Arrêt commercial

Audience publique du quinze décembre deux mille dix.

Numéro 35051 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 à responsabilité limitée AAA s.à r.l., *établie et ayant son siège social à UUU, inscrite au registre de commerce de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son gérant actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Yves TAPELLA d'Esch-sur-Alzette du 20 juillet 2009,*

comparant par Maître Pierre METZLER, avocat à Luxembourg ;

e t :

la société à responsabilité limitée BBB, *anciennement la société à responsabilité limitée BBB1, établie et ayant son siège social à VVV, inscrite au registre de commerce de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son gérant actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du susdit exploit TAPELLA,*

comparant par Maître François COLLOT, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 2 novembre 2006, la société BBB1 s.à r.l., actuellement et ci-après dénommée la société BBB s.à r.l., a fait comparaître la société AAA s.à r.l. devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile, pour y voir condamner la société défenderesse au paiement d'un solde de facture, soit à la somme de 67.341,82 € avec les intérêts légaux à partir du 16 décembre 2005 jusqu'à solde.

La société BBB s.à r.l., qui était intervenue en tant qu'architecte et ingénieur-conseil lors de la construction d'un bâtiment à XXX devant servir à la société AAA s.à r.l. d'atelier de traiteur et de pâtissier, de magasin de vente et de restaurant, s'est prévalue de la théorie de l'acceptation de la facture.

Par jugement du 23 avril 2009, le tribunal a condamné la société AAA s.à r.l. à payer à la société BBB s.à r.l. la somme de 67.341,82 € avec les intérêts de retard au taux légal à partir du 2 novembre 2006 jusqu'à solde, ainsi que la somme de 2.500 € à titre d'indemnité de procédure.

Pour ce faire, le tribunal a :

- dit qu'il n'est pas contesté entre parties qu'elles ont conclu un contrat oral ;
- admis que le devis dressé par la société BBB s.à r.l., échangé entre parties et accepté par la société AAA s.à r.l. au moment de son émission, soit dès l'année 2004, a valeur de correspondance commerciale acceptée entre parties ;
- dit que cet accord établit non seulement l'accord des parties sur la conclusion du contrat mais encore leur accord sur le calcul du montant des honoraires, à savoir 6,5 % du montant des travaux à effectuer sous la responsabilité de la société BBB s.à r.l. ;
- dit que comme cet accord ne peut plus être mis en cause toutes les conclusions de la société AAA s.à r.l. tendant à voir dire qu'il y a absence de contrat valable, sinon défaut d'accord sur ses éléments essentiels sont à rejeter ;
- dit que par le renvoi de la facture du 9 septembre 2005 et la revendication d'une facture plus détaillée, la société AAA s.à r.l. a rejeté cette facture en bloc, obligeant ainsi la société BBB s.à r.l. d'y apporter quelques modifications ;
- dit qu'à défaut de protestations précises ou circonstanciées contre la facture datée du 13 octobre 2005, comportant des annexes, la société AAA s.à r.l. a accepté cette facture ;
- dit que la lettre de l'avocat de la société AAA s.à r.l. du 21 décembre 2005, intervenue suite à une mise en demeure, contient des contestations non circonstanciées intervenues tardivement.

Constatant que la société AAA s.à r.l. n'est pas fondée à se prévaloir de l'absence de contrat et que les montants réclamés par la société

BBB s.à r.l., étaient dus, le tribunal a rejeté la demande reconventionnelle de la société AAA s.à r.l. en restitution des acomptes de 127.059,94 € d'ores et déjà payés.

Au motif que la société AAA s.à r.l. n'a pas établi qu'elle avait mandaté la société BBB s.à r.l. de prévoir la possibilité d'un agrandissement du restaurant vers le premier étage, le tribunal a rejeté sa demande reconventionnelle portant sur le montant de 108.942,95 € formulée en raison de l'oubli de la trémie par la société BBB s.à r.l..

Le tribunal a en outre rejeté la demande reconventionnelle de la société AAA s.à r.l. relative aux colonnes ballastées au motif que la société AAA s.à r.l. n'a pas indiqué en quoi consiste le préjudice qu'elle a subi en raison de l'oubli de la société BBB s.à r.l. de budgétiser la dépense relative aux colonnes ballastées.

Le tribunal, refusant d'instituer une mesure d'expertise, a rejeté le surplus de la demande reconventionnelle faute d'explications intelligibles, de preuve et de pièces à l'appui.

Le tribunal a finalement débouté la société AAA s.à r.l. de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure et a condamné la société AAA s.à r.l. aux frais et dépens de l'instance.

Par exploit d'huissier du 20 juillet 2009, la société AAA s.à r.l. a relevé appel du jugement du 23 avril 2009.

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

La société AAA s.à r.l. demande tout d'abord que par réformation du jugement entrepris la société BBB s.à r.l. soit déboutée de sa demande et qu'il soit fait droit à sa demande reconventionnelle en restitution des acomptes.

La société AAA s.à r.l. conteste l'existence d'un contrat entre parties.

Pour obtenir gain de cause, la société AAA s.à r.l. fait valoir en ordre principal que l'existence d'un contrat ne saurait être admise en vertu de la théorie de la correspondance commerciale acceptée.

Elle expose dans ce contexte que l'écrit de la société BBB s.à r.l., dressé le 22 novembre 2004, n'est pas à considérer comme correspondance commerciale acceptée dès lors que cet écrit lui a été transmis postérieurement à ses contestations du décompte final du 9 septembre 2005.

Dans un ordre subsidiaire, la société AAA s.à r.l. invoque l'article 8 du règlement grand-ducal du 17 juin 1992 déterminant la déontologie des architectes et des ingénieurs-conseils *(Pour toute mission, une*

convention doit être rédigée par écrit et signée par les deux parties, au plus tard lorsque la mission a été définie ; cette convention doit préciser les obligations réciproques des parties, telles qu'elles résultent de la législation et de la réglementation applicables) pour dire qu'à défaut de convention écrite et signée par les deux parties il n'y a pas eu de contrat.

En ce qui concerne les honoraires pour étude du bâtiment avec étage (8.397,68 €), pour suppression de l'étage (6.623,65 €) et pour études supplémentaires (3.126,36 €), elle invoque l'article 9 alinéa 2 du prédit règlement grand-ducal *(Toute modification importante du programme fixé dans la convention, intervenant au cours de l'étude ou de l'exécution des travaux, doit faire l'objet d'une convention additionnelle qui en mentionnera l'incidence financière.)* pour affirmer qu'à défaut de convention additionnelle il n'y a pas eu non plus de contrat relativement aux prestations supplémentaires lui mises en compte.

La société AAA s.à r.l. affirme que la théorie de la facture acceptée ne saurait jouer étant donné qu'elle a tant avant la réception de la facture, c'est-à-dire dès l'année 2004, qu'après la réception de la facture émis des protestations précises et concordantes.

La société AAA s.à r.l. invoque notamment un échange de courriers entre parties qui a eu lieu début 2005, ainsi que ses courriers du 13 septembre 2005, du 21 octobre 2005, du 21 décembre 2005 et du 28 février 2006.

La société BBB s.à r.l., qui se prévaut de l'imprécision et de la tardiveté des protestations de la société AAA s.à r.l., demande à la Cour de dire que c'est à bon droit que les premiers juges ont dit qu'il y avait acceptation de sa facture.

Elle explique qu'il avait été convenu, selon devis du 14 février 2002, que ses honoraires de base s'élèveraient à 6,5 % du montant des travaux et que suivant accord passé avec III, son architecte de l'époque, les travaux supplémentaires devraient être facturés sur base du barème en vigueur au sein de l'O.A.I..

Suivant écrit du 9 septembre 2005, intitulé « Décompte », la société AAA s.à r.l. s'est vu réclamer un solde de 67.341,82 € HTVA.

Le mode de calcul du montant de 155.426,44 HTVA, réclamé du chef des *« Honoraires étude et exécution du projet actuel »* est indiqué d'une façon sommaire en les termes suivants :
« Montant des travaux sous la responsabilité de BBB1 2.391.178 €
Taux des honoraires 6,5 %. »

En ce qui concerne les honoraires pour études du bâtiment avec étage (8.397,68 €), pour suppression de l'étage (6.623,65 €) et pour

études supplémentaires (3.126,36 €), les prestations et le mode de calcul des honoraires sont détaillés et précisés avec soins.

Ce décompte du 9 septembre 2005 a suscité de la part de la société AAA s.à r.l. un courrier du 13 septembre 2005 de la teneur suivante :

« Par ce présent courrier, nous nous permettons de vous renvoyer l'original du décompte des honoraires que nous ne pouvons accepter.

En effet, avant de vérifier et conclure ce bilan, nous souhaitons tout d'abord mettre un point final à notre problème de l'ouverture pour escalier 1er étage.

Vous nous avez présenté fin juillet une étude réalisée par vos soins. Or le montant de celle-ci nous a paru dans l'ensemble assez faible, compte tenu des travaux à réaliser. Nous avons donc mené, par l'intermédiaire d'un autre cabinet d'ingénieurs, une contre-étude, qui ne sera complètement terminée que d'ici 3 à 4 semaines.

Une fois l'étude terminée, nous reprendrons donc contact avec votre équipe afin de trouver un arrangement à ce problème.

En attendant, nous vous demandons de re-vérifier votre décompte en tenant compte des différents faits qui ont pu se produire lors de l'avancement du chantier. Certains montants ou frais supplémentaires nous semblent en effet injustifiés. »

Par lettre du 7 octobre 2005, la société BBB s.à r.l. a répondu en les termes suivants :

« Conformément à ce qui a été dit lors de notre entretien téléphonique qui a suivi, nous vous faisons parvenir le détail du montant des travaux réalisés sous notre responsabilité (somme des montants repris en rouge).

Un taux d'honoraire de 6,5 % a été appliqué selon nos accords.

Vous voudrez donc bien verser le montant d'honoraires encore dû (renseigné sur notre courrier recommandé du 9 septembre 2005) sur un de nos comptes cités en marge. »

Le détail auquel se réfère la lettre du 7 octobre 2005 se présente sous forme d'une liste de cinq pages énumérant les travaux exécutés sous la responsabilité de la société BBB s.à r.l. et les prix de ces travaux, prix sur lesquels le taux d'honoraires de 6,5 % a été appliqué.

Le 21 octobre 2005, la société AAA s.à r.l. a répondu en les termes suivants :

« Par ce présent courrier, nous nous permettons de répondre à votre courrier du 7 octobre. Nous avons bien reçu le détail de votre facturation mais, comme nous vous l'avions déjà signalé dans notre courrier précédent (cf. lettre recommandée du 13 septembre), pour l'instant, nous ne pouvons en aucun cas accepter ce décompte des

honoraires jusqu'à ce que le problème de l'ouverture du 1er étage soit résolu.

En effet, comme nous en avions discuté par téléphone, l'étude indépendante que nous avions lancée auprès d'un bureau d'Ingénieur d'études nous est revenue ces jours-ci, d'où notre réponse tardive à votre courrier. Elle a confirmé nos suspicions et montre que la somme que vous proposiez pour la réalisation de l'ouverture pour l'escalier du 1er étage (2.465 Euros, courrier du 1er juin 2005) est franchement sous-estimée.

Afin de finaliser ensemble ce problème, nous souhaiterions donc vous rencontrer le mercredi, 9 novembre 2005 à 14 h en présence justement des ingénieurs du bureau d'études indépendant.

Une fois d'accord, nous pourrons alors lancer la validation de la facture de vos honoraires. »

Le 16 décembre 2005, la société BBB s.à r.l. a mis la société AAA s.à r.l. en demeure de payer.

Suite à cette mise en demeure, l'avocat de la société AAA s.à r.l. a répondu par lettres du 21 décembre 2005 et du 28 février 2006.

La facture est un écrit dressé par un commerçant et dans lequel sont détaillés l'espèce et le prix des marchandises ou des prestations, le nom du client destinataire et l'affirmation de la dette de ce dernier.

L'acceptation de la facture constitue une manifestation d'accord au sujet de l'existence et des modalités d'un contrat et de plus une manifestation d'accord sur la créance affirmée par celui qui a émis la facture en exécution de ce contrat.

La facture est notamment acceptée par le silence du commerçant qui la reçoit.

Pour enlever à son silence toute signification d'adhésion, ce commerçant doit prendre l'initiative d'émettre dans un bref délai à partir de la réception de la facture des protestations précises valant négation de la créance affirmée.

Si des protestations vagues suffisaient, nombre de clients ne manqueraient pas d'en formuler par prudence et sans grand fondement de manière à se réserver l'avenir. Ce serait contraire aux besoins de célérité et de sécurité qui se trouvent à la base du commerce.

Les protestations ne doivent pas nécessairement être postérieures à la facture.

Les conditions de précision exigées pour qu'on puisse se trouver en présence d'une facture au sens de l'article 109 du Code de commerce n'ont été en l'occurrence remplies que par l'envoi en date du 7 octobre 2005 du détail du montant des travaux réalisés.

Il n'y a donc eu facture qu'en date du 7 octobre 2005, quitte à ce que celle-ci soit constituée à la fois par les données du décompte du 9 septembre 2005 et par les données parvenues à la société AAA s.à r.l. par la lettre du 7 octobre 2005.

Même si on peut considérer, au vu du contenu des courriers échangés début 2005, qu'il y ait eu des discussions entre parties dès 2004, il n'en demeure pas moins que ces discussions ne permettent pas de conclure à l'existence de contestations précises émises en vue de contrecarrer les prétentions émises dans une future facture.

A part le dernier alinéa de la lettre du 13 septembre, rédigé d'une manière tout à fait vague, les deux lettres du 13 septembre 2005 et du 21 octobre 2005 ne concernent que la trémie, c'est-à-dire l'ouverture pour un escalier dans la dalle en béton. Les termes des deux lettres ne permettent pas de dire si et dans quelle mesure la société AAA s.à r.l. entend en définitive, en raison de la trémie, s'opposer au paiement. On peut tout au plus déduire des deux lettres, notamment de la lettre du 21 octobre 2005, que la société AAA s.à r.l., qui ne dit pas qu'elle répercute la somme de l'étude indépendante sur la société BBB s.à r.l., entend avoir une discussion technique, en présence du bureau d'études indépendant, pour avoir des éclaircissements supplémentaires relativement à l'impact financier du problème de la trémie.

Il se dégage des développements qui précèdent que la société AAA s.à r.l. n'a pas par ses lettres du 13 septembre 2005 et du 21 octobre 2005 émis des contestations précises à l'égard de la facture du 7 octobre 2005.

On peut présumer que le courrier contenant la facture du 7 octobre 2005 a été reçu dans les délais normaux d'acheminement.

Dès lors le bref délai pour émettre des protestations était dépassé en date du 21 décembre 2005 et du 28 février 2006.

Les lettres de l'avocat de la société AAA s.à r.l. du 21 décembre 2005 et du 28 février 2006 contiendraient-elles même des protestations précises, sont, étant tardives, pas de nature à valoir négation de la créance affirmée dans la facture.

A défaut de protestations précises émises endéans un bref délai à partir de la réception de la facture, il y a eu acceptation de la facture du 7 octobre 2005.

La société AAA s.à r.l. a donc reconnu qu'elle devait le montant de 173.573 € + T.V.A. de 12 % et qu'après déduction des acomptes elle devait encore un solde de 67.341,82 €.

Par l'acceptation de la facture, la société AAA s.à r.l. a reconnu que la situation contractuelle entre parties était telle que les montants lui réclamés étaient justifiés.

L'existence du contrat, contestée par la société AAA s.à r.l., est donc établie et il s'avère partant inutile d'examiner si, à quel moment et par l'envoi de quel document, il s'est opéré une acceptation d'une correspondance commerciale.

Le principe du consensualisme implique que dans le doute un écrit n'est pas exigé comme élément constitutif de la convention mais uniquement pour la preuve.

Il ne peut être déduit des termes des articles 8 et 9 du règlement grand-ducal du 17 juin 1992 dont se prévaut la société AAA s.à r.l. que par l'imposition des formes écrites il soit dérogé au principe du consensualisme et que l'écrit soit exigé comme élément constitutif du contrat entre le maître de l'ouvrage et l'architecte et/ou l'ingénieur-conseil.

L'écrit n'étant pas exigé ad solemnitatem, il n'y a pas d'obstacle à ce que la preuve de l'existence d'un contrat entre les sociétés commerciales AAA s.à r.l. et BBB s.à r.l. se fasse par l'acceptation de la facture.

La société AAA s.à r.l. se prévaut partant à tort de la violation des articles 8 et 9 alinéa 2 du règlement grand-ducal du 17 juin 1992.

Comme par l'acceptation de la facture la société AAA s.à r.l. a reconnu que les prestations détaillées dans la facture ont été exécutées, la société AAA s.à r.l. ne peut plus faire grief à la société BBB s.à r.l. de lui avoir mis en compte des honoraires pour des prestations qu'elle n'a pas exécutées.

Puisque la société AAA s.à r.l. a accepté la facture, elle doit à la société BBB s.à r.l. le montant de 67.341,82 € avec les intérêts de retard au taux légal à partir du 2 novembre 2006, intérêts non contestés par la société BBB s.à r.l.. Elle n'est partant pas fondée à réclamer restitution des acomptes payés.

Le jugement entrepris est donc à confirmer en ce qu'il a condamné la société AAA s.à r.l. à payer à la société BBB s.à r.l. la somme de 67.341,82 € avec les intérêts de retard au taux légal à partir du 2 novembre 2006 jusqu'à solde et en ce qu'il a rejeté la demande reconventionnelle de la société AAA s.à r.l. en restitution des acomptes payés.

Reprochant à la société BBB s.à r.l. différentes fautes, notamment des fautes de conception, la société AAA s.à r.l. demande que par réformation du jugement entrepris il soit fait droit à sa demande reconventionnelle portant sur un montant de 382.704,95 €.

Cette demande est conçue en les termes suivants :

*« **1.** la société AAA demande la condamnation de la société BBB à lui payer au moins le montant de **108.942,95.-EUR**, ou tout montant supérieur à arbitrer par Votre Cour à dire d'expert, au titre des travaux à réaliser pour permettre un accès au premier étage ;*

*La société AAA demande la condamnation de la société BBB à lui payer au moins le montant de **90.000.-EUR** ou tout montant supérieur à arbitrer par Votre Cour à dire d'expert, à titre de perte d'exploitation ;*

***2.** la société AAA demande la condamnation de la société BBB à lui payer au moins le montant de **86.000.-EUR**, ou tout montant supérieur à arbitrer par Votre Cour à dire d'expert, au titre des colonnes ballastées ;*

***3.** la société AAA demande la condamnation de la société BBB à lui payer au moins le montant de **16.370.-EUR** ou tout montant supérieur à arbitrer par Votre Cour à dire d'expert pour les frais de la passerelle SSS ;*

***4.** la société AAA demande la condamnation de la société BBB à lui payer au moins le montant de **6.000.-EUR**, ou tout montant supplémentaire que Votre Cour retiendra au titre de la pose des cloisons ;*

***5.** la société AAA demande la condamnation de la société BBB à lui payer au moins le montant de **12.000.-EUR**, ou tout montant supérieur à arbitrer par Votre Cour à dire d'expert, pour le supplément engendré par l'erreur de calcul du poids du mur pour la dalle du local technique ;*

***6.** la société AAA demande la condamnation de la société BBB à lui payer au moins le montant de **4.000.-EUR**, ou tout montant supérieur à arbitrer par Votre Cour à dire d'expert, correspondant aux frais de maçonnerie engendrés pour la réalisation du mur coupe feu dans la partie restaurant qui était inutile ;*

***7.** la société AAA demande la condamnation de la société BBB à lui payer au moins le montant de **2.000.-EUR** ou tout montant supérieur à arbitrer par Votre Cour à dire d'expert pour avoir prévu des descentes d'eau non utilisées à l'entrée du magasin et dans le local technique ;*

***8.** la société AAA demande la condamnation de la société BBB à lui payer au moins le montant de **2.500.-EUR** ou tout montant supérieur à*

arbitrer par Votre Cour à dire d'expert pour avoir conçu une trappe inutile de révision Fiberlite du séparateur de graisse alors que le nettoyage n'est pas possible ;

9. *la société AAA demande la condamnation de la société BBB à lui payer au moins le montant de* ***3.500.-EUR*** *ou tout montant supérieur à arbitrer par Votre Cour à dire d'expert pour l'achat d'un déshumidificateur ;*

10. *la société AAA demande la condamnation de la société BBB à lui payer au moins le montant de* ***1.000.-EUR*** *ou tout montant supérieur à arbitrer par Votre Cour à dire d'expert pour travaux d'étanchéité de la façade en haut du chassis des fenêtres du magasin et du restaurant ;*

11. *la société AAA demande la condamnation de la société BBB à lui payer au moins le montant de* ***1.200.-EUR*** *ou tout montant supérieur à arbitrer par Votre Cour à dire d'expert pour avoir prévu des cales portes inutiles sur les quatre portes extérieures ;*

12. *la société AAA demande la condamnation de la société BBB à lui payer le montant de* ***2.000.-EUR*** *ou tout montant supérieur à arbitrer par Votre Cour à dire d'expert pour pose d'articles inutile de serrurerie effectué par l'entreprise TTT sur la porte d'accès au local technique alors que la porte n'a pas été posée dans les règles de l'art et qu'il faut remplir ces socles de mousse afin d'avoir une étanchéité correcte ;*

13. *la société AAA demande la condamnation de la société BBB à lui payer au moins le montant de* ***20.756.-EUR*** *ou tout montant supérieur à arbitrer par Votre Cour à dire d'expert pour les coûts supplémentaires relatifs à l'auvent ;*

14. *la société AAA demande la condamnation de la société BBB à lui payer le montant de* ***8.600.-EUR*** *ou tout montant supérieur à arbitrer par Votre Cour à dire d'expert pour la chape de compression pour avoir été facturée deux fois ;*

15. *La société AAA demande la condamnation de la société BBB à lui payer le montant de* ***2.080.-EUR ;***

Un coût supplémentaire de ***2.080.-EUR*** *ou tout montant supérieur à arbitrer par Votre Cour à dire d'expert a été supporté par la société AAA ;*

16. *le déplacement des bordures du coin restaurant a du être réalisé, ceci a occasionné un cout de* ***1.000.-EUR*** *ou tout montant supérieur à arbitrer par Votre Cour à dire d'expert ;*

17. *la société AAA demande la condamnation de la société BBB à lui payer le montant de* ***2.256.- EUR*** *ou tout montant supérieur à arbitrer*

par Votre Cour à dire d'expert pour les frais engagés pour mettre en place la poutre transversale ;

***18.** la société AAA demande la condamnation de la société BBB à lui payer le montant de **12.500.- EUR** ou tout montant supérieur à arbitrer par Votre Cour à dire d'expert pour les frais engagés pour mettre en place les poutres horizontales ; »*

Il y a lieu de passer en revue les différents chefs de la demande reconventionnelle.

ad 1)

La société AAA s.à r.l. expose qu'il a été convenu que le bâtiment devrait être conçu de telle façon qu'une extension ultérieure par l'ajout d'un étage supplémentaire serait facilement réalisable.

Dans ce contexte, elle reproche à la société BBB s.à r.l. d'avoir oublié de réaliser, dès la première phase d'exécution dans la dalle en béton, devant servir de sol à l'étage supplémentaire, une trémie, trémie qui aurait dû être fermée provisoirement par une charpente en bois.

Elle reproche encore à la société BBB s.à r.l. d'avoir fait un mauvais agencement intérieur des lieux de sorte qu'en cas d'ajout d'un étage supplémentaire il faudrait tout détruire pour tout reconstruire.

Au regard des fautes qu'elle reproche à la société BBB s.à r.l., la société AAA s.à r.l. s'estime en droit de réclamer les frais de réalisation d'un accès à l'étage, frais qu'elle estime devant s'élever à 108.942,95 €.

Pour établir qu'il y a eu oubli de la part de la société BBB s.à r.l. de réaliser la trémie, la société AAA s.à r.l. demande la communication d'un rapport d'une entreprise JJJ, rapport auquel la société BBB s.à r.l. a fait allusion dans une lettre du 14 octobre 2004.

La société BBB s.à r.l. explique que les frères MMM et NNN, associés de la société AAA s.à r.l., étaient en désaccord quant à l'ajout d'un étage supplémentaire.

Elle avance que si NNN avait écarté l'idée de concevoir un bâtiment prêt pour recevoir ultérieurement un étage supplémentaire, MMM avait exigé la création d'infrastructures permettant l'ajout ultérieur d'un étage supplémentaire mais aux conditions que cela n'ait pas un impact visible.

Elle dit que ces infrastructures, qui ont dû être cachées à NNN, ont été réalisées.

Cette version des faits est établie sur base des attestations versées par la société BBB s.à r.l. émanant de OOO, de PPP et de QQQ, architecte anciennement au service de la société BBB s.à r.l., qui a notamment déclaré « *que nous devions tenir les dispositions prévues pour l'accès à l'étage secrètes* ».

La société BBB s.à r.l. conteste qu'elle ait été chargée de la réalisation de la trémie et avance qu'une telle réalisation aurait été contraire aux ordres de MMM.

Il n'est pas contesté que MMM avait pouvoir pour engager la société AAA s.à r.l..

Dès lors son ordre, nécessairement donné au moment des travaux de gros-œuvre, de créer des infrastructures permettant l'ajout ultérieur d'un étage, mais devant rester cachées à NNN, a – la réalisation d'une trémie étant visible – impliqué que la trémie n'était pas à réaliser.

Le courrier de la société BBB s.à r.l. du 14 octobre 2004, qui vaut contestation de l'oubli de la trémie, les courriers de la société AAA s.à r.l. du 13 septembre 2005 et du 21 octobre 2005, qui se prononcent en termes vagues au sujet de la trémie, et le courrier du 25 janvier 2006 de la société AAA s.à r.l., qui contient une simple affirmation qu'au cours du développement de l'avant-projet la réalisation de la trémie fut retenue, ne permettent pas de contredire l'accord, intervenu au plus tard lors des travaux de gros-œuvre, que la trémie n'était pas à réaliser.

Dans son courrier du 14 octobre 2004 la société BBB s.à r.l. a écrit *« Je suis par ailleurs fort étonné du rapport de l'entreprise JJJ qui mentionne par écrit … » au contrôle du plan d'exécution de la charpente, la percée de l'escalier fût oubliée par le responsable de l'étude, « insinuant directement un oubli de ma part ».*

Le rapport de l'entreprise JJJ, qui exprime la simple opinion de cette entreprise que la trémie a été oubliée sur des plans d'exécution, n'est pas de nature à contredire l'existence d'un accord impliquant que la trémie n'était pas à réaliser.

Le rapport JJJ étant sans pertinence, il n'y a pas lieu d'accueillir la demande de la société AAA s.à r.l. en communication de ce rapport.

En ce qui concerne l'agencement intérieur, aucune faute ne saurait être imputée à la société BBB s.à r.l. dès lors qu'il résulte de l'attestation délivrée par III que la société BBB s.à r.l., qui avait indiqué à MMM l'endroit exact des infrastructures pour la réalisation d'un futur étage et de la future trémie, n'était pas responsable de l'agencement intérieur qui a été réalisée par une société RRR et qui a été personnellement commandité et géré par MMM.

A défaut de toute faute de la société BBB s.à r.l., il ne saurait pas être envisagé que la société BBB s.à r.l. doive à titre de dommages-intérêts supporter les frais d'une éventuelle future réalisation d'un accès au premier étage.

La demande reconventionnelle en tant qu'elle porte sur les montants de 108.942,95 € et de 90.000 €, montant qui semble être réclamé à titre de perte d'exploitation à subir pendant la réalisation des travaux, n'est pas fondée.

ad 2)

La société AAA s.à r.l. fait grief à la société BBB s.à r.l. de n'avoir pas prévu dès le début des colonnes ballastées – pourtant nécessaires pour soutenir le bâtiment au vu de la composition du sol –et de n'avoir pas intégré le coût des colonnes dans le prix – départ. Le montant réclamé à titre de dommages-intérêts est le montant du coût des colonnes ballastées.

Au regard du soutènement de la société AAA s.à r.l. que les colonnes ballastées ont été nécessaires, le coût de celles-ci a été de toute façon à supporter par la société AAA s.à r.l..

En réclamant, sans autres explications et précisions, l'entièreté du coût des colonnes ballastées à la société BBB s.à r.l., la société AAA s.à r.l. n'a pas fourni les éléments nécessaires pour permettre à la Cour de retenir la responsabilité de la société BBB s.à r.l.. La demande portant sur le montant de 86.000 € n'est donc pas fondée.

ad 3), ad 9), ad 10), ad 16), ad 17) et ad 18)

A défaut de précisions et d'explications de la part de la société AAA s.à r.l. permettant de caractériser une faute de la société AAA s.à r.l. en rapport avec la passerelle SSS, la demande reconventionnelle, dans la mesure où elle porte sur le montant de 16.370 €, est à déclarer non fondée.

Pour le même défaut de précisions et d'explications est également à déclarer non fondée la demande reconventionnelle dans la mesure où elle porte sur le montant de 3.500 € relatif au déshumidificateur, sur le montant de 1.000 € relatif aux travaux d'étanchéité de la façade en haut du châssis des fenêtres du magasin et du restaurant, sur le montant de 1.000 € relatif au déplacement des bordures du coin restaurant, sur le montant de 2.256 € relatif à la poutre transversale et sur le montant de 12.500 € relatif aux poutres horizontales.

ad 4), ad 5)

La société AAA s.à r.l. explique que la société BBB s.à r.l. a conçu la dalle supportant le local technique sans tenir compte du poids de la maçonnerie devant entourer le local technique et que de la sorte des cloisons légères d'un type spécial, plus onéreuses qu'une simple maçonnerie, ont dû être installées.

La société AAA s.à r.l. impute à la société BBB s.à r.l. le surcoût qui aurait pu être évité si la dalle avait été conçue en vue de supporter des murs en maçonnerie.

La société BBB s.à r.l. réplique que lors de la soumission des différents lots la société AAA s.à r.l. a choisi pour la dalle le système plus économique des éléments préfabriqués et précontraints appelés « Hourdis ».

Elle explique que ce système ne permet que l'installation de cloisons, plus chères qu'une maçonnerie.

Elle prétend cependant que l'installation de « Hourdis » avec cloisons revient globalement moins chère que l'installation d'une dalle classique supportant des murs en maçonnerie.

La société BBB s.à r.l., qui a soulevé une exception, n'a pas établi que le choix du système de « Hourdis » soit attribuable à la société AAA s.à r.l..

L'architecte commet une erreur de conception, si, en présence de deux systèmes techniquement équivalents, il choisit celui qui est le plus onéreux.

La question de savoir si deux systèmes sont techniquement équivalents et lequel parmi les deux systèmes est le plus onéreux est une question technique qui ne peut être résolue à l'aide d'une attestation et qui doit être résolue à l'aide d'une expertise.

La Cour devra donc faire abstraction de l'attestation établie par le témoin certificateur.

Il y a partant lieu de faire droit à l'offre de preuve par expertise de la société AAA s.à r.l.. Cette offre – aux fins de la rendre pleinement pertinente – est à modifier de la façon indiquée au dispositif du présent arrêt.

ad 6), ad 7), ad 8), ad 11) et ad 12)

L'architecte ne doit pas concevoir des ouvrages inutiles.

Le caractère inutile des ouvrages indiqués sub 6), sub 7), sub 8), sub 11) et sub 12) n'étant pas établi, il y a lieu, avant tout autre progrès en cause, d'instituer à propos de ces ouvrages une expertise.

L'offre de preuve par expertise de la société AAA s.à r.l., est – en vue de la rendre pleinement pertinente – à modifier de la façon indiquée au dispositif.

L'expertise étant susceptible d'apporter des éclaircissements sur l'argumentation développée à propos des ouvrages inutiles par la société BBB s.à r.l., l'examen de cette argumentation se fera après l'exécution de la mission à confier à l'expert.

ad 13)

La société AAA s.à r.l. dit que l'auvent était prévu sur l'avant-projet définitif, mais qu'il n'a pas été intégré dans l'appel d'offre.

La société BBB s.à r.l. objecte que la société AAA s.à r.l. a retenu en dernier lieu un plan ne prévoyant pas d'auvent.

La société AAA s.à r.l. n'a pas prouvé que les plans retenus en dernier lieu pour la construction ont prévu la réalisation d'un auvent.

A défaut d'avoir versé de tels plans, il y a eu carence de la société AAA s.à r.l. dans l'administration de la preuve et la Cour ne saurait suppléer à cette carence en admettant l'offre de preuve par expertise de la société AAA s.à r.l. tendant à dire qu'il y a eu oubli de l'auvent.

La société AAA s.à r.l. aurait-elle même versé des plans retenus en dernier lieu prévoyant un auvent, on ne voit pas, à défaut d'explications supplémentaires, en quoi le fait pour la société BBB s.à r.l. de n'avoir pas dans l'appel d'offre intégré l'auvent – auvent dont le coût aurait pourtant dû être assumé par la société AAA s.à r.l. – ait pu causer à la société AAA s.à r.l. un dommage de 20.756 € – 6.000 € (pare-soleil).

La société AAA s.à r.l. n'est pas fondée à réclamer un montant de 6.000 € du chef d'une découpe du pare-soleil côté gauche du restaurant. La société AAA s.à r.l. n'a en effet pas fourni les précisions et explications nécessaires pour qu'une faute de la société BBB s.à r.l. puisse être retenue à ce sujet.

ad 14)

Le soutènement de la société AAA s.à r.l. que la chape de compression aurait été facturée deux fois est contredit par l'attestation délivrée par III.

L'offre de preuve de la société AAA s.à r.l. est partant à déclarer irrecevable pour n'être pas pertinente.

ad 15)

La société AAA s.à r.l. réclame le montant de 2.080 € en raison des descentes d'eau placées de manière non adéquate.

La Cour ne possède pas les connaissances techniques nécessaires pour se prononcer sur le bien-fondé de ces griefs étayés par des photos (pièces 19, 20 et 21 de la farde I de 25 pièces de Maître METZLER) et plus amplement détaillés dans la motivation de l'acte d'appel sub 2.3.6..

L'expertise à instituer, figurant au dispositif du présent arrêt, portera donc également sur les descentes d'eau.

Les griefs soulevés par la société AAA s.à r.l. à propos des descentes d'eau étant d'ordre technique, il ne pourra être tenu compte de l'attestation délivrée par III.

L'offre de preuve par expertise de la société AAA s.à r.l. est, pour autant qu'elle concerne les postes rejetés de la demande reconventionnelle, à déclarer irrecevable pour les motifs ci-dessus retenus et pour manque de précision.

A défaut de toutes autres précisions, la société AAA s.à r.l. n'est pas fondée à réclamer 25.000 € à titre de dommage moral global.

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,

dit qu'il n'y a pas lieu d'ordonner la communication du rapport JJJ ;

confirme le jugement en ce qu'il a :

- condamné la société AAA s.à r.l. à payer à la société BBB s.à r.l. la somme de 67.341,82 € avec les intérêts de retard au taux légal à partir du 2 novembre 2006 jusqu'à solde ;

- rejeté la demande reconventionnelle de la société AAA s.à r.l. en restitution des acomptes payés ;

- rejeté la demande reconventionnelle de la société AAA s.à r.l. portant sur les montants de :

* 108.942,95 € (trémie)
* 90.000 € (perte d'exploitation)
* 86.000 € (colonnes balastées)
* 16.370 € (passerelle SSS)
* 3.500 € (dèshumidificateur)
* 1.000 € (travaux d'étanchéité de la façade en haut du chassis des fenêtres du magasin et du restaurant)
* 20.756 € (auvent)
* 8.600 € (chape de compression)
* 1.000 € (bordure du coin restaurant)
* 2.256 € (poutre transversale)
* 12.500 € (poutre horizontale)
* 25.000 € (dommage moral) ;

déclare irrecevable l'offre de preuve par expertise de la société AAA s.à r.l. pour autant qu'elle a trait aux postes rejetés de la demande reconventionnelle ;

avant tout autre progrès en cause,

nomme expert Monsieur YYY, avec la mission :

1) de dire si des Hourdis avec cloisons autour du local technique et une dalle en béton avec des murs en maçonnerie sont des systèmes également satisfaisants du point de vue technique ; dans l'affirmative d'évaluer le coût des deux systèmes ;

2) de dire si sont inutiles :

* le mur coupe-feu dans la partie restaurant (ad 6)
* les descentes d'eau à l'entrée du magasin et dans le local technique (ad 7)
* la trappe de révision Fiberite du séparateur de graisse (ad 8)
* les cales portées sur les quatre portes extérieures (ad 11)
* les articles de serrurerie posés par l'entreprise TTT sur la porte d'accès au local technique (ad 12) ;

dans l'affirmative, d'évaluer le coût des ouvrages inutiles,

3) de dire si les descentes d'eau renseignées sur les pièces 19, 20 et 21 de la farde I de 25 pièces de Maître METZLER ont été placées d'une manière non adéquate ; dans l'affirmative, d'évaluer le coût des travaux de redressement.

ordonne à la société AAA s.à r.l. de consigner au plus tard le 25 février 2011 la somme de 2.000.- euros à titre de provision à valoir sur la rémunération de l'expert YYY à la Caisse des Consignations et d'en justifier au greffe de la Cour sous peine de poursuite de l'instance selon les dispositions de l'article 468 du nouveau code de procédure civile;

charge Monsieur le premier conseiller Carlo HEYARD du contrôle de cette mesure d'instruction;

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

dit que l'expert devra déposer son rapport au greffe de la Cour le 30 juin 2011 au plus tard;

réserve le surplus.