Arrêt commercial

Audience publique du vingt-huit octobre deux mille neuf.

Numéro 33231 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 AAA, *établie et ayant son siège social à UUU, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Tom NILLES d'Esch-sur-Alzette du 3 mai 2007,*

comparant par Maître François CAUTAERTS, avocat à Luxembourg ;

e t

la société anonyme BBB, *établie et ayant son siège social à VVV, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du prédit exploit NILLES,*

comparant par Maître Alain RUKAVINA, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Au courant du mois de novembre 2004 la société BBB a effectué pour le compte de la société AAA des travaux de terrassement sur un terrain situé à WWW sur lequel la société AAA devait construire un bâtiment administratif avec hangar pour la société CCC.

Par exploit d'huissier du 20 décembre 2005, la société BBB a assigné la société AAA devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, en paiement du montant de 236.539,48 € représentant, après paiement d'une provision de 93.620,79 €, le solde restant dû sur sa facture finale.

Elle a réclamé les intérêts à partir de 30 jours après réception de la facture comme prévu par l'article 9 du procès-verbal de négociation et par les dispositions de la loi du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard, c'est-à-dire à partir du 30 janvier 2005, sinon à partir du 16 février 2005, sinon à partir de la demande en justice jusqu'à solde.

Dans son jugement du 15 février 2007 le tribunal a retenu que la société AAA ne peut pas se prévaloir de la différence entre les quantités de terre du devis et les quantités de terre de la facture dès lors que la société BBB est restée étrangère à l'établissement du cahier des charges – œuvre de la société DDD – qui ne lui a été transmis qu'à titre de support pour son propre devis et qui a prévu des quantités de terre déterminées.

Le tribunal a sur base du rapport de la société EEE, qu'il a qualifié de rapport contradictoire, rejeté les contestations de la société AAA quant aux quantités de déblais classe 3-5 (position 1.2.2) – contestations qui portaient sur un volume de 18.323,80 – 17.764,40 = 559,4 m3 – et dit que les quantités de ces déblais s'élèvent bien à 18.323,80 m3.

Disant ne disposer d'aucun élément d'appréciation fiable pour déterminer avec certitude le volume de déblais classe 3-5 évacué (positions 1.2.5) vers des décharges, ou en d'autres termes le volume de déblais qui est resté sur place, le tribunal a institué une expertise en vue de déterminer ce volume.

Il a condamné la société AAA à payer à la société BBB la somme de 165.474,82 €, dont la somme de 125.000 € à titre de provision sur les frais d'évacuation de déblais classe 3-5 et la somme de 40.474,82 € à titre définitif, cette somme majorée des intérêts de retard au taux légal à partir du 30ième jour suivant la réception de la facture jusqu'à solde.

Par exploit d'huissier du 3 mai 2007 la société AAA a relevé appel du jugement du 15 février 2007.

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

Il ressort des pièces versées que la société DDD a assuré la direction du chantier pour compte de la société AAA et qu’elle a été mandataire de celle-ci (cf. à ce sujet notamment le procès-verbal de négociation du 14 octobre 2004.)

Le 29 septembre 2009 la société DDD avait établi un cahier des charges prévoyant, entre autres, des quantités de terre à terrasser déterminées.

Le 6 octobre 2004 la société BBB a fait une offre indiquant des prix unitaires pour les différentes quantités de terre indiquées dans le cahier des charges établi par la société DDD.

Le 14 octobre 2004 un procès-verbal de négociation a été établi entre les sociétés BBB et AAA, celle-ci représentée par la société DDD.

La société appelante se prévaut du fait que relativement à certains postes de la facture les quantités lui mises en compte excèdent de loin les quantités du devis de la société BBB.

Ainsi elle fait valoir que par rapport aux quantités fixées dans le cahier des charges, les augmentations de quantités représentent les augmentations suivantes :

déblais classe 3-5 et stockage	x2,7
supplément pour roche	x10
supplément évacuation	x3,2

Elle estime que la société BBB aurait, en raison des pièces lui communiquées dès la fin du mois de septembre 2004, notamment du « geotechnischer Bericht - Juli 2004 » et d’un plan général en annexe du cahier des charges, été en mesure de déceler d’éventuelles erreurs dans le cahier des charges de la société DDD relatives aux quantités de terre et elle aurait dès le début du mois d’octobre 2004 dû lui signaler les erreurs et lui faire savoir que les quantités de terre et partant le prix dû dépasseraient de loin les quantités et le prix initialement prévus.

Elle n’aurait partant pas dû commencer les travaux avant d’avoir obtenu son accord quant au dépassement des quantités et du prix.

A supposer qu’elle n’ait pu s’apercevoir des erreurs du cahier des charges qu’en cours des travaux, quod non, elle aurait encore dû arrêter ceux-ci et ne continuer qu’après son accord.

Pour dire que la société BBB était obligée de lui signaler les erreurs affectant le cahier des charges, la société AAA se réfère à différents articles du cahier des charges, notamment aux articles 1.8.5. et 9.6..

Elle se réfère en outre à l'obligation de conseil et d'information de la société BBB.

Elle est d'avis que les manquements de la société BBB à ses obligations font qu'elle ne doit rien lui payer.

Dans un ordre subsidiaire, à supposer qu'elle doive payer, elle se porte demanderesse sur reconvention pour un montant de 207.107,82 € (montant représentant la différence entre le montant total de 330.160,28 € lui réclamé et le montant de 123.052,46 € approuvé par la société DDD) et demande que ce montant soit compensé avec le montant laissé à sa charge.

La société BBB conteste que les pièces dont se prévaut la société AAA lui aient permis de savoir quelles étaient les quantités exactes à terrasser. Se référant au point 14.1. du *« Calcul de l'offre négocié »* du procès-verbal de négociation du 14 octobre 2004, elle expose que les deux parties, professionnelles en la matière, étaient conscientes du fait qu'il leur était impossible au moment de la signature du procès-verbal de négociation le 14 octobre 2004 de déterminer la valeur globale du contrat, faute d'informations disponibles sur le volume des quantités, et qu'elles étaient d'accord à déterminer le volume des quantités par un métré.

Le point 14.1 du *« Calcul de l'offre négocié »* se réfère au montant de l'offre du 6 octobre 2004 de 100.366 €.

Au point 14.3 du *« Calcul de l'offre négocié »* la mention préimprimée *« Prix fixe forfaitaire »* a été rayée et la mention préimprimée *« Valeur contrat … Euro »* n'a pas reçu d'indication d'un montant mais s'est vu ajouter la mention manuscrite « métré ».

En ne reprenant pas au niveau de la mention *« Valeur contrat … Euro»* le montant de l'offre, montant qui a reposé sur les quantités chiffrées par la société DDD, les parties au procès-verbal de négociation ont implicitement reconnu que ces chiffres n'étaient plus d'actualité.

Etant toutes les deux professionnelles dans le domaine de la construction, la société AAA étant par ailleurs représentée et assistée par la société DDD, elles ont aussi implicitement reconnu que les quantités de terres à terrasser en vue de la réalisation de l'immeuble projetée n'étaient pas déterminables au vu des pièces à leur disposition.

En effet, s'il y avait eu possibilité de chiffrer les quantités au moment du procès-verbal de négociation les parties n'auraient pas manqué de ce faire et elles auraient pu déterminer la valeur du contrat au lieu de faire

suivre la mention *« Valeur contrat … Euro »* de la mention manuscrite « métré ».

Le « métré » est l'action de mesurer.

Le mesurage ne peut se faire qu'à la fin des travaux.

En optant pour le métré, les parties ont voulu laisser en suspens la question des quantités, partant aussi la question du prix global, qui dépend des quantités exécutées.

Puisque la détermination du prix global était tenue en suspens, il ne saurait être envisagé que la société BBB ait, en raison des quantités chiffrées par la société DDD et qui n'ont en rien correspondu aux quantités finalement mises en compte, dû signaler des erreurs à la société AAA affectant le cahier des charges de cette dernière ou dû arrêter les travaux.

Il s'avère partant également inutile de s'interroger sur la question de savoir si les articles du cahier invoqués par la société AAA ou si une obligation de conseil ou d'information entrent en jeu.

En ce qui concerne la facture finale, la société AAA conteste que les quantités de déblais classe 3-5 (position 1.2.2) s'élèvent à 18.323,80 m3.

Elle admet sur base des vérifications faites par la société DDD que ces quantités se sont élevées à 17.764,40 €.

Elle conteste avoir reçu la facture finale portant la date du 31 décembre 2004.

Elle dénie au rapport de la société EEE du 23 février 2005, rapport sur lequel la société BBB s'est basée pour établir la facture finale, tout caractère contradictoire au motif qu'elle était dans l'impossibilité de faire ses observations à défaut de communication du rapport.

Elle reproche à la société EEE son manque de neutralité.

Elle reproche par ailleurs au rapport de la société EEE qu'il n'est pas possible de ventiler le volume global des terres terrassées par rapport aux différents postes du cahier des charges et de la facture. Elle conteste les explications fournies par la société BBB sur l'origine des chiffres et les modes de calcul.

La facture finale, qui porte la date du 31 décembre 2004, est, comme il ressort de sa référence au rapport de la société EEE, postérieure à la date de ce rapport. Ceci n'est d'ailleurs pas autrement contesté par la société AAA.

Du moment que la société BBB ne se prévaut pas de la théorie de l'acceptation de sa facture finale par la société AAA, il est sans incidence que la société AAA n'ait pas reçu la facture finale – qui lui a été communiquée comme pièce – avant l'instance.

Il ressort d'une pièce intitulée *« Rapport d'intervention »* du 15 février 2005, rédigée par la société EEE et qui fait partie intégrante de son rapport, que la société DDD a assisté aux opérations de levé du 15 février 2005 et qu'elle a – quitte à ce que sa présence n'ait pas été de longue durée – donné des directives à la société EEE.

La société AAA a donc été à même de faire ses observations en cours d'élaboration du rapport et elle ne saurait partant dénier au rapport un caractère contradictoire. Rien ne l'a par ailleurs empêchée de faire des observations supplémentaires sur le rapport d'intervention du 15 février 2004, lui transmis le 16 février 2004, et sur le rapport final intégrant le rapport d'intervention.

En assistant par l'intermédiaire de la société DDD aux opérations du 15 février 2004, la société AAA s'est déclarée d'accord avec la personne de l'expert. Le rapport ne contient pas d'éléments qui permettraient de dire que l'expert se serait départi de son obligation de neutralité.

La société AAA n'est donc pas fondée à reprocher un manque de neutralité à la société EEE.

En tenant compte des mesurages effectués le 15 février 2005, la société EEE a d'après la méthode *« plan de base à la côte altimétrique z = 5,00 m »* chiffré le volume de l'ensemble des terres terrassées toutes catégories à 21.249.401 m3.

La méthode appliquée, qui n'a pas été critiquée spécialement par la société AAA, a été adéquate.

C'est à juste titre que la société BBB fait valoir que pour déterminer le volume de terrassement des déblais classe 3-5, volume qu'elle a chiffré à 18.323,80 m3, il faut porter en déduction de l'ensemble du volume des terres terrassées toutes catégories les volumes de terre végétale laissés sur place et évacués.

Les volumes portés en déduction, à savoir, 2.410,41 m3 de terre végétale évacuée et 500 m3 de terre végétale à stocker sur place, sont à considérer comme exacts alors que la société DDD a trouvé exact le volume de 2.410,41 m3 en date du 24 février 2005 et qu'elle n'a pas autrement critiqué le volume de 500 m3 de terre végétale laissé sur place.

Il suit de ce qui précède que les premiers juges ont à juste titre rejeté les contestations de la société AAA relatives à la position 1.2.2. portant

sur un montant H.T.V.A. de 32.799,60 € et tablant sur un volume de 18.323,80 m3.

L'expertise instituée par les premiers juges relativement au problème de l'évacuation vers des décharges des déblais classe 3-5 (position 1.2.5) a été entretemps terminée.

Invoquant l'article 1.5.8 du cahier des charges (*« le pouvoir adjudicateur a le droit de se faire soumettre tous les tickets de pesage, lettres de voitures et autres documents afin d'établir l'origine, la qualité et le poids des fournitures. Si l'entrepreneur refuse de présenter les pièces précitées, les paiements peuvent être suspendus jusqu'à présentation des pièces »)*, la société AAA fait valoir que la détermination des quantités des déblais classe 3-5 évacuées vers des décharges devrait être établie par tickets de pesage.

Elle fait en outre valoir que c'est à tort que le tribunal a chargé la société EEE d'une mission d'expertise judiciaire alors que cette société n'a pas l'indépendance et la neutralité suffisantes au regard de sa précédente intervention dans le litige.

Subsidiairement, la société AAA prétend que la société BBB était en mesure d'utiliser les déblais à son profit pour un recyclage et une utilisation sur d'autres chantiers et qu'il ne saurait être question de lui faire payer une mise en décharge non prouvée.

La société BBB réplique que l'article 1.5.8 est invoqué à tort par la partie adverse et qu'il a été conventionnellement arrêté que la détermination des quantités se ferait par métré.

Elle soutient que la société AAA est forclose à récuser la société EEE en tant qu'expert judiciaire et qu'en tout état de cause la récusation n'est pas fondée.

Elle demande à la Cour d'évoquer et d'entériner le rapport d'expertise judiciaire qui conclut à l'évacuation de l'ensemble des déblais classe 3-5.

Elle estime que la mise des terres évacuées sur des décharges publiques est prouvée sur base des attestations versées.

Elle dit que si la société AAA a insisté sur une évacuation pure et simple des déblais vers une décharge approuvée, aucune disposition du contrat ne s'est souciée du sort des déchets.

En prévoyant un métré au procès-verbal de négociation, métré prévu d'ailleurs dans le cahier des charges à l'article 1.5.9 intitulé « métrés » pour *« les poids, quantités et mesures ne se laissant pas établir facilement après l'exécution des travaux »*, les parties ont fait application de l'article 1.5.9 et ont exclu la détermination des quantités par pesage,

pesage qui est l'action de mesurer et qui est autre chose que l'action de peser.

Ne l'auraient-elles d'ailleurs pas fait, l'article 1.5.8 du cahier des charges n'aurait quand-même pas pu s'appliquer étant donné que cet article a trait aux fournitures, c'est-à-dire à ce qui est livré matériellement sur le chantier et non pas aux prestations exécutées sans ajout de matériaux nouveaux en provenance de l'entrepreneur.

Dans le cas d'appel les critiques élevées contre le choix d'un expert judiciaire ne sont que de simples protestations contre sa nomination et non une demande de récusation.

Tel étant le cas en l'espèce, les protestations de la société AAA contre la nomination de la société EEE ne s'inscrivent pas dans le cadre du délai de récusation de l'expert prévu par l'article 434 du N.C.P.C..

Ces protestations sont sans fondement.

L'intervention antérieure de la société EEE à propos de la détermination des quantités déblayées est de nature à augmenter sa qualification pour résoudre la question de l'évacuation des quantités déblayées en dehors du chantier et n'est en rien de nature à entamer sa neutralité et son indépendance.

La société AAA ne s'est pas opposée à la demande en évocation de la société BBB et n'a pas demandé le renvoi devant les premiers juges. La Cour considère dès lors qu'il y a accord des parties qu'elle évoque.

Il ressort des attestations versées par la société BBB qu'il y a eu évacuation des déblais classe 3-5 vers des décharges situées à XXX, YYY et ZZZ.

La société AAA, à qui incombe la charge de la preuve en vertu de l'article 1315 alinéa 2 du Code civil, n'a pas prouvé que les décharges n'étaient pas autorisées.

La circonstance – serait-elle établie – que la société BBB ait pu revaloriser certains déchets resterait sans incidence. Le prix unitaire convenu rémunère l'évacuation et la mise sur décharge et ne se préoccupe guère du sort ultérieur des déblais une fois mis sur la décharge.

La société EEE a dans son rapport du 14 décembre 2007 motivé de façon détaillée et convaincante sa conclusion *« qu'aucun matériaux n'a été laissé sur les lieux et que l'ensemble des 18.323,80 m3 ont été transportés hors du chantier.* »

Le rapport est partant à entériner et les contestations de la société AAA relatives à la position 1.2.5 sont à rejeter.

Il s'ensuit que la demande de la société BBB en paiement d'un solde de 236.539,48 € est fondée.

L'offre de preuve par expertise de la société AAA, formulée en ordre subsidiaire dans l'acte d'appel, est à déclarer irrecevable. Cette offre de preuve porte, d'un côté, sur la question non pertinente du dépassement de quantités initialement convenues et, d'un autre côté, sur la détermination de quantités d'ores et déjà établies.

La date de réception de la facture finale, à supposer encore qu'il y ait eu envoi de la facture, n'est pas déterminable. Les intérêts légaux sont partant à allouer à partir de l'assignation en justice du 20 décembre 2005.

Compte tenu de la condamnation au montant en principal de 165.474,82 €, qui est à confirmer, il y a lieu de condamner la société AAA en paiement d'un montant supplémentaire en principal de 236.539,48 – 165.474,82 = 71.064,66 €.

La société AAA, qui est à condamner aux frais et dépens, est à débouter de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure.

Il paraît inéquitable de laisser à charge de la société BBB les frais irrépétibles.

La Cour fixe ex aequo et bono à 2.000 € l'indemnité de procédure lui devant revenir de la part de la société AAA.

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 l'appel de la société AAA recevable ;

déclare l'appel non fondé,

confirme le jugement entrepris en ce qu'il a condamné la société AAA au paiement d'un montant en principal de 165.474,82 € ;

évoquant, condamne en outre la société AAA à payer à la société BBB un montant en principal de 71.064,66 € ;

condamne la société AAA à payer à la société BBB des intérêts légaux sur la somme de 236.539,48 € à partir du 20 décembre 2005 jusqu'à solde ;

déboute la société AAA de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure ;

déclare la demande de la société BBB en obtention d'une indemnité de procédure fondée pour un montant de 2.000 € ;

condamne la société AAA à payer à la société BBB une indemnité de procédure de 2.000 € ;

condamne la société AAA aux frais et dépens des deux instances, y compris les frais de l'expertise judiciaire d'un montant de 4.002 €.