Arrêt commercial

Audience publique du dix-huit novembre deux mille neuf.

Numéro 33997 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 Jean-Lou THILL de Luxembourg du 11 septembre 2008,*

comparant par Maître Marc KLEYR, avocat à Luxembourg ;

e t :

la société en commandite simple de droit allemand BBB, *établie et ayant son siège social à VVV, inscrite au registre de commerce près le Amtsgericht de WWW sous le numéro ……..., représentée par son associé commandité actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du prédit exploit THILL,*

comparant par Maître Guy LOESCH, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

La société anonyme AAA a été chargée par la Commune de FFF, dans le cadre du projet d'agrandissement de son école primaire, des travaux de couverture de la toiture en ardoises.

Après l'apparition de taches à ladite toiture, la Commune de FFF a, par exploit du 21 avril 2000, assigné la société AAA devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale.

Par exploit du 30 mai 2000, la société AAA, qui a exposé avoir acheté les ardoises utilisées auprès de la société BBB, a demandé à être tenue quitte et indemne de toute condamnation pouvant intervenir à son encontre dans le cadre de l'assignation principale du 21 avril 2000.

Pour ce qui est de la demande principale, le tribunal a, par jugement du 6 juillet 2001, condamné la société AAA à procéder à la réfection de certains éléments de la toiture.

Dans ce même jugement, le tribunal a, dans le cadre de la demande dirigée par la société AAA contre la société BBB, admis la société AAA à prouver par témoins que les travaux de couverture ont été exclusivement réalisés avec des ardoises fournies et livrées par la société BBB, et plus précisément avec des ardoises de la marque BBB-MMM, type SIN 650.

Par exploit d'huissier du 30 novembre 2001, la société AAA a relevé appel du jugement du 6 juillet 2001.

Dans son arrêt du 11 décembre 2002, la Cour d'appel a retenu que l'expert LUJA attribue l'origine des taches au fait que les ardoises … n'ont pas une bonne tenue dans le temps à cause de particules qui ne devraient pas s'y trouver « Pyrites » et « Marcassite (sulfure naturel en fer, qu'il n'y a donc pas de lien entre l'existence des taches et le fait que les ardoises proviennent d'une carrière plutôt que d'une autre et que le lien n'existe donc qu'avec la composition chimique et géologique de l'ardoise.

La Cour a retenu la responsabilité de la société AAA vis-à-vis de la Commune de FFF au motif que les taches affectant les ardoises, qui se sont dégradées avec le temps, constituent une anomalie qui nuit à l'apparence de la chose et sont partant à qualifier de vices cachés. Elle a nommé un expert aux fins de déterminer la surface d'ardoises à remplacer en vue d'assurer à la toiture un aspect uniforme.

Dans ce même arrêt, la Cour a déclaré irrecevable l'appel dans la mesure où il avait trait à la demande dirigée par la société AAA contre la société BBB.

Dans son rapport du 12 février 2005, l'expert Jean-Claude HENGEN a dit que pour avoir un aspect général uniforme de la toiture, toute la toiture doit être refaite et que les frais de réfection s'élèvent dans cette hypothèse à 89.309,13 €.

Suite au rapport de l'expert Jean-Claude HENGEN du 12 février 2005, la société AAA et la Commune de FFF ont trouvé un accord transactionnel lequel a été acté par un arrêt du 15 juin 2005 de la Cour d'appel et qui prévoit expressément que la société AAA se réserve tous droits et moyens, dus et actions contre la société BBB.

En vertu de cet accord transactionnel, la société AAA s'était engagée à procéder au remplacement intégral de la couverture. La Commune de FFF s'était engagée à payer à la société AAA la somme forfaitaire de 25.000 €.

Par jugement du 26 mai 2006, le tribunal a déclaré la demande de la société AAA dirigée contre la société BBB et portant sur le montant de 89.309,13 € sans objet au motif qu'aucune condamnation n'a été prononcée contre la société AAA eu égard à la transaction intervenue entre cette dernière et la Commune de FFF.

Par exploit d'huissier du 23 octobre 2006, la société AAA a relevé appel de ce jugement.

Par arrêt du 23 janvier 2008, la Cour d'appel a retenu qu'au regard de la nature de la demande principale tendant à la réparation en nature à effectuer par la société AAA, la demande en garantie de cette dernière tendant à se voir tenir quitte et indemne de toute condamnation constitue une demande en paiement, à titre de dommages-intérêts, des frais de réfection de la toiture, demande que la société AAA a, suite au rapport HENGEN, précisée en la chiffrant. La demande de la société AAA dirigée contre la société BBB n'étant, en raison du préjudice personnellement subi, pas indivisiblement liée à la demande principale de la Commune de FFF, la Cour d'appel a considéré, par réformation du jugement entrepris, que la société AAA resterait recevable à réclamer à la société BBB le montant de 89.309,13 €.

Par jugement du 4 juillet 2008, le tribunal a débouté la société AAA de sa demande en paiement du montant de 89.309,13 €, il a débouté les deux parties de leurs demandes en obtention d'une indemnité de procédure et il a condamné la société AAA aux frais et dépens de l'instance.

Pour débouter la société AAA de sa demande en paiement du montant de 89.309,13 €, le tribunal a donné la motivation suivante :

« Les différents témoins entendus lors de l'enquête sont tous au service de la partie demanderesse et ils ont affirmé que la société demanderesse s'approvisionnait exclusivement auprès de la société BBB et que le même numéro SIN d'ardoises a été posé sur le chantier de FFF.

Or il est d'ores et déjà acquis que cette dernière affirmation se trouve contredite par les faits de l'instance ainsi que les documents dont il résulte que des ardoises portant des numéros SIN différents ont été utilisées sur le chantier à FFF par la demanderesse.

Par ailleurs les témoins entendus dans le cadre de la contre-enquête ont formellement déposé que la société CCC s'approvisionnait également auprès d'autres fournisseurs.

Partant il résulte des aveux mêmes de la demanderesse ainsi que des enquêtes, et notamment des témoignages des Messieurs DDD et EEE que la société BBB n'était pas le seul fournisseur de la demanderesse qui, sur certains chantiers, faisait usage d'ardoises livrées par d'autres fournisseurs. Le défaut d'inscription de ces fournisseurs dans le grand-livre ne constitue pas la preuve que la demanderesse s'approvisionnait exclusivement auprès de la société BBB et les certificats de garantie émis par la société BBB ne constituent pas en eux-mêmes la preuve que sur le chantier de FFF seules les ardoises livrées par la société BBB avaient été utilisées. »

Le tribunal a sur base du rapport d'expertise JUNG constaté – constatation qui n'est pas contestée en appel – que la toiture était constituée d'ardoises de trois provenances espagnoles distinctes, à savoir des ardoises d'Aliste (SIN 440), des ardoises d'Alto Bierzo (SIN 650) et des ardoises de Penedo Rayado.

Le tribunal a admis que les ardoises SIN 440 et SIN 650 installées sur la toiture ont été livrées par la société BBB à la société AAA. Il a dit qu'il n'y a pas de preuve que les vices affectent uniquement ces ardoises et non les ardoises en provenance de la région de Penedo Rayado pour lesquelles il n'est pas établi qu'elles aient été livrées par la société BBB.

Par exploit d'huissier du 11 septembre 2008, la société AAA a relevé appel du jugement du 4 juillet 2008.

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

La société AAA demande que, par réformation du jugement entrepris, la société BBB soit condamnée à lui payer le montant de

89.309,13 € avec les intérêts légaux à partir du 18 janvier 2006 jusqu'à solde.

A l'appui de son appel, la société AAA expose que seules des ardoises BBB ont été posées et que la société BBB a volontairement ou involontairement mélangé des ardoises de provenances distinctes dans des palettes portant le même numéro SIN, c'est-à-dire la même indication de provenance.

La société AAA explique qu'à côté de la société BBB, qui a été en principe son seul fournisseur d'ardoises, son seul autre fournisseur était la société GGG, société de son groupe, qui fournit des ardoises spéciales et très chères qui ne sauraient être confondues avec des ardoises espagnoles. Elle explique en outre, qu'à de très rares exceptions, lorsque certains clients exigeaient une marque spéciale, et dans cette hypothèse seule, des quantités strictement nécessaires étaient commandées et livrées directement chez le client.

La société AAA entend prouver sa version des faits sur base des témoignages recueillis lors des enquête et contre-enquête, sur base des garanties fournies par la société BBB et sur base des données de son grand-livre des fournisseurs.

La société BBB reconnaît avoir livré en 1995/1996 des ardoises SIN 650 et SIN 440 à la société AAA. Elle dit avoir livré ses ardoises dans les entrepôts de la société AAA sans savoir au moment de la commande et de la livraison à quel chantier ces ardoises étaient destinées. Elle ajoute que le choix des ardoises pour un chantier déterminé a dépendu de la société AAA qui a alors transporté les ardoises de ses entrepôts au chantier. Elle avance que s'il y a eu mélange d'ardoises sur la toiture à FFF, ce mélange est imputable à la société AAA.

Elle admet que les ardoises SIN 650 posées sur la toiture à FFF sont des ardoises qu'elle a livrées à la société AAA. Elle dit qu'il est probable que les ardoises SIN 440 posées sur la toiture à FFF sont également des ardoises livrées par elle. Elle conteste qu'elle ait livré à la société AAA des ardoises en provenance de Penedo Rayado.

La société BBB conteste aussi avoir été le fournisseur exclusif de la société AAA en 1995/1996. A cet égard, elle se prévaut de l'aveu de la société AAA, des données du grand-livre fournisseurs de la société AAA et des dépositions des témoins de la contre-enquête.

Les témoins HHH, III, JJJ, KKK et LLL, entendus lors de l'enquête principale, ont tous unanimement attesté que pour le chantier précis de FFF seules des ardoises de la société BBB ont été utilisées.

Les témoins HHH et NNN ont précisé que les palettes d'ardoises ont porté la dénomination BBB.

Les témoins HHH, JJJ et NNN ont ajouté que les palettes étaient recouvertes par du plastique.

La crédibilité des dépositions des témoins de l'enquête principale, qui n'ont pas dit que des ardoises du même numéro SIN ont été posées à FFF mais qui ont dit que les palettes d'ardoises portaient le même numéro SIN, n'est pas entamée par la circonstance que des ardoises de trois provenances espagnoles distinctes, dont deux correspondent au n° SIN 440 et au n° SIN 650, numéros d'ardoises qui ont été vendus en 1995 et 1996 par la société BBB à la société AAA, ont été posées sur la toiture à FFF. L'apparente contradiction entre ce que les témoins ont vu sur les palettes et ce qui a été posé sur la toiture à FFF trouve une explication dans le fait que des ardoises de trois provenances espagnoles distinctes ont dû être mélangées volontairement ou involontairement par la société BBB dans des palettes portant le même n° SIN.

A moins d'être contredites par d'autres éléments probants de la cause, les dépositions concordantes des témoins de l'enquête principale, faites sous la foi du serment, établiraient que seules des ardoises de la société BBB ont été utilisées à FFF.

A cet égard, il faut noter que le fait – serait-il même établi – que la société AAA ait eu d'autres fournisseurs d'ardoises au moment du chantier de FFF n'exclurait pas l'utilisation exclusive d'ardoises de la société BBB sur le chantier de FFF.

Or, il n'est même pas établi qu'au moment du chantier de FFF la société AAA ait eu des approvisionnements en provenance d'autres fournisseurs que la société BBB et qui auraient pu être utilisés pour le chantier à FFF :

- les formulations des inscriptions figurant sur les extraits du grand-livre fournisseurs de la société AAA, extraits versés par la société AAA, ne permettent pas de dire qu'il y a eu d'autres fournisseurs, étant donné que ces extraits ne reflètent que le compte de la société BBB dans les livres de la société AAA et ne peuvent donc que concerner des prestations effectuées par la société BBB.

- Les explications de la société AAA quant aux fournitures d'ardoises par la société GGG et quant aux fournitures d'ardoises suite à des demandes spéciales de certains clients ne sont pas de nature à entamer la pertinence – pour la question de savoir qui a fourni les ardoises – du dire de la société AAA que son fournisseur de principe en ardoises à l'époque du chantier à FFF a été la société BBB.

Dès lors, la circonstance que la société AAA n'ait pas initialement fourni ces explications ne saurait être interprétée comme son aveu qu'elle avait eu au moment du chantier à FFF d'autres fournisseurs que la société BBB.

- Dans une lettre du 1er décembre 1997 la société AAA a écrit à la société BBB *« übrigens haben wir mit anderen Lieferanten nicht so viele Probleme wie mit Ihnen »*.

Cette lettre ne saurait pas non plus être considérée comme aveu de la société AAA.

Il n'est en effet pas sûr que cette phrase ait un fondement en fait. Aurait-elle un fondement en fait, elle n'établit pas l'époque de l'approvisionnement de la société AAA par d'autres fournisseurs.

- Il semble se dégager des dépositions des témoins de la contre-enquête DDD et EEE que la société AAA ait acquis des ardoises auprès de la société OOO. Il n'est cependant pas possible de déterminer si ces acquisitions correspondent à l'époque du chantier à FFF.

- S'il est établi que sur la toiture d'une maison PPP la société AAA a posé à côté des ardoises de la société BBB des ardoises d'un autre fournisseur, il n'en demeure pas moins qu'il n'est pas établi que ces dernières n'aient pas été installées à la demande spéciale du maître de l'ouvrage.

Les dépositions des témoins de l'enquête principale que seules des ardoises de la société BBB ont été utilisées sur le chantier de FFF n'ont pas été contredites – contrairement à ce qui prétend la société BBB – par des déclarations émanant d'un représentant de la société AAA qui aurait expressément reconnu que la société AAA se serait approvisionnée pour le chantier à FFF auprès d'autres fournisseurs que la société BBB. Il résulte en effet d'une lettre de l'expert LUJA du 10 mars 2000 que les déclarations que la société BBB entend déduire d'un rapport de l'expert LUJA du 28 décembre 1999 ne sont pas des déclarations émanant d'un représentant de la société AAA mais sont ses propres interrogations.

Les dépositions des témoins de l'enquête principale ne sont pas contredites par les certificats de garantie du 10 octobre 1995 et du 12 juillet 1996, relatifs à des fournitures d'ardoises SIN 650 et SIN 440, qui se réfèrent tous les deux au chantier à FFF.

Les témoins de la contre-enquête n'ont pas déposé que des ardoises ne provenant pas de la société BBB ont été posées sur la toiture à FFF.

Sur base des dépositions concordantes des témoins de l'enquête principale, dépositions non contredites par d'autres éléments de la cause, la Cour arrive à la conclusion que toutes les ardoises posées par la société AAA sur la toiture à FFF proviennent de la société BBB, qui les a vendues à la société AAA.

La société AAA entend engager la responsabilité de la société BBB en se prévalant tantôt des vices cachés relevés par l'expert LUJA, tantôt d'un mélange fautif d'ardoises aux couleurs distinctes imputable à la société BBB.

Puisque les dommages-intérêts que la société AAA réclame à la société BBB sont conditionnés par le dommage causé à la Commune de FFF par les taches constatées par l'expert LUJA sur les ardoises livrées par la société AAA à la Commune de FFF, le bien-fondé de la demande de la société AAA vis-à-vis de la société BBB est également à examiner au regard des taches ayant fait l'objet du rapport d'expertise LUJA.

Puisqu'il ressort du rapport d'expertise LUJA que les taches affectant les ardoises, ardoises qui ont été vendues par la société BBB à la société AAA, constituent des vices cachés, la société BBB doit garantie.

A titre subsidiaire, et pour autant qu'une quelconque responsabilité devrait être retenue dans son chef, la société BBB avance qu'elle ne saurait être tenue que dans les limites de ses engagements, à savoir le remplacement des ardoises défectueuses, sinon le paiement en équivalent, et ceci seulement pour la partie des ardoises ayant été effectivement défectueuses, soit environ un tiers de la toiture, à diminuer de la proportion des ardoises de fournisseurs tiers ayant été utilisées sur le toit, le tout déduction faite du montant de 25.000 € payé par la Commune de FFF à la société AAA, à majorer le cas échéant des intérêts moratoires au taux légal à partir du jour de la condamnation, sinon du jour de la demande du 18 janvier 2006, chaque fois jusqu'à solde.

Pour dire qu'elle n'est tenue que dans les limites de son engagement, la société BBB invoque ses certificats de garantie du 10 octobre 1995 et du 12 juillet 1996, certificats qui se réfèrent au chantier de FFF, qui disposent que

« Sollte BBB ein Schaden nachgewiesen werden, der nachweislich durch das Fehlen der unter Ziffer I genannten Kriterien entstanden ist,

stellt die Firma BBB das erforderliche Ersatzmaterial bis zur Höhe der ursprünglichen Gesamtmenge kostenlos zur Verfügung.

Darüber hinausgehende Ansprüche sind ausgeschlossen. »

La société AAA explique que la garantie légale doit jouer en sa faveur dès lors que la garantie conventionnelle ne peut diminuer la portée de la garantie légale.

Les clauses conventionnelles aménageant la garantie légale ne sont fondées à recevoir application qu'en ce qu'elles se révèlent favorables à l'acquéreur, même professionnel, qui – comme en l'espèce – n'est pas de la même spécialité que le vendeur ; elle sont susceptibles d'être paralysées lorsqu'elle s'avèrent lui être désavantageuses.

Puisque les clauses invoquées par la société BBB prévoient un régime moins favorable que le régime des articles 1641 et suivants du Code civil qui permet l'indemnisation des vices cachés et du préjudice causé par les vices cachés affectant la chose vendue, la société BBB ne saurait opposer à la société AAA les clauses conventionnelles et la société AAA est en droit de réclamer l'indemnisation du préjudice que lui ont causé les vices affectant la toiture.

Pour dire qu'elle ne serait tenue que pour un tiers de la toiture, la société BBB se réfère aux alternatives de réparation du rapport d'expertise HENGEN.

Dans son rapport, l'expert HENGEN a dit que pour avoir un aspect général uniforme sur l'ensemble de la toiture il faut remplacer l'ensemble des ardoises mises en place. L'expert a évalué le coût de cette alternative à 89.309,13 €.

Il a dit que si on se satisfait d'avoir un aspect uniforme par pan de toiture, il suffit de refaire un tiers de l'ensemble de la toiture. Il a évalué le coût de cette alternative à 31.039,96 €.

L'indemnisation de l'entièreté du préjudice accru à la société AAA en raison des vices affectant les ardoises lui vendues par la société BBB est fonction du droit de la Commune de FFF d'être entièrement indemnisée par la société AAA et du coût effectif de l'indemnisation de la Commune de FFF à supporter par la société AAA.

La Commune de FFF ayant eu droit à une toiture à l'aspect uniforme, l'entière indemnisation de la Commune de FFF a impliqué l'entière réfection de toute la toiture et non une réfection par pans. La société AAA n'a cependant pas droit à l'entièreté du coût de la réfection, soit 89.309,13 €, mais elle a seulement droit à titre de dommages-intérêts au coût qu'elle a effectivement dû supporter soit le montant de 89.309,13 – 25.000 (montant lui payé par la Commune de FFF) = 64.309,13 €.

La société AAA n'a pas justifié qu'elle ait subi antérieurement à la date du présent arrêt, date à laquelle son préjudice est évalué, un préjudice complémentaire lui causé à la suite du retard apporté dans son indemnisation.

Les intérêts légaux, alloués à titre d'intérêts moratoires, ne sont par conséquent dus qu'à partir de la date du présent arrêt.

La société BBB, qui est à condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel, est à débouter de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

Il paraît inéquitable de laisser à charge de la société AAA les frais irrépétibles de l'instance d'appel.

La Cour fixe ex aequo et bono à 2.000 € l'indemnité de procédure pour l'instance d'appel devant revenir à la société AAA de la part de la société BBB.

PAR CES MOTIFS :

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

déclare l'appel de la société AAA partiellement fondé ;

réformant :

- condamne la société BBB à payer à la société AAA la somme de 64.309,13 € avec les intérêts légaux à partir du 18 novembre 2009 jusqu'à solde ;

- condamne la société BBB aux frais et dépens de première instance ;

déboute la société BBB de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

condamne la société BBB à payer à la société AAA une indemnité de procédure pour l'instance d'appel de 2.000 € ;

condamne la société BBB aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Marc KLEYR, avocat concluant qui la demande, affirmant avoir fait l'avance desdits frais et dépens.