 14 avril 2008), est à déclarer irrecevable pour être contredite.

Suivant le dernier état des conclusions, la société M. MUTSCH ET FILS S.A. ne conteste plus que la clause de résiliation de l'article 16.1. des conditions générales de la société SOLUDEC S.A. lui soit opposable.

Une clause résolutoire que les parties à une convention sont libres de stipuler est une clause par laquelle les parties conviennent lors de la formation du contrat qu'il sera mis fin de plein droit au contrat en cas d'inexécution de ses engagements par une des parties.

Dès lors que sont réunies les conditions prévues à la clause, il est mis de plein droit fin au contrat sans qu'il soit nécessaire que le créancier intente une action en justice.

Les juges n'exercent, en matière de clauses résolutoires, qu'un contrôle a posteriori sur les conditions de mise en œuvre de ses stipulations ; ils ne mettent pas eux-mêmes fin au contrat mais vérifient que les conditions de mise en œuvre de la clause résolutoire sont réunies.

Les clauses résolutoires n'étant pas régies par des dispositions générales, il n'existe pas en ce domaine de pouvoir modérateur du juge.

Les juges font en principe une application rigoureuse des clauses résolutoires. Ils ne peuvent apprécier si l'infraction retenue présente un caractère de gravité suffisant.

Cependant, les clauses résolutoires étant soumises au principe de l'exécution de bonne foi formulée par l'article 1134, alinéa 3 du code civil, le débiteur peut écarter le jeu d'une clause résolutoire lorsque le créancier qui en invoque le bénéfice n'est pas de bonne foi.

La résolution de plein droit par application d'une clause résolutoire n'est pas nécessairement totale ; les parties peuvent, comme elles l'ont fait en l'espèce, en ayant recours à la notion de résiliation, notion qui désigne traditionnellement l'anéantissement du contrat pour l'avenir, restreindre l'étendue de la sanction de l'inexécution du contrat.

Il a été convenu entre la Ville de **X.)** et l'association momentanée que le pouvoir adjudicataire n'envisage pas différentes possibilités d'exécution pour une ou plusieurs positions du bordereau.

Il n'a pas été contesté que les conditions générales, auxquelles il est renvoyé dans le bon de commande de l'association momentanée du 20 septembre 2004, signé par la société M. MUTSCH ET FILS S.A., disent dans leur article 61 que *le sous-traitant,* (la partie M. MUTSCH ET FILS S.A.), *déclare connaître et accepter les charges et obligations imposées au donneur d'ordre* (l'association momentanée) *dans la mesure où il a trait à l'exécution des travaux qui font l'objet de la présente commande.*

La société M. MUTSCH ET FILS S.A. a donc accepté que les travaux ne pouvaient être exécutés que de la manière convenue.

Il ressort du devis de la société M. MUTSCH ET FILS S.A. du 20 janvier 2004, qui n'a pu se faire que sur base du bordereau de soumission de la Ville de **X.)**, et du bon de commande du 20 septembre 2004, signé par la société M. MUTSCH ET FILS S.A. et qui se réfère aux notes et documents techniques à respecter, que la société M. MUTSCH ET FILS S.A. s'est engagée à exécuter les travaux conformément aux règles de l'art définies par les fabricants des matériaux mis en œuvre.

Les manquements aux règles de l'art commis relativement à l'installation de la membrane pare-vapeur et des plaques Foamglass et ci-avant retracés constituent des manquements aux règles de l'art qui ont autorisé l'association momentanée, qui a procédé par l'intermédiaire de son mandataire à une mise en demeure en date du 1er avril 2004, mise en demeure restée infructueuse, à résilier, conformément à la clause de l'article 16.1. de la société SOLUDEC S.A., le contrat sans recourir à l'intervention de la justice.

Etant donné que l'observation des règles de l'art édictées par les fabricants a sa raison d'être et que la société M. MUTSCH ET FILS S.A. s'était conventionnellement engagée, par une obligation de résultat, d'exécuter les travaux conformément à ces seules règles, l'association momentanée n'a pas agi de mauvaise foi en exigeant que les travaux soient refaits conformément aux règles de l'art contractuellement définies et en refusant la méthode de réfection préconisée par l'expert ISTAAS, méthode de réfection qui a d'ailleurs suscité les interrogations et les doutes de la société SECOLUX S.A..

La question de savoir si les méthodes de redressement de l'expert ISTAAS ont été adéquates est par conséquent sans pertinence et le point 5 de l'offre de preuve par témoins est donc à déclarer irrecevable.

Existerait-il même une obligation de renégocier un contrat, elle ne serait, en l'absence de mauvaise foi de l'association momentanée, de toute façon pas donnée en l'occurrence.

La résiliation étant valablement intervenue en vertu de la clause de l'article 16.1. des conditions générales de la société SOLUDEC S.A., il n'y a pas lieu d'examiner si les conditions de la faculté de remplacement – faculté qui ne s'exerce qu'en dehors de l'hypothèse d'une résiliation en vertu d'une clause résolutoire – étaient remplies.

Puisque les manquements aux règles de l'art ci-avant décrits ont permis la résiliation unilatérale, il est sans pertinence d'examiner l'argumentation de la société M. MUTSCH ET FILS S.A. développée à propos des manquements aux règles de l'art et notamment la question de l'adhérence de la membrane et des plaques Foamglass.

Les points 2, 3 et 7 de l'offre de preuve par témoins et les points 1, 2, 3, 5 et 6 de l'offre de preuve par expertise sont partant à déclarer irrecevables pour n'être pas pertinentes.

La résiliation unilatérale étant intervenue à bon droit et n'ayant donc pas eu de caractère abusif, les premiers juges ont à juste titre débouté la société M. MUTSCH ET FILS S.A. de sa demande en dommages-intérêts portant sur le montant de 200.000 € et déduite du caractère fautif de la résiliation.

C’est également à bon droit que les premiers juges ont admis qu’en raison des fautes commises par la société M. MUTSCH ET FILS S.A. à l’origine de la résiliation, la société M. MUTSCH ET FILS S.A. doit à titre de dommages-intérêts les frais d’enlèvement des travaux de toiture non conformes aux règles de l’art et les frais de réfection ayant dû être engagés en raison des infiltrations d’eau et de bitume.

La société M. MUTSCH ET FILS S.A. conteste en son quantum le montant de 122.607 € lui réclamé du chef du préjudice subi par les sociétés CDC COMPAGNIE DE CONSTRUCTION s.à r.l. & CIE s.e c.s. et SOLUDEC S.A..

La société M. MUTSCH ET FILS S.A. émet des contestations plus précises en ce qui concerne certains postes du préjudice réclamé.

Il y a lieu de passer ces contestations en revue.

Elle objecte que fait double emploi le montant de 6.645,98 € lui réclamé dans le contexte des frais de réfection de la construction en bois supportant la toiture et abîmée par des infiltrations d’eau.

Ce montant n’est pas à allouer. Il n’a pas fait l’objet d’une facture émise par une entreprise de peinture et ne figure que comme ajout manuscrit sur une lettre des architectes à l’association momentanée.

Les contestations de la société M. MUTSCH ET FILS S.A. quant à l’utilité des murs californiens sont à rejeter, les explications fournies par l’association momentanée quant aux fonctions de fixation et de contre-poids pour l’immense bâche utilisée pour protéger la patinoire paraissant convaincantes à la Cour.

La société M. MUTSCH ET FILS S.A. n’a pas fourni à la Cour des éléments de preuve de nature à établir le caractère exorbitant du coût de la location de la bâche et des frais d’enlèvement de la toiture.

Pour ce qui est des filets de protection, la pièce versée par la société M. MUTSCH ET FILS S.A. n’est, alors qu’elle ne permet pas de se prononcer sur la durée de la location envisagée, pas de nature à établir le caractère exorbitant du prix mis en compte dans la facture adressée à l’association momentanée.

Le prix réclamé de 9.965,05 € est cependant à réduire à 4.982,93 €, l’exemplaire de la facture versé par l’association momentanée portant une note de correction manuscrite réduisant le prix à 4.982,93 €.

Contrairement à l’allégation de la société M. MUTSCH ET FILS S.A. les notes d’honoraires (pièce n°s 4 et 5 de la farde de Maître KERGER) ne font pas double emploi mais réclament deux tranches différentes d’un même montant forfaitaire.

Il n'a pas été réclamé à la société M. MUTSCH ET FILS S.A. paiement de ses propres tôles. Il ressort en effet de la facture émise par la société ETANCHEITE S.A. (pièce n° 31 de la farde de Maître KERGER) que ce qui a été mis en compte ont été les seuls prix des travaux de remplacement des tôles par des tôles de la société M. MUTSCH ET FILS S.A. et non les prix des tôles de la société M. MUTSCH ET FILS S.A..

Il résulte des développements qui précèdent que sur base des pièces versées par l'association momentanée le montant devant revenir aux sociétés CDC COMPAGNIE DE CONSTRUCTION s.à r.l. & CIE s.e c.s. et SOLUDEC S.A. s'élève non à 122.607,36 €, mais à 122.607,36 – 6.645,98 – (9.965,05 – 4.982,93) = 110.979,26 €.

Dès lors que le créancier de dommages-intérêts a droit à la réparation intégrale de son préjudice, le montant de 110.979,26 € ne saurait être diminué pour le cas, invoqué en ordre subsidiaire par la société M. MUTSCH ET FILS S.A., où le montant des travaux à exécuter à l'origine par la société M. MUTSCH ET FILS S.A. serait inférieur au montant des dommages-intérêts dus en raison du caractère fautif des travaux.

C'est à juste titre que les premiers juges ont refusé à la société M. MUTSCH ET FILS S.A. le paiement des travaux qui ont dû être refaits. L'obligation de payer de l'association momentanée n'a en effet en ce qui concerne ces travaux pas de cause.

Il ressort cependant clairement des pièces versées (cf. inventaire par l'association momentanée des travaux de réfection exécutés par la société ETANCHEITE S.A. et facture de la société ETANCHEITE S.A. du 26 mars 2005 figurant dans la 4ème farde de Maître KERGER ; facture de la société ETANCHEITE S.A. du 28 avril 2005 figurant dans la 2ème farde de Maître KERGER) que les tôles nervurées en acier galvanisé, ayant, suivant facture n° 2560184 du 25 avril 2005 de la société M. MUTSCH ET FILS S.A., été mises en compte pour un montant de 50.274 – 3 % (remise) + 15 % T.V.A. = 56.080,64 €, n'ont pas été enlevées et ont fait l'objet de réparations mineures mises en compte à la société M. MUTSCH ET FILS S.A. par l'association momentanée.

Le montant de 56.080,64 € est donc dû à la société M. MUTSCH ET FILS S.A..

Sur le montant de 56.080,64 € les intérêts légaux sont à allouer à partir de la demande en justice du 29 juin 2005, les éléments, qui auraient permis sur base de la loi du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard de faire courir les intérêts à partir d'une date antérieure à la demande en justice, n'étant pas établis.

Les autres montants réclamés par la société M. MUTSCH ET FILS S.A. dans la facture n° 2560184 du 25 avril 2005 ne sont pas dus par l'association momentanée dès lors qu'ils portent sur des travaux qui ont été de nouveau enlevés et refaits. Ne sont pas non plus dus par l'association momentanée les montants réclamés par la société M. MUTSCH ET FILS S.A. dans ses factures n°s 2560185 et 2560183 du 25 avril 2005. Ces factures procèdent à des révisions des prix exclues par les stipulations contractuelles ou portent sur des prestations dont le lien avec les tôles nervurées n'est pas établi.

L'association momentanée réclame à titre de pénalités de retard un montant de 43.828 €, soit 10 % du montant du marché.

Le contrat entre parties a fixé le début des travaux au 11 octobre 2004 et la fin des travaux au 28 janvier 2004.

Il était prévu un montant de *« 10 % du marché/jour calendrier »* à titre de pénalités sur délai global.

La société M. MUTSCH ET FILS S.A. n'a pas contesté que les notions de *« délai global »* et de *« fin travaux »* coïncident.

Pour dire que la pénalité de retard de 10 % du marché n'est pas due la société M. MUTSCH ET FILS S.A. objecte que les conditions climatiques des mois de décembre 2004 à février 2005 n'ont pas permis l'exécution des travaux et que l'association momentanée lui a interdit l'accès au chantier.

A défaut de stipulations conventionnelles en sens contraire, non existantes en l'occurrence, seules des conditions climatique revêtant le caractère de force majeure auraient dispensé la société M. MUTSCH ET FILS S.A. du respect du délai de finition du 28 janvier 2005.

Les relevés de température et d'intempéries des mois de décembre 2004 et de janvier 2005, versés par la société M. MUTSCH ET FILS S.A., renseignent des baisses de températures et des intempéries qui ni par leur durée, ni par leur intensité diffèrent de ce à qu'on doit s'attendre au mois de décembre et de janvier.

La société M. MUTSCH ET FILS S.A. ne peut partant pas se prévaloir des conditions climatiques qui n'ont pas revêtu le caractère de la force majeure.

Elle ne peut pas non plus se prévaloir d'une interdiction d'accès au chantier, alors qu'une telle interdiction, aurait-elle existé, aurait pris son origine dans l'exécution fautive des travaux par la société M. MUTSCH ET FILS S.A. et dans son refus d'y obvier en refusant de refaire les travaux non conformes aux règles de l'art. Il résulte des développements qui précèdent que la société M. MUTSCH ET FILS S.A., qui n'a pas respecté le délai du 28 janvier 2004, doit aux sociétés

CDC COMPAGNIE DE CONSTRUCTION s.à r.l. & CIE s.e c.s. et SOLUDEC S.A., à côté du montant de 110.979,26 €, encore le montant de 43.828 € à titre de pénalités de retard.

Les pénalités de retard étant dues, l'offre de preuve de la société M. MUTSCH ET FILS S.A. relative aux pénalités de retard est à déclarer irrecevable pour n'être pas pertinente.

Dès lors que l'association momentanée n'a pas dû payer les travaux non conformes aux règles de l'art et qu'elle a droit à titre de dommages-intérêts aux frais d'enlèvement des travaux mal exécutés et aux frais des travaux nécessaires pour remédier aux dommages causés par les travaux mal exécutés, l'association momentanée n'est pas fondée à réclamer, dans un ordre subsidiaire, sur base de la responsabilité contractuelle, des montants allant au-delà du montant de 110.979,26 € et représentant l'ensemble des montants payés pour la toiture à un nouveau sous-traitant.

Il se dégage de la motivation qui précède que l'appel de la société M. MUTSCH ET FILS S.A. est partiellement fondé.

Au regard de l'issue de l'instance d'appel, il ne paraît pas inéquitable de laisser à charge des parties les frais irrépétibles de l'instance d'appel.

Les parties sont par conséquent à débouter de leurs demandes en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS :

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

déclare l'appel de la société M. MUTSCH ET FILS S.A. recevable ;

déclare irrecevables les offres de preuve de la société M. MUTSCH ET FILS S.A. ;

déclare l'appel de la société M. MUTSCH ET FILS S.A. partiellement fondé ;

réformant :

déclare la demande des sociétés CDC COMPAGNIE DE CONSTRUCTION s.à r.l. & CIE s.e c.s. et SOLUDEC S.A. fondée pour un montant de 110.979,26 + 43.828 = 154.807,26 € ;

condamne la société M. MUTSCH ET FILS S.A. à payer aux sociétés CDC COMPAGNIE DE CONSTRUCTION s.à r.l. & CIE s.e c.s. et SOLUDEC S.A., créancières solidaires, le montant de 154.807,26 € avec les intérêts légaux à partir du 19 mai 2005 jusqu'à solde ;

déclare la demande de la société M. MUTSCH ET FILS S.A. fondée pour un montant de 56.080,64 € ;

condamne les sociétés CDC COMPAGNIE DE CONSTRUCTION s.à r.l. & CIE s.e c.s. et SOLUDEC S.A. solidairement à payer à la société M. MUTSCH ET FILS S.A. le montant de 56.080,64 €, avec les intérêts légaux à partir du 29 juin 2005 jusqu'à solde ;

confirme le jugement entrepris pour le surplus ;

fait masse des frais et dépens de l'instance d'appel et les met pour 1/3 à charge des sociétés CDC COMPAGNIE DE CONSTRUCTION s.à r.l. & CIE s.e c.s. et SOLUDEC S.A., tenues solidairement, et pour 2/3 à charge de la société M. MUTSCH ET FILS S.A. et en ordonne la distraction au profit de Maître Marc KERGER et de Maître Marianne GOEBEL, avocats à la Cour concluants qui la demandent, affirmant avoir fait l'avance des frais et dépens.