Arrêt commercial

Audience publique du quatorze juillet deux mille dix.

Numéro 34440 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 de droit finlandais AAA, *établie et ayant son siège social à UUU, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Finlande sous le numéro ……., représentée par son conseil d'administration, sinon par son ou ses représentants légaux actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg du 8 décembre 2008,*

comparant par Maître Mario DI STEFANO, avocat à Luxembourg ;

e t :

la société anonyme BBB S.A., *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 susdit exploit CALVO,*

comparant par Maître Christian JUNGERS, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 26 juin 2007, la société anonyme BBB S.A. a fait donner assignation à la société de droit finlandais AAA à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour l'y entendre condamner au paiement du montant de 99.680,28 € avec les intérêts légaux à partir de la date d'une mise en demeure sinon à partir de l'assignation en justice, jusqu'à solde, ainsi qu'au paiement d'une indemnité de procédure de 1.500 €, augmentée en cours d'instance à 2.500 €, sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

A l'appui de sa demande, la société BBB S.A. a fait exposer :

- qu'elle a conclu le 1er juin 2005 avec la société AAA un contrat d'ouvrage, intitulé « *Contract for Supply and Installation* », en vertu duquel elle a installé, à la demande de la société AAA, une arène sportive comprenant une surface de terrain de basket-ball ainsi qu'un terrain de gazon synthétique, ce au coût total de 830.000 € ;

- que diverses factures ont été payées par la société AAA ;

- que le montant de 99.680,28 €, resté impayé, se décompose comme suit :

• facture numéro 2927 du 27 octobre 2005	65.500 €
• facture numéro 3164 du 23 novembre 2005	2.550,96 €
• facture numéro 830 du 19 avril 2006	43.951,72 €
• note de crédit du 31 décembre 2006 à faire valoir sur la facture numéro 830	12.322,28 €

- qu'à part la contestation relative à la dernière facture (numéro 830 du 19 avril 2006) et suite à laquelle une note de crédit fut accordée, *aucune autre contestation n'est parvenue à la société BBB, et ceci ni avant l'envoi des mises en demeure des 29 janvier 2007 et 6 mars 2007, ni même après, de telle sorte qu'il y a lieu de conclure à une acceptation tacite des factures émises par la société BBB.*

Par exploit d'huissier du 5 mars 2008, la société AAA a fait donner assignation à la société BBB S.A. à comparaître devant ce même tribunal pour l'y entendre condamner au paiement du montant de 1.099.860 € à titre *d'indemnisation pour inexécution/mauvaise exécution de ses obligations contractuelles*, ce avec les intérêts légaux à partir de l'assignation en justice, jusqu'à solde, ainsi qu'au paiement d'une indemnité de procédure de 3.000 € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

A l'appui de sa demande, la société AAA a fait exposer ce qui suit :

- *Après l'achèvement des travaux de terrains d'uni-hockey, il a été constaté que ceux-ci étaient inutilisables à cause de revêtements défectueux. Pendant les travaux de réparation réalisés, les terrains d'uni-hockey ont été inutilisables pendant un certain temps, entraînant des pertes commerciales de 37.000 EUR (66 h x 80 EUR/h x 7 terrains). En outre, une indemnité de 10.000 EUR a dû être payée à titre de perte de créneaux réservés à l'équipe CCC. La défenderesse a également dû engager des frais de supervision pour 3.760 EUR. Le dommage de perte est donc de 50.760 EUR.*

- *Le coût des travaux de réparation des surfaces des terrains de basketball par aplanissement et installation d'un nouveau revêtement, incluant la supervision des travaux et une estimation des pertes commerciales, sont évalué à 107.500 EUR.*

- *Les terrains de football doivent être réparés pour les rendre conformes au contrat et aux normes incendie, ce qui signifie probablement la réfection complète de tout le terrain avec enlèvement préalable du revêtement antérieur. Cette réfection est évaluée à 837.000 EUR auxquels doivent s'ajouter la supervision des travaux, les frais d'électricité ainsi que la perte commerciale engendrée par la non-utilisation des terrains pendant la période durant laquelle la perte commerciale serait la moindre (période estivale), ces coûts additionnels s'élevant à 57.000 EUR, soit au total 894.000 EURO.*

- *La résorption des bulles présentes sur les revêtements des locaux généraux qui sont évalués à 10.000 EUR.*

- *Conformément aux dispositions du contrat « Agreement on small building works », signé le 22 juillet 2005 en sa disposition « Liquidated damages », il est prévu qu'en cas de retard dans les travaux de construction, une somme forfaitaire de 752 EUR pour chaque jour ouvré de retard est due par l'entrepreneur avec un plafond de 37.600 EUR pour 50 jours de retard. Les travaux sur le terrain de football entrant dans le cadre du marché, ainsi que les travaux de réfection n'ayant toujours pas été finalisés, c'est la somme forfaitaire de 37.600 EUR qui doit être versée à la demanderesse à titre de clause pénale.*

Par jugement du 19 juin 2008, le tribunal – après avoir joint les deux rôles – a, entre autres :

- dit que la demande de la société BBB S.A. est fondée pour le montant de 99.680,28 € avec les intérêts légaux à partir de la mise en demeure du 29 janvier 2007, jusqu'à solde ;

- rejeté les demandes en indemnisation de la société AAA relatives aux terrains d'uni-hockey et de football ;

- rejeté la demande de la société AAA en allocation d'une indemnité de retard ;

- dit fondée en son principe la demande de la société AAA en réparation du préjudice lui accru en raison des vices et malfaçons affectant les terrains de basketball ;

- réservé la demande de la société AAA en réparation du préjudice lui accru en raison des vices et malfaçons affectant les revêtements des locaux généraux ;

- ordonné, avant tout autre progrès en cause, une expertise avec la mission 1) de décrire les vices et malfaçons affectant les terrains de basketball et les revêtements de sol des locaux généraux et les moyens aptes à y remédier et 2) de chiffrer le coût des travaux de remise en état ;

- rejeté la demande de la société BBB S.A. à voir ordonner à la société AAA de produire l'ensemble des procès-verbaux des « *Réunions avec l'entrepreneur* ».

Par exploit d'huissier du 8 décembre 2008, la société AAA a régulièrement relevé appel du jugement du 19 juin 2008.

La société AAA conclut – par réformation du jugement entrepris – à voir débouter la société BBB S.A. de sa demande en paiement du montant de 99.680,28 €. Pour le surplus, elle conclut aux mêmes fins que l'acte introductif d'instance du 5 mars 2008. Elle demande, subsidiairement, l'institution d'une expertise avec la mission de *déterminer la réalité et l'importance des vices, malfaçons et défauts de conformité des travaux réalisés par BBB et leur évaluation, d'en apprécier les origines et les causes, d'envisager les moyens et les travaux aptes à y remédier en les chiffrant, et ce, pour les pistes de course, le terrain de football, les terrains de basketball et d'uni-hockey ainsi que le revêtement du sol des locaux généraux.* Elle sollicite, en outre, l'octroi d'une indemnité de procédure de 3.000 € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

La société BBB S.A. conclut à la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a déclaré fondée sa demande en paiement pour un montant de 99.680,28 € et en ce qu'il a rejeté tant les demandes en indemnisation de la société AAA relatives aux terrains d'uni-hockey et de football que la demande en allocation d'une indemnité de retard.

La société BBB S.A. – par un appel incident implicite – conclut à la réformation du jugement entrepris en ce qu'il a déclaré fondée en son principe la demande de la société AAA en réparation du préjudice subi en raison de vices et malfaçons affectant les terrains de basketball et des locaux généraux et en ce qu'il a sursis à condamner la société AAA au paiement du montant de 99.680,28 €, ce aux motifs que la société

AAA est forclose à agir en garantie contre la société BBB S.A. sinon aux motifs que la garantie contractuelle de la société BBB S.A n'est pas mise en cause.

Subsidiairement, la société BBB S.A. conclut à la nomination d'un expert luxembourgeois, avec la mission plus amplement spécifiée dans ses conclusions notifiées le 18 mars 2009, le tout sans préjudice de la condamnation de la société AAA au paiement du montant de 99.680,28 € avec les intérêts légaux à partir de la mise en demeure du 29 janvier 2007, jusqu'à solde.

Plus subsidiairement encore, la société BBB S.A. conteste les dommages et intérêts réclamés par la société AAA tant dans leur principe que dans leur quantum et elle insiste sur une réparation en nature, ce parallèlement à une condamnation de la société AAA au paiement du solde des factures.

Enfin, la société BBB S.A. réclame une indemnité de procédure de 3.500 € pour la première instance et une indemnité de procédure de 3.500 € pour l'instance d'appel.

Discussion

I) Demande en paiement de la société BBB S.A.

Le tribunal a dit qu'*il est constant que sur le montant total du marché, la société AAA redoit à la société BBB un solde de 99.680,28 €, après déduction des acomptes payés par la société AAA et de la note de crédit qui lui a été accordée par la société BBB, ce montant n'étant pas autrement contesté par la société AAA ;* qu'*il est dès lors oiseux d'analyser si la théorie de la facture acceptée peut trouver application ou non dans la présente espèce.*

La société AAA reproche aux juges de première instance *d'avoir fait droit à la demande de la société BBB S.A. sans la fonder à suffisance.*

Elle fait valoir que la demande en paiement – qui, dans l'acte introductif d'instance, aurait eu pour fondement juridique la seule facture acceptée – n'aurait pas pu être déclarée fondée sur la base contractuelle, pareil fondement se situerait hors du contrat judiciaire ; que, de toute façon, il ne saurait être fait grief à la société AAA de n'avoir pas réglé l'intégralité des factures, alors qu'elle aurait été en droit de suspendre les paiements face au refus de la société BBB S.A. de finaliser les travaux qui font l'objet du contrat entre parties.

Il est de principe que l'indication dans l'acte introductif d'un texte légal n'est pas requise.

Il suffit que l'acte soit rédigé de telle manière qu'il mette le juge en mesure de déterminer le fondement juridique de la demande.

Tel est le cas en l'espèce.

Comme l'a correctement fait plaider la société BBB S.A., le fondement de sa demande en paiement se dégage implicitement de la description des relations contractuelles entre parties et de son affirmation que son cocontractant, la société AAA, ne satisfait pas à ses obligations contractuelles.

Le fait que la demande en paiement de la société BBB S.A. a été basée sur le principe de la facture acceptée ne signifie pas pour autant que le droit commun de la responsabilité contractuelle ne puisse pas servir de fondement juridique à la demande, le mécanisme de la facture acceptée se résumant en effet à une simple preuve légale de l'existence du contrat et de la conformité des mentions de la facture avec les conditions du marché sans qu'aucune preuve contraire soit concevable.

La base juridique contractuelle ne saurait donc être considérée comme étant étrangère au contrat judiciaire formé entre parties.

Force est de constater que la société AAA n'a jamais contesté le coût global du marché tel que fixé au « *Contract for Supply and Installation* », conclu le 20 juin 2005 (cf : « *terms and conditions* », point D, « *price : Total contract value for items [1], [2], [3], EURO 830.000,00* »). De même, n'a-t-elle pas contesté matériellement le montant actuellement lui mis en compte à titre de solde après déduction des acomptes déjà payés et de la note de crédit à faire valoir sur la facture numéro 830 du 19 avril 2006. Faisant état de malfaçons et de travaux non exécutés, elle a cependant refusé de payer le solde lui réclamé en assignant son cocontractant en justice pour obtenir la réparation du préjudice prétendument lui accru suite aux inexécutions allégués.

Les juges de première instance ont, dans ces circonstances, à bon droit déclaré la demande en paiement de la société BBB S.A. fondée en son principe, quitte à ce que cette demande ne peut pas de suite être liquidée, pareille liquidation ne pourra se faire qu'après l'analyse du bien-fondé des prétentions formulées par la société AAA à l'encontre de la société BBB S.A. dans le cadre de son assignation du 5 mars 2008.

II) <u>Demande en indemnisation de la société AAA</u>

1) <u>quant à la forclusion à agir dans le chef de la société AAA</u>

La société BBB S.A. réitère son moyen d'*irrecevabilité de l'ensemble des revendications de la société AAA pour cause de tardiveté*, se prévalant d'une clause contractuelle aux termes de laquelle la garantie est de deux ans pour les travaux et de cinq ans pour le matériel.

La société BBB S.A. soutient que *pour faire valoir une garantie, il ne suffit pas de déceler les malfaçons dans le délai de garantie mais encore faut-il agir en réparation de ces malfaçons dans ce délai.*

Pour rejeter ce moyen, le tribunal a constaté que *les différents vices et malfaçons détectés par la société AAA ont été dénoncés à la société BBB S.A. lors de « l'inspection de réception » en date du 1er juin 2006 ainsi que par les courriers de la société AAA du 28 septembre 2006 et du 19 décembre 2006, soit pendant le délai légal* et qu'*aucune obligation légale ou conventionnelle n'impose à la société AAA d'agir pendant le délai de garantie de deux ans*.

La société AAA fait valoir que *des différentes règles auxquelles les parties ont soumis leur accord, il ressort que le délai de garantie dont la société BBB S.A. se prévaut pour déclarer l'action d'AAA forclose ne consiste pas en un délai d'action comme elle le prétend, mais bien en un délai de garantie pendant lequel la charge de la preuve est inversée au profit du maître de l'ouvrage* ; qu'*il incombe à l'entrepreneur, s'il veut s'exonérer de toute responsabilité du fait des dommages subis par le maître de l'ouvrage au cours de cette période, de prouver l'existence d'une cause étrangère ;* que *cette période de garantie ne s'analyse pas en un délai d'action mais bien en une période dans laquelle doivent être constatés les malfaçons et les vices de construction afin de pouvoir bénéficier de cette présomption de responsabilité.*

Le document « *Agreement on small building works* », signé le 22 juillet 2005, prévoit sous « *period of guarantee* » que « *The period of guarantee for the building works is: work 2 years, materials 5 years. Unless stated otherwise in this agreement on building works, the period of guarantee for the building works shall be 24 months calculated from the acceptance of the entire building works* ».

Les parties en cause, qui ont conventionnellement aménagé la garantie, n'ont pas prévu que le délai d'action est le même que le délai de garantie.

Il a donc suffi à la société AAA de dénoncer les vices et malfaçons à la société BBB S.A. dans le délai de garantie de deux ans.

Ce qui a été fait.

Le moyen tiré de la forclusion à agir dans le chef de la société AAA est partant à déclarer non fondé.

Les juges de première instance sont à confirmer sur ce point.

2) quant au bien-fondé de la demande en indemnisation de la société AAA

Le § 11 des « *General Terms* », faisant partie de l'« *Agreement on small building works* », se lit – entre autres – comme suit :

« *Liability during the period of guarantee*

(… …) *The contractor shall be liable at its own expense to repair defects in its work performance that are discovered during the period of guarantee and that cannot be shown by the contractor to have resulted from a beyond its control, e.g., from normal wear and tear, faulty use or neglect of maintenance that is the responsibility of the developer, The contractor shall repair or remove without delay defects that hinder the use of the result of the work or cause ganger or deterioration. If the contractor delays performance of the works referred above, the developer shall have a right to have the work done at the contractor's expense after notifying the contractor thereof in writing.*

The period of guarantee commences on the day when the work performance is accepted at the acceptance Inspection or, in the absence of such inspection, on the day when the work performance is taken into use ».

Il se déduit de ce paragraphe que l'entrepreneur, tenu d'atteindre le résultat promis, est – en tant que professionnel qualifié – censé connaître les défauts de la matière qu'il utilise ou l'objet qu'il façonne.

L'obligation du constructeur étant ainsi une obligation de résultat qui veut – dès le désordre constaté – qu'il peut être recherché sur le fondement d'une présomption, non de faute, mais de responsabilité dont il lui appartient de se dégager sans que le maître de l'ouvrage ait à rapporter la preuve d'une quelconque faute.

Si la dégradation apparue est susceptible d'être due à différentes causes, la présomption peut être mise en œuvre et l'intéressé ne peut se libérer qu'en démontrant que le dommage est dû à une autre cause que son propre fait.

a) quant aux terrains d'uni-hockey

La société AAA réitère son argumentation de première instance, consistant à dire que sept terrains d'uni-hockey se sont révélés impropres à l'usage visé, qu'un nouveau revêtement s'imposait et que

la pose de ce nouveau revêtement exigeait qu'on ferme tour à tour l'accès aux terrains pendant les travaux de réfection.

Elle demande une indemnisation pour la non-utilisation des terrains durant les travaux de réfection d'un montant total de 50.760 € qui se compose comme suit : [66 heures de travail par terrain (pour la réfection des travaux) x 80 € / heure (tarif de location par heure) x 7] + [10.000 € représentant une *compensation financière* accordée à l'équipe locale d'uni-hockey] + [3.760 € (80 heures x 47 €) représentant les frais de supervision des travaux de réfection effectués].

Le tribunal a débouté la société AAA de ce chef de la demande en disant que *la société AAA ne verse aucune pièce à l'appui de ces demandes* et qu'elle *ne fournit aucun élément permettant au tribunal d'évaluer le montant de la perte commerciale alléguée, ni de retracer l'indemnité qu'elle aurait payée à l'équipe CCC ou les frais de supervision qu'elle aurait engagés.*

La société BBB S.A. admet qu'un nouveau revêtement du sol des terrains uni-hockey a été posé à ses frais par des ouvriers finlandais dès la semaine 7 de l'année 2006 et que lors d'une réunion du 1er juin 2006 le point de garantie pour ces terrains fut fixé au 16 mars 2006.

La société BBB S.A. souligne que le nouveau revêtement des terrains d'uni-hockey s'est réalisé terrain par terrain de sorte qu'il y avait toujours six terrains disponibles et ouverts au public.

Elle conteste qu'il y ait manque à gagner dans le chef de la société AAA.

Celle-ci, pour prouver le bien-fondé de ses prétentions, verse aux débats plusieurs attestations testimoniales dont la société BBB S.A. demande le rejet, motifs pris de ce que ces attestations, outre le fait qu'elles n'obéissent pas au prescrit des articles 400 et suivants du Nouveau Code de procédure civile, émanent de personnes ne remplissant pas les conditions pour être entendues comme témoins ou manquant d'impartialité.

Les formalités prévues à l'article 402 du Nouveau Code de procédure civile ne sont pas prescrites à peine de nullité. Aucune sanction n'est prévue si l'une ou l'autre de ces formalités n'ont pas été respectées. Le juge du fond apprécie souverainement la valeur et la portée de l'attestation et il apprécie souverainement si l'attestation non conforme aux prescriptions de l'article 402 présente les garanties suffisantes pour emporter sa conviction (Encyclopédie Dalloz, Procédure civile, Enquête, page 34, numéros 457 et 467 ; Cour d'appel, 24 octobre 2001, numéro 24 460 du rôle).

En l'occurrence, ne présente pas les caractères de crédibilité nécessaires pour emporter la conviction de la Cour sur les faits y

relatés, l'attestation testimoniale du 22 septembre 2008 qui – outre le fait qu'elle ne remplit aucune des formalités prévues à l'article 402 du Nouveau Code de procédure civile – est signée à la fois par le président du conseil d'administration de la société AAA, par le commissaire aux comptes de la société et par son comptable.

La rédaction de cette attestation est en outre à tel point vague que la Cour s'estime nullement informée par les éléments y contenus.

A noter qu'aucune des autres attestations produites en cause par la société AAA ne renseigne la Cour sur la durée exacte des travaux de réfection et les possibilités d'exploitation des terrains s'ils avaient été – pendant la durée des travaux de réfection – simultanément ouverts au public.

Les attestations établies par DDD le 22 septembre 2008 et le 19 mai 2009 prêtent – quant à la durée des travaux de réfection – à confusion.

Dans son attestation du 22 septembre 2008 DDD déclare que « *les travaux de réfection ont commencé le 12 février 2006 à 7.00. Les terrains ont été réparés de manière progressive, le dernier terrain ayant été achevé le 16 mars 2006 à 16.30 et étant entré en service à compter du 17 mars 2006* », tandis que dans celle datée du 19 mai 2009 il souligne que « (… …) *les travaux préparatoires du remplacement* ont commencé *le 18 janvier 2006 et ils ont pris fin le 10 février 2006* ; *une partie des terrains ont été par moment hors service pendant la durée totale de deux semaines* (… …) ».

Si les fiches de travail versées au dossier témoignent des « *travaux de réparation des terrains d'uni-hockey, terrains 2, 3, 4, 5, 6, 7* » réalisés pendant la période du 18 janvier 2006 au 10 février 2006, elles ne justifient cependant pas le montant actuellement réclamé en réparation de l'inutilisation des terrains en question. Il en va de même du *tableau détaillant les périodes d'inutilisation des terrains d'uni-hockey pour cause de réparation des sols du 13 février 2006 au 16 mars 2006,* ce tableau étant, non seulement en partie illisible, mais encore incompréhensible.

A cela s'ajoute que la société AAA reste en défaut de documenter par pièces justificatives le prix de location d'un terrain et le prix horaire des travaux de supervision. Aussi, ne prouve-t-elle pas avoir engagé réellement des frais de supervision d'un montant de 3.760 €.

Dans ces conditions, les prétentions de la société AAA en rapport avec le manque à gagner suite à l'inutilisation des terrains et en rapport avec la supervision des travaux sont à déclarer non fondées.

Il en va de même de sa demande en obtention du montant de 10.000 € à titre de *compensation financière* prétendument accordée à

l'association d'uni-hockey « CCC », ce montant laissant en effet d'être déterminé de manière exacte.

Le témoin EEE invoque, dans son attestation du 19 septembre 2008, une « *compensation s'élevant à environ 10.000 euros au total* ».

Si, *vu l'indisponibilité de plusieurs terrains empêchant les entraînements de plusieurs équipes de jeunes du club, la société AAA a dû leur consentir un rabais de 10.000 €* (cf : conclusions de AAA notifiées le 19 mai 2009), il aurait été facile pour la société AAA de s'aménager une preuve de ce *rabais* en en faisant état dans ses écritures comptables.

Il suit de l'ensemble de ces considérations que les juges de première instance sont à confirmer en ce qu'ils ont débouté la société AAA de sa demande en indemnisation en rapport avec les terrains d'uni-hockey.

b) <u>quant aux terrains de basketball</u>

La société AAA soutient que *les terrains de basketball installés par la société BBB présentent un nombre important de bulles d'air* et que *les jointures des tapis se sont pliées rendant les terrains non satisfaisants et ne permettant pas une utilisation optimale.*

La société AAA s'étonne de ce que la société BBB S.A. – qui reconnaît l'existence de défauts – veuille se décharger de toute responsabilité en invoquant des conditions météorologiques et des taux d'humidité peu propices à une telle installation.

Elle conteste qu'elle ait *forcé* la société BBB S.A. à réaliser le revêtement des terrains de basketball après avoir été informée des risques liés à une météorologie peu favorable à pareille installation.

Par ailleurs, elle conteste toute information à ce sujet.

La société AAA évalue *les travaux de réfection des surfaces des terrains de basketball par aplanissement et installation d'un nouveau revêtement, incluant la supervision des travaux et une estimation des pertes commerciales* au montant de 97.500 €.

Dans ce contexte, le tribunal a :

- relevé qu'*il est constant que les terrains présentent des défauts et que ceux-ci trouvent leur origine dans une installation dans des conditions météorologiques qui ne permettaient pas une installation conforme aux règles de l'art* ;

- dit que, *dans une telle situation, une entreprise spécialisée dans la fourniture et l'installation des revêtements de sol a l'obligation d'avertir de manière précise son client des risques encourus et de refuser de poser les revêtements du sol* ;

- dit que *si malgré tout le client persiste à exiger une installation des revêtements de sol, elle a l'obligation de lui signaler, si besoin par écrit, qu'une installation dans de telles conditions est contraire aux règles de l'art et qu'elle n'entend pas assumer une quelconque responsabilité au cas où des défauts apparaîtront* ;

- dit que *la société BBB ne verse en cause aucune pièce pour établir qu'elle a de manière précise informé la société AAA des risques encourus et que cette dernière l'a forcée à procéder à l'installation des terrains et l'a déresponsabilisée* ;

- conclut que *la société BBB est responsable du dommage causé à la société AAA en raison de l'installation contraire aux règles de l'art des revêtements des terrains de basketball* ;

- nommé un expert avec la mission *de déterminer l'importance des vices et malfaçons affectant le revêtement de sol des terrains de basketball et d'envisager les moyens et travaux aptes à y remédier et en les chiffrant ;*

- réservé la demande de la société AAA tendant à se voir indemniser une éventuelle perte commerciale pendant la durée des travaux de réparation des terrains.

La société BBB S.A. fait exposer qu'elle aurait averti la société AAA de l'existence d'un taux d'humidité trop élevé et de conditions météorologiques peu favorables à l'installation des terrains de basketball, mais que – nonobstant cette information – la société AAA aurait exigé une exécution sur le champ des travaux en question.

La société BBB S.A., se prévalant du point B des « *Terms & Conditions* » du « *Contract for Supply and Installation* », soutient qu'il aurait été *présumé pour l'exécution du contrat que la température des locaux s'élève à au moins 18 degrés, 24 heures sur 24 pendant le temps de l'installation* » (cf : conclusions de la société BBB S.A. notifiées le 18 mars 2009).

Elle se prévaut également du § 9 des « *General Terms* » du « *Agreement on small building works* », intitulé « *Content of the liability* », disant que « *However, the party shall not be liable for damage that it was unable to prevent despite taking all the necessary precautions* », pour voir dire qu'elle ne saurait être condamnée aux frais liés à la reparation des terrains de basketball.

La société BBB S.A. offre de prouver par voie testimoniale les faits suivants :

- *Tôt le matin du jour prévu pour l'installation, par la société BBB S.A., du revêtement sur le terrain de basketball au début du mois de décembre 2005, sans préjudice quant à la date exacte, le taux d'humidité du sol a été mesuré par Monsieur FFF et un autre ouvrier de la société BBB S.A. sur place. Celui-ci montrait que l'humidité n'était pas encore « sortie » du sol et c'est ainsi que ces deux ouvriers ont conseillé à Monsieur DDD, chef de travaux responsable du chantier de construction pour la société AAA, d'attendre avec le revêtement et a attiré l'attention de Monsieur DDD aux risques éventuels liés à une installation dans ces conditions, notamment au risque que le tapis ne tient plus si l'humidité sort après sa fixation. Monsieur DDD a insisté sur un revêtement dudit terrain sur le champ.*

- *Tôt le matin du jour prévu pour l'installation, par la société BBB S.A., du revêtement sur le terrain de basketball au début du mois de décembre 2005, sans préjudice quant à la date exacte, la température extérieure était de 0 ° C et l'arène sportive était entièrement ouverte en raison des travaux et non chauffée. Monsieur Gian Franco EEE et un autre ouvrier de la société BBB S.A. sur place ont averti Monsieur DDD, chef de travaux responsable du chantier de construction pour la société AAA des risques liés à une installation à une température inférieure à 18 ° C et notamment du risque que le tapis pourrait ne pas tenir, coller. Monsieur DDD a insisté sur un revêtement desdits terrains sur le champ.*

La société BBB S.A. conclut – à titre subsidiaire et pour le cas où la Cour devrait arriver à la conclusion qu'elle *ne s'est pas suffisamment déresponsabilisée à l'égard de la société AAA* – à la nomination d'un expert luxembourgeois avec la mission *de dresser un état du terrain de basketball, de constater les défauts de conformité, vices, malfaçons, inachèvements ou autres désordres affectant le terrain de basketball, de déterminer les causes et origines de ces désordres, de préconiser les moyens idoines pour y remédier définitivement ou pour prévenir l'apparition de nouveaux désordres et au besoin de chiffrer le coût.*

En tout état de cause, la société BBB S.A. conclut au rejet de l'expertise unilatérale versée à titre de pièce par la société AAA.

La société AAA conclut à l'irrecevabilité de l'offre de preuve pour défaut de pertinence.

L'entrepreneur doit aviser le maître d'œuvre sur les inconvénients, vices ou malfaçons susceptibles de surgir au cas où les travaux seront exécutés dans des conditions peu propices. Le maître d'ouvrage, dûment averti, ne saurait passer outre cet avertissement qu'à ses risques et périls.

L'offre de preuve présentée par la société BBB S.A. est à déclarer recevable, car les faits y libellés – à les supposer établis – sont de nature à influer sur la responsabilité de la société BBB S.A..

Il échet de recourir à cette mesure d'instruction avant tout autre progrès en cause.

c) <u>quant aux locaux généraux</u>

La société AAA fait exposer que *les sols des locaux généraux présentent un nombre important de bulles d'air les rendant inesthétiques et non conformes aux prescriptions du contrat.*

Elle évalue le *coût de réfection des sols provisoirement à 10.000 €.*

Elle conclut à l'institution d'une expertise afin d'affiner le montant du préjudice lui accru de ce chef.

La société BBB S.A. résiste à cette demande en paiement en contestant, en premier lieu, la présence de bulles sur le revêtement des sols des locaux généraux.

Ensuite, elle attribue les défectuosités – si défectuosités il y a – au fait que le revêtement des sols s'est réalisé nonobstant *une température trop faible* et qu'*après le revêtement en bonne et due forme, en novembre 2005, des locaux généraux, un tuyau de canalisation passant en-dessous du sol en béton s'éclatait et était à l'origine de fuites d'eau réparées par la société AAA elle-même.*

Ce dernier fait est offert en preuve par voie testimoniale.

La société BBB S.A. conclut dès lors à voir écarter toute responsabilité dans son chef.

En ordre subsidiaire, elle conclut à la nomination d'un expert luxembourgeois avec la même mission que celle décrite sub b).

A relever d'emblée que les photos additionnelles versées au dossier par la société AAA ne documentent pas l'existence de bulles sur le revêtement des sols des locaux généraux mais illustrent la présence de bulles sur les terrains de course.

Le témoin DDD a, dans son attestation testimoniale du 19 août 2009, déclaré qu'*on trouve sur les revêtements de sol des lieux publics une quantité considérable de bulles d'air et de portions de tapis décollés à l'endroit des jointures.*

A noter que cette attestation ne contient aucune indication de temps quant à la constatation de ces défauts.

Le témoin GGG a précisé dans son attestation du 14 septembre 2009 qu'*au premier étage fitness (impact) area il y avait des bulles d'air* ; que *les bulles étaient dues au fait que le béton n'avait pas séché avant qu'il soit ordonné à BBB à installer le matériel* ; que *les bulles en question étaient réparées immédiatement.*

Contrairement aux allégations de la société AAA, aucune présence de bulles sur le revêtement du sol des locaux généraux n'a été signalée à la société BBB S.A. lors de l'« *Inspection de réception & rapport économique final* » du 1er juin 2006, réunion lors de laquelle étaient également présents GGG et DDD.

Il n'est donc pas établi – de par les éléments du dossier – que des bulles d'air aient existé après l'achèvement de l'installation du revêtement du sol des locaux généraux.

La preuve de la présence de bulles sur le revêtement du sol des locaux généraux n'étant pas rapportée par la société AAA, il y a lieu de la débouter de sa demande en obtention du montant de 10.000 €.

d) quant au terrain de football

Face à l'argumentation de la société BBB S.A., consistant à dire que *si les terrains de football présentaient des défauts, ceux-ci seraient dus à un mauvais entretien des terrains* alors qu'*après l'installation des terrains, de lourdes machines de travail auraient circulé sur le revêtement (lors de la réalisation de la toiture de l'arène sportive)*, le tribunal a dit qu'il *ne peut tirer une quelconque conclusion sur la qualité des prestations effectuées par la société BBB, une éventuelle mesure d'expertise n'étant plus susceptible de déterminer l'origine des différentes épaisseurs.*

En conséquence, le tribunal a déclaré non fondés les *reproches formulés par la société AAA contre la société BBB de ne pas avoir posé la pelouse artificielle selon les règles de l'art.*

Au soutien de son appel, la société AAA fait exposer en substance :

- que le terrain de football présente des *taches sur lesquelles on ne voit pas de fibres de pelouse artificielle* ainsi que des *ondulations* ;

- que la société BBB S.A. a fait *l'usage de sable non lavé* et *d'une quantité de sable insuffisante* ;

- qu'*une quantité importante de poussière s'est déposée dans le hall de sport en raison de l'utilisation d'un sable non lavé* ;

- que la société BBB S.A. n'a réalisé qu'une partie des travaux de réfection qui s'imposaient ;

- que des tests/incendie concernant le revêtement du terrain de football ont mis en évidence *un mauvais ratio entre les matériaux utilisés*, *partant une non-conformité de l'ensemble du revêtement avec les normes incendie* ;

- que par courrier du 21 juin 2005, *la société BBB S.A. s'est engagée à satisfaire aux obligations de la réglementation relative à l'incendie et à réduire le prix du contrat si le certificat en question* (lire : certificat de résistance au feu du matériel livré) *n'est pas fourni à temps pour le terrain de football* ;

- qu'une expertise du 29 octobre 2007 dénoterait *une insuffisance de sable et un excès de granulés en caoutchouc dans la pelouse artificielle ;*

- que quatorze sacs de granulés de caoutchouc, destinés à être répandus sur le terrain de football par les soins de la société BBB S.A., auraient été abandonnés sur place.

La société AAA réclame à titre de dommages et intérêts pour exécution non conforme du terrain de football le montant de 894.000 €.

La société BBB S.A. explique qu'elle s'est engagée à installer sur le terrain de football un revêtement « *BBB-TURF* », consistant en *un tapis en plastique sur la surface supérieure duquel montent des fibres d'une longueur de 50 mm* ; qu'*entre ces fibres, la pelouse artificielle est remplie avec une couche de sable ayant pour fonction de maintenir le tapis en place* ; que *par-dessus cette couche de sable sont ensuite répandus des granulés en caoutchouc, appelés «SSS »* ; que l'excès de poussière dans le hall sportif n'est pas à rechercher dans la qualité ou la quantité du sable livré, mais est à attribuer au fait que *le sable livré a été soufflé, sous haute pression, à l'aide d'un tube en aluminium, à partir d'un camion-citerne jusqu'au troisième étage où se trouve le terrain, ceci sous la responsabilité de la société AAA.*

La société BBB S.A. souligne que le terrain de football a été réceptionné lors de la réunion du 1er juin 2006 et a été mis en utilisation dès septembre 2006, le premier match de football ayant été joué le 30 septembre 2006.

La société BBB S.A. offre, à toutes fins utiles, de prouver par voie testimoniale les faits suivants :

Lors de la réunion de démarrage ayant eu lieu en date du 11 juillet 2005 en présence notamment de Monsieur GGG, local sales manager de la société BBB S.A., et de HHH, administrateur de la société AAA, il était convenu entre parties qu'une fois le matériel livré sur le chantier, le maître d'ouvrage devra déballer les chargements et acheminer les matériaux à proximité des différents lieux de pose.

La pelouse artificielle, livrée en rouleaux et les granulés de caoutchouc, livrés en sacs, ont été acheminés au troisième étage de l'arène sportive à l'aide de chariots-élévateurs.

Le sable, livré par camion (3 camions à 41 tonnes), a été soufflé à l'aide d'un tube en aluminium, sous haute pression, directement des camions vers le troisième étage.

Pendant cet acheminement, le tube en aluminium a craqué.

Concernant la quantité de sable livré, la société BBB S.A., en l'absence d'une quantité conventionnellement fixée, soutient avoir livré *autant de sable que nécessaire et une quantité déterminée suivant son expérience en la matière.*

Elle soutient que les *ondulations actuelles éventuelles du terrain de football relèvent d'une utilisation inappropriée du terrain (circulation et stockage de poids lourds) et dans une négligence du maintien dudit terrain (absence de remplissage d'SSS).*

Elle s'estime non responsable *du tassement du revêtement « BBB-TURF », causé par les machines de travail utilisées par la société.*

Elle se prévaut du § 11 des « *General Terms* » du « *Agreement on small building works* », intitulé « *Liability during the period of guarantee* », qui dit que « *The contractor shall be liable at its own expense to repair defects in its work performance that are discovered during the period of guarantee and that cannot be shown by the contractor to have resulted from a reason beyond its control, e.g. from normal wear an tear, faulty use or neglect of maintenance that is the responsibility of the developer* ».

Elle ajoute – en se référant au rapport de test de résistance au feu effectué par le RRR le 22 mai 2008 – que le *ratio de sable/ granules de caoutchouc*, tel qu'il existait au moment de la réception du terrain de football, correspond parfaitement aux normes prescrites en matière d'incendie.

Elle souligne que les *valeurs d'épaisseur du sable et des granulés de caoutchouc telles que retenues dans le rapport d'expertise du 29 octobre 2007 versé par la société AAA ont été constatées après les travaux de toiture de telle sorte que ces éventuelles non-conformités du*

ratio par rapport aux normes d'incendie ne peuvent plus être imputées à la société BBB.

Enfin, la société BBB S.A. conteste qu'elle ait consenti à une quelconque réduction du prix du marché pour le cas où le certificat de résistance au feu du matériel livré ne serait pas fourni à temps.

Subsidiairement, la société BBB S.A. demande la nomination d'un expert luxembourgeois afin de déterminer les défectuosités en rapport avec le terrain de football.

Se déduisent de l'étude des pièces du dossier les considérations suivantes :

- Suivant certificat établi par l'entreprise *III* du 6 mai 2008, il a été livré « *precision sieved, dries natural sand 0,5 – 1,2 mm to Jäämestarit Oy, three full truck loads* » en date des 21, 22 et 23 novembre 2005.

L'attestation testimoniale de DDD du 5 août 2009 est dépourvue de toute valeur probante, alors qu'il semble peu probable qu'un témoin puisse *sur la base d'une inspection visuelle* prétendre que le *sable de l'échantillon* (sable lavé) *était différent du sable posé sur le terrain par BBB/Jäämestarit.*

La cause d'une poussière démesurée dans le hall laisse d'être déterminée.

Qu'elle soit à attribuer à l'utilisation du sable non lavé dans la pelouse artificielle du terrain, laisse d'être établi au regard des attestations se contredisant à ce sujet.

- Concernant la *prétendue non-conformité de la pelouse artificielle aux normes prescrites en matière d'incendie*, il y a lieu de relever que la déposition de DDD du 26 mai 2009 n'est pas convaincante à ce propos, le témoin étant simplement *d'avis* que *la quantité de sable et de granules du terrain de football posé par BBB est nettement inférieure aux quantités de matériaux de l'échantillon ayant servi à l'essai de combustion du RRR et le ratio du mélange sable-granules n'est pas non plus conforme au test du RRR*.

A relever que le *Rapport économique final* du 1er juin 2006 note que « (… …) *La longueur des fibres de la pelouse artificielle est conforme au contrat.* (… …). *Sur la base des lettres de voiture, on obtient une quantité de sable épandue de 11,66 kg/m2.* (… …). *Du produit de remplissage SSS a été installé à hauteur de 13,51 kg/m2.* (… …) ».

Il ne saurait être sérieusement contesté que le ratio sable/granulés correspond aux normes en matière d'incendie, alors que le test au feu

effectué par le RRR le 22 mars 2008, sur base de ce même ratio, témoigne à suffisance de la résistance au feu du produit *BBB-TURF.*

S'il est vrai que la société BBB S.A. a fait parvenir le 21 juin 2005 à la société AAA une lettre disant que « *it was further agreed that if BBB could not produce such certificate for the turf in time, the agreed contract price will be reduced by the contract value of the turf, net of any discounts and sponsoring, both in proportion* », toujours est-il – et la société BBB S.A. l'a à bon escient relevé – qu'aucune preuve d'un retard de l'obtention du certificat d'incendie par rapport à une date déterminée et contractuellement fixée n'a été rapportée.

- Les quatorze sacs de granulés laissés sur le terrain par la société BBB S.A. servaient à l'entretien du terrain par la société AAA, étant précisé que *les granulés se tassent lorsque le terrain de football est mis en service* (cf : attestation testimoniale de GGG du 15 septembre 2009) de sorte qu'un *épandage ultérieur lors de l'entretien et de la maintenance du terrain* s'imposait (cf : attestation testimoniale de Seppo Juhani JOKI du 7 août 2009).

- S'il est vrai que des ondulations se sont manifestées par endroit, les juges de première instance ont cependant à juste titre retenu qu'ils ne peuvent plus *tirer une quelconque conclusion sur la qualité des prestations effectuées par la société BBB S.A.*, étant précisé que le terrain est utilisé – fait non contesté – à 100 % depuis l'été 2006 et que dès lors le recours à une expertise, soit près de quatre années après la mise en utilisation du terrain, ne saurait plus être concluant.

Les juges de première instance sont partant à confirmer en ce qu'ils ont débouté la société AAA de sa demande en indemnisation en rapport avec le terrain de football.

e) <u>quant au retard dans les travaux de construction</u>

Pour débouter la société AAA de sa demande en obtention de l'indemnité pour retard dans l'exécution des travaux, plafonnée aux termes de l'*Agreement of small building works* au montant de 37.600 €, le tribunal a dit :

Vu qu'il n'est pas contesté que tous les terrains réalisés par la société BBB S.A. sont actuellement utilisés et que la société AAA n'a pas établi de retard dans l'exécution des travaux « Originaires », mais qu'elle entend fonder sa demande sur des travaux de réparation qui n'ont pas encore été achevés, il y a lieu de déclarer sa demande non fondée. En effet, les terrains ayant pu être utilisés entre leur réalisation initiale et des réparations éventuelles, la société AAA ne peut prétendre à une indemnité de retard.

La société AAA critique les juges de première instance d'avoir ainsi décidé, faisant plaider que *la clause pénale convenue entre parties s'entend d'un retard dans l'exécution des travaux jusqu'à la réalisation parfaite des prestations par la société BBB S.A..*

La société BBB S.A. ne conteste pas que l'exécution des travaux a accusé un retard correspondant au moins à 50 jours.

Elle s'oppose cependant au paiement du montant de 37.600 € en faisant plaider que *le litige opposant les parties n'a pas pour objet l'exécution des travaux originaires mais, le cas échéant, l'exécution de travaux de réfection après l'utilisation des terrains* ; que *par travaux inachevés, les parties au contrat ont nécessairement entendu des ouvrages inutilisables, ce qui n'est forcément pas le cas en l'espèce puisque l'arène sportive a ouvert ses portes au public depuis presque quatre ans.*

L'*Agreement on small building works* prévoit, sous l'intitulé *Liquidated damages*, que :

Should the building works be delayed, the developer shall be entitled to liquidated damages paid by the contractor as follows:

With the respect to completion of the building works, EUR 752 for each working day, however, not more than EUR 37.600 for a total of 50 working days.

Ce paragraphe doit s'entendre en ce sens que la clause pénale joue en cas de retard dans l'exécution des travaux jusqu'à leur achèvement.

Etant donné qu'il est constant en cause que l'achèvement des travaux a été retardé et que la durée du retard, à savoir au moins 50 jours, n'a pas été contestée par la société BBB S.A., il y a lieu – en se tenant au sens littéral de la clause ci-dessus indiquée – de condamner la société BBB S.A. à payer à la société AAA le montant de 37.600 € avec les intérêts légaux à partir du 5 mars 2008, date de l'assignation en justice, jusqu'à solde.

Les juges de première instance sont partant à réformer sur ce point.

III) Conclusion

Vu l'issue de la demande en indemnisation de la société AAA S.A., la Cour estime qu'il y d'ores et déjà lieu de sanctionner la demande en paiement de la société BBB S.A., le seul point de la demande en indemnisation de la société AAA non encore définitivement toisé étant celui relatif à l'indemnisation en rapport avec les terrains de basketball.

Il échet partant de condamner la société AAA au montant de 99.680,28 € avec les intérêts légaux à partir de la mise en demeure du 29 janvier 2007, jusqu'à solde.

Il échet de réserver en l'état actuel des choses les demandes respectives des parties en obtention d'une indemnité de procédure.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit les appels principal et incident ;

réformant :

condamne la société AAA à payer à la société BBB S.A. le montant de 99.680,28 € avec les intérêts légaux à partir de la mise en demeure du 29 janvier 2007, jusqu'à solde ;

condamne la société BBB S.A. à payer à la société AAA le montant de 35.600 € avec les intérêts légaux à partir du 5 mars 2008, date de l'assignation en justice, jusqu'à solde.

déboute la société AAA de la demande en indemnisation en rapport avec les locaux généraux ;

avant tout autre progrès en cause, admet la société BBB S.A., dans le cadre de la demande en indemnisation de la société AAA en rapport avec le terrain de basket-ball, de prouver par les témoins

1) GGG
   local sales manager
   c/o BBB S.A.

2) JJJ
   délégué à la gestion journalière
   c/o BBB S.A.

3) EEE
   ouvrier
   (Italie)

les faits suivants :

- *Tôt le matin du jour prévu pour l'installation, par la société BBB S.A., du revêtement sur le terrain de basketball au début du mois de décembre 2005, sans préjudice quant à la date exacte, le taux d'humidité du sol a été mesuré par Monsieur FFF et un autre ouvrier de la société BBB S.A. sur place. Celui-ci montrait que l'humidité n'était pas encore « sortie » du sol et c'est ainsi que ces deux ouvriers ont conseillé à Monsieur DDD, chef de travaux responsable du chantier de construction pour la société AAA, d'attendre avec le revêtement et a attiré l'attention de Monsieur DDD aux risques éventuels liés à une installation dans ces conditions, notamment au risque que le tapis ne tient plus si l'humidité sort après sa fixation. Monsieur DDD a insisté sur un revêtement dudit terrain sur le champ.*

- *Tôt le matin du jour prévu pour l'installation, par la société BBB S.A., du revêtement sur le terrain de basketball au début du mois de décembre 2005, sans préjudice quant à la date exacte, la température extérieure était de 0 ° C et l'arène sportive était entièrement ouverte en raison des travaux et non chauffée. Monsieur EEE et un autre ouvrier de la société BBB S.A. sur place ont averti Monsieur DDD, chef de travaux responsable du chantier de construction pour la société AAA des risques liés à une installation à une température inférieure à 18 ° C et notamment du risque que le tapis pourrait ne pas tenir, coller. Monsieur DDD a insisté sur un revêtement desdits terrains sur le champ.*

fixe jour et heure de l'enquête principale au **lundi, 11 octobre 2010, à 9.00 heures**, en la salle d'enquêtes n° C.R. 0.12 au rez-de-chaussée de la Cour Supérieure de Justice, Plateau du Saint-Esprit à Luxembourg ;

fixe jour et heure de la contre-enquête au **lundi, 29 novembre 2010, à 9.00 heures**, en la salle d'enquêtes n° C.R. 0.12 au rez-de-chaussée de la Cour Supérieure de Justice, Plateau du Saint-Esprit à Luxembourg ;

dit que la société AAA devra faire connaître au greffe de la Cour au plus tard le **5 novembre 2010** les noms, prénoms et demeures des témoins éventuels dont elle sollicite l'audition lors de la contre-enquête ;

renvoie l'affaire devant Madame la première conseillère Annette GANTREL, magistrat chargé de la mise en état, et la charge de procéder à la mesure d'instruction ordonnée ;

pour le surplus :

confirme les juges de première instance en ce qu'ils ont déclaré non fondée la demande en indemnisation de la société AAA en rapport avec les terrains d'uni-hockey ;

confirme les juges de première instance en ce qu'ils ont déclaré non fondée la demande en indemnisation de la société AAA en rapport avec le terrain de football ;

réserve les demandes respectives des parties en obtention d'une indemnité de procédure.