

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Arrêt N° 136/23 - III – CIV

Arrêt civil

Audience publique du vingt-trois novembre deux mille vingt-trois

Numéro CAL-2022-00560 du rôle

Composition:

Alain THORN, président de chambre,
Anne-Françoise GREMLING, conseiller,
Marc WAGNER, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) s.à r.l., établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg du 3 juin 2022,

intimée sur appel incident,

comparant par Maître Radu Alain DUTA, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

la société anonyme SOCIETE2.) S.A., établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit KURDYBAN,

appelante par incident,

comparant par Maître Michel SCHWARTZ, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 2 février 2023.

Par exploit d'huissier du 23 septembre 2021, la société anonyme SOCIETE2.), ci-après la société SOCIETE2.), a fait donner assignation à la société à responsabilité limitée SOCIETE1.), ci-après la société SOCIETE1.), à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, pour s'y entendre condamner à lui payer :

- le montant de 32.371,09 euros, avec les intérêts légaux à partir de la mise en demeure du 13 avril 2021, sinon de la mise en demeure du 15 juillet 2021, sinon de la demande en justice jusqu'à solde, du chef de coût supplémentaire pour avoir dû recourir à une tierce entreprise,
- le montant de 14.452 euros, avec les intérêts légaux à partir de la mise en demeure du 13 avril 2021, sinon de la mise en demeure du 15 juillet 2021, sinon de la demande en justice jusqu'à solde, du chef de coût pour l'interruption des travaux,
- le montant de 8.870 euros, avec les intérêts légaux à partir du 30 avril 2021, sinon de la mise en demeure du 15 juillet 2021, sinon de la demande en justice jusqu'à solde, du chef de pénalités de retard.

La société SOCIETE2.) a encore sollicité la majoration taux d'intérêt de trois points à l'expiration du troisième mois qui suit la signification du jugement et la condamnation de la société SOCIETE1.) au paiement d'une indemnité de procédure de 5.000 euros ainsi qu'aux frais et dépens de l'instance.

A l'appui de sa demande, la société SOCIETE2.) expose avoir confié à la société SOCIETE1.) des travaux de serrurerie dans le cadre d'un projet de construction du campus scolaire « ADRESSE3.) », sis à ADRESSE4.), suivant contrat de sous-traitance du 14 octobre 2019.

Les travaux auraient dû débuter le 13 janvier 2020 et se terminer le 26 avril 2020, mais la partie assignée serait restée en défaut de délivrer les travaux commandés.

A la suite d'une mise en demeure du 8 mars 2021, restée infructueuse, la société SOCIETE2.) aurait informé l'assignée suivant courrier du 13 avril 2021 qu'elle entendait recourir à une autre entreprise en vue de terminer les travaux et aurait fait état de ses revendications financières.

La société SOCIETE2.) a fait valoir que la société SOCIETE1.) a engagé sa responsabilité contractuelle sur base de l'article 1147 du Code civil en ne respectant pas son obligation de résultat.

Le mandataire de la société SOCIETE1.) n'ayant pas notifié ses conclusions et pièces au mandataire de la société SOCIETE2.) endéans les délais prévus à l'article 222-2 (1) du Nouveau Code procédure civile, l'instruction a été clôturée par le juge de la mise en état par ordonnance du 10 février 2022.

Par jugement du 29 avril 2022, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, a reçu la demande de la société SOCIETE2.) en la forme, dit fondée la demande à concurrence du montant de 37.406,32 euros, condamné la société SOCIETE1.) à payer à la société SOCIETE2.) ledit montant, à augmenter des intérêts légaux à partir du 15 juillet 2021 jusqu'à solde, dit que le taux d'intérêt sera majoré de trois points à l'expiration du troisième mois qui suit la signification du jugement, condamné la société SOCIETE1.) à payer à la société anonyme SOCIETE2.) une indemnité de procédure de 1.000 euros et condamné la société SOCIETE1.) aux frais et dépens de l'instance.

Pour statuer ainsi, la juridiction du premier degré a d'abord rappelé que le sous-traitant est tenu à l'égard de l'entrepreneur principal d'une obligation de résultat.

Au vu de la teneur des courriers adressés par la société SOCIETE2.) à la société SOCIETE1.) entre septembre 2020 et avril 2021 et en l'absence d'éléments contraires, la juridiction du premier degré a retenu que cette

dernière n'avait pas exécuté les travaux qui lui avaient été confiés et qu'elle avait ainsi engagé sa responsabilité contractuelle.

Comme la société SOCIETE1.) n'avait pas remédié à son inaction malgré de nombreux rappels et qu'elle avait ainsi bloqué le chantier, le tribunal a admis que c'était à bon droit que la société SOCIETE2.) avait fait appel à une tierce entreprise, au sens de l'article 1144 du Code civil.

Sur base des pièces versées en cause, la demande en paiement du montant de 26.036,32 euros, au titre du surcoût résultant de la différence entre le montant qui aurait initialement dû être payé à la partie assignée et le montant effectivement payé à l'entreprise de remplacement, la société SOCIETE3.), a été déclarée fondée.

Quant au montant de 6.334,77 euros, réclamé du chef de frais généraux, le tribunal a dit que la partie demanderesse n'avait pas suffisamment justifié l'application d'un taux de 9%, à titre de *ratio* des frais généraux sur le coût des travaux de la société SOCIETE3.).

Les juges de première instance ont, dès lors, évalué *ex aequo et bono* au montant de 2.500 euros le montant des frais généraux.

La demande en paiement des pénalités de retard a été déclarée fondée à concurrence du montant de 8.870 euros, correspondant au plafond prévu à l'article 10.4 des conditions générales.

Les juges de première instance ont ensuite relevé que la société SOCIETE2.) ne versait aucune facture ou autre document permettant de retracer le montant des frais additionnels qu'elle affirmait avoir exposés du fait de la prolongation de la location de l'échafaudage et ont retenu qu'en tout état de cause, les indemnités contractuelles revenant à la demanderesse constituaient une indemnisation forfaitaire du préjudice matériel subi, en lien avec les retards dans l'exécution du chantier, de sorte qu'il ne saurait être admis que la requérante puisse cumuler ces indemnités avec des dommages et intérêts se rapportant à un préjudice matériel supplémentaire.

Le tribunal a finalement retenu que le montant de 11.319,50 euros, réclamé du chef de frais supplémentaires nés de l'arrêt et du redémarrage des travaux de pose de briques de parement, n'était pas suffisamment documenté par des pièces et que les frais allégués, à les supposer établis, étaient d'ores et déjà indemnisés par l'octroi des pénalités de retard.

La demande en paiement de la société anonyme SOCIETE2.) a partant été déclarée fondée à concurrence du montant de $[26.036,32 + 2.500 + 8.870 =]$ 37.406,32 euros.

De ce jugement, qui lui a été signifié le 20 mai 2022, la société SOCIETE1.) a régulièrement relevé appel par acte d'huissier du 3 juin 2022.

L'appelante demande à la Cour de déclarer non fondées l'ensemble des demandes de la société SOCIETE2.), par réformation du jugement entrepris, et réclame sa décharge des condamnations intervenues à son encontre.

Elle sollicite, à titre reconventionnel, la condamnation de la société SOCIETE2.) à lui payer le montant de 20.000 euros, sous réserve de tout autre montant supérieur, le cas échéant à dire d'expert, avec les intérêts de retard au taux directeur de la Banque Centrale Européenne, majoré de 7 points conformément à la loi du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et intérêts de retard, à partir de la signification de l'acte d'appel, jusqu'à solde, à titre de dommages et intérêts du chef de frais et pertes d'exploitation engendrés par la résiliation prématurée du contrat du 14 octobre 2019, sur base des articles 1382 et suivants, sinon des articles 1134 et suivants du Code civil.

Elle réclame, en outre, la condamnation de la société SOCIETE2.) à lui payer le montant de 9.075,45 euros, au titre d'une facture du 1^{er} février 2021 relative à l'exécution du chantier « ADRESSE0.) », sous réserve de tout autre montant supérieur, en attendant l'établissement de la facture finale, avec les intérêts de retard au taux directeur de la Banque Centrale Européenne, majoré de 7 points conformément à la loi du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et intérêts de retard, à partir de la signification de l'acte d'appel, jusqu'à solde.

Elle demande à voir ordonner la capitalisation des intérêts pour autant qu'il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière.

Elle réclame, par ailleurs, une indemnité de procédure de 5.000 euros pour chaque instance et conclut à la condamnation de l'intimée aux frais et dépens.

Elle conclut finalement à l'exécution provisoire de la décision à intervenir.

A l'appui de son appel, la société SOCIETE1.) expose qu'à la suite de la signature du contrat de sous-traitance du 14 octobre 2019, elle a adressé un projet de plans à l'intimée le 6 novembre 2019.

Ledit projet ayant été validé, elle aurait transmis l'étude et les plans définitifs à l'intimée, qui les aurait validés le 21 novembre 2019.

Par la suite, l'intimée n'aurait eu de cesse de revenir sur l'étude et les plans pour systématiquement demander des modifications, bouleversant ainsi l'économie du contrat.

L'activité aurait, par ailleurs, été suspendue pendant deux mois en raison de la crise sanitaire liée à la COVID-19.

En novembre 2020, la partie intimée aurait informé la partie appelante qu'elle « *activait* » l'option « *pergola* », ce qui aurait à nouveau entraîné une modification des plans.

Le 13 avril 2021, l'intimée aurait unilatéralement résilié le contrat.

L'appelante nie toute inexécution contractuelle dans son chef et conteste être tenue d'indemniser l'intimée.

A titre subsidiaire, l'appelante fait valoir que les conditions de l'article 1144 du Code civil relatif à la faculté de remplacement ne sont pas remplies en l'espèce, faute pour l'intimée de prouver la gravité des manquements et l'urgence.

Elle estime qu'il aurait, en tout état de cause, appartenu à la partie intimée de saisir le juge pour obtenir l'autorisation de faire appel à un tiers pour exécuter les travaux, après mise en demeure de l'appelante.

Par ailleurs, les prestations exécutées par la tierce entreprise ne seraient pas identiques à celles dont l'appelante aurait été chargée.

Il s'y ajouterait que l'intimée ne verse qu'un devis et non une facture finale quant aux travaux effectués par la tierce entreprise.

La société SOCIETE2.) demande à la Cour de déclarer non fondé l'appel principal.

Elle maintient que la société SOCIETE1.) a accumulé un retard « *invraisemblable* » dans l'exécution du marché.

L'appelante n'aurait ainsi « *jamais réussi à dépasser le stade de la planification de ses travaux* » et se serait montrée « *incapable de dessiner les*

plans d'exécution avec le niveau d'information et les détails techniques nécessaires pour amener la Direction de chantier de donner son feu vert aux travaux. »

L'intimée ajoute que les prestations de planification étaient des prestations intellectuelles qui auraient pu être réalisées indépendamment des restrictions sanitaires.

Elle précise encore que les plans relatifs à la pergola étaient à fournir dans tous les cas de figure.

L'intimée conteste, par ailleurs, avoir validé les plans de l'appelante en novembre 2019.

Elle fait valoir, à titre subsidiaire, qu'une éventuelle validation des plans présentés en 2019 n'aurait pu avoir qu'une portée limitée et provisoire et n'aurait pas préjugé de son droit de requérir des précisions et mises à jour.

Elle conteste, en tout état de cause, avoir apporté des modifications substantielles des plans d'exécution et avoir bouleversé l'économie du contrat.

L'intimée souligne qu'eu égard au retard de l'appelante dans l'exécution de ses obligations, elle était en droit, après maintes mises en demeure et au vu de l'urgence, de charger une tierce entreprise de l'exécution des travaux.

L'intimée conteste ensuite avoir résilié le contrat de sous-traitance et rappelle qu'aux termes de son courrier du 13 avril 2021, elle imputait la résiliation du contrat à la société SOCIETE1.).

Même à supposer que le courrier litigieux soit à interpréter comme une résiliation de sa part, l'intimée estime que cette résiliation était parfaitement justifiée au vu des manquements de la société SOCIETE1.).

La société SOCIETE2.) interjette appel incident et, au dernier état de ses conclusions, demande à voir condamner la société SOCIETE1.) à lui payer le montant de 36.826,09 euros, outre les intérêts légaux, au titre des coûts supplémentaires supportés par elle afin de terminer, avec le concours d'une tierce entreprise, les travaux initialement confiés à la société SOCIETE1.), ainsi que le montant de 14.000 euros, outre les intérêts légaux, au titre des pénalités de retard.

Elle explique que le montant de 36.826,09 euros réclamé au titre des coûts supplémentaires se décompose (i) du montant de 30.491,32 euros, correspondant, selon la société SOCIETE2.), à la différence entre le prix mis en compte par la société SOCIETE3.) et le prix qui aurait dû être payé à la société SOCIETE1.), si cette dernière avait réalisé les prestations reprises en annexe du contrat d'entreprise du 14 octobre 2019, et (ii) du montant de 6.334,77, du chef de frais généraux supportés par la société SOCIETE2.).

La société SOCIETE2.) affirme avoir réévalué le premier poste au montant de 30.491,32 euros, par rapport au montant de 26.036,32 euros, réclamé en première instance, pour tenir compte du fait qu'elle avait déjà payé une tranche de prix à la société SOCIETE1.). Elle précise que la société SOCIETE3.) a dû redessiner les plans d'exécution soumis pour validation à la Direction de chantier avant de pouvoir matériellement mettre en œuvre la pergola et les clôtures.

A titre subsidiaire, pour le cas où la Cour, par réformation du jugement entrepris, déclarerait non fondée la demande en allocation d'une pénalité de retard d'un montant au moins égal au montant en principal de 8.870 euros retenu en première instance, la société SOCIETE2.) réclame le montant de 14.452 euros, outre les intérêts légaux, au titre des coûts induits par l'interruption des travaux de pose de parements en brique sur la façade en raison de l'absence de pose de la pergola.

La société SOCIETE2.) sollicite la majoration du taux d'intérêt de trois points à l'expiration d'un délai de trois mois à partir de la décision à intervenir.

Pour autant que de besoin, elle conclut à la nomination d'un expert avec la mission de concilier les parties si faire se peut, sinon, dans un écrit détaillé et motivé, de :

« 1. Donner toutes indications techniques et de fait permettant de déterminer si les plans d'exécution transmis par la société SOCIETE1.) s.à r.l. à la société SOCIETE2.) S.A. par courriels du 6 novembre 2019 et du 20 novembre 2019 sont conformes aux règles de l'art et à la documentation contractuelle dont la liste est reprise sous l'article 7.5 des Conditions particulières du contrat de sous-traitance signé entre la société SOCIETE4.) s.à r.l. et la société SOCIETE2.) S.A. en date du 14 octobre 2019,

2. Donner toutes indications techniques et de fait permettant de déterminer si la société SOCIETE1.) s.à r.l. a, de manière complète et conforme aux règles de l'art, répondu aux demandes de correction et de mises à jour de ses plans

d'exécution, conformément aux préconisations de la société SOCIETE2.) S.A. et du bureau d'architectes X, ceci sur la période comprise entre le 20 novembre 2019 et le 31 mars 2021,

ajouter le cas échéant,

3. Dire si les travaux de serrurerie confiés par SOCIETE2.) S.A. à la société SOCIETE5.) SAS sur la base de son devis du 3 février 2021 (figurant en pièce 11.1 de la farde de pièces de Maître Michel Schwartz) sont ou non identiques à ceux qui formaient l'objet des travaux confiés à la société SOCIETE1.) s.à r.l. en vertu du contrat de sous-traitance matérialisé par les conditions particulières (et les documents auxquels il y est renvoyé) signé en date du 14 octobre 2019 (figurant en pièce 1.1 de la farde pièces de Maître Michel Schwartz),

4. En cas de différence, en donner une description,

5. Déterminer si ces différences sont susceptibles d'expliquer la différence de prix entre le prix indiqué dans l'offre de la société SOCIETE5.) SAS du 3 février 2021 et le prix repris dans le contrat de sous-traitance conclu avec la société SOCIETE1.) s.à r.l. en date du 14 octobre 2019,

6. Dans l'affirmative, donner une évaluation du surcoût engendré par les postes où il y aurait une différence dans la nature des travaux confiés à la société SOCIETE5.) SAS,

ajouter le cas échéant,

7. Déterminer l'ensemble des dépenses et coûts supplémentaires subis par la société SOCIETE2.) S.A. en raison du retard de la société SOCIETE1.) s.à r.l. dans l'exécution des travaux lui ayant été confiés et de la nécessité d'avoir recours à une entreprise de substitution pour achever ces mêmes travaux, ceci en comptabilisant ces dépenses et coûts à partir du 28 octobre 2020, date à laquelle la société SOCIETE1.) s.à r.l., suivant courriel du 23 septembre 2020, s'était engagée à terminer les travaux. »

L'intimée propose de nommer l'expert assermenté Christian DUHR pour exécuter la mission d'expertise.

La société SOCIETE2.) demande ensuite à voir déclarer irrecevables les demandes reconventionnelles dirigées à son encontre par la société SOCIETE1.), au motif qu'elles constituent des demandes nouvelles prohibées

en instance d'appel et que, par ailleurs, la demande en paiement de la facture en relation avec le chantier « ADRESSE0.) » est sans lien avec la demande principale concernant le chantier du campus scolaire « ADRESSE3.) » à ADRESSE4.).

A titre subsidiaire, la société SOCIETE2.) demande à voir déclarer non fondées les demandes reconventionnelles, en maintenant que son courrier du 13 avril 2021 ne valait pas notification d'une résiliation du contrat et que, dans l'hypothèse où tel serait néanmoins le cas, la résiliation était justifiée au vu des fautes de la société SOCIETE1.).

A titre plus subsidiaire, elle fait valoir que la demande en paiement du montant de 20.000 euros n'est pas expliquée ou documentée.

Concernant les intérêts de retard au taux directeur de la Banque Centrale Européenne, majoré de 7 points conformément à la loi du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et intérêts de retard, sollicités par la société SOCIETE1.) sur le montant de 20.000 euros, la société SOCIETE2.) souligne qu'en application de l'article 2d) de la loi modifiée du 18 avril 2004, les intérêts en faveur de transactions commerciales ne s'appliquent pas aux « *paiements effectués dans le cadre de l'indemnisation de dommages, y compris ceux effectués par la compagnie d'assurance.* »

Le taux d'intérêt éventuellement applicable serait dès lors celui prévu à l'article 14 de la loi du 18 avril 2004, auquel renvoie l'article 15-1 de la même loi.

L'intimée ajoute que l'allocation d'intérêts compensatoires ne se justifie pas en l'espèce, dans la mesure où l'intervention du juge est déterminante pour fixer le montant de l'indemnité à payer le cas échéant.

Les intérêts auxquels l'appelante pourrait le cas échéant prétendre seraient donc des intérêts moratoires et le point de départ de leur cours serait à fixer à la date de la décision à intervenir.

L'intimée fait ensuite valoir que la créance d'un montant de 9.875,45 euros, réclamée par la société SOCIETE1.) en relation avec le chantier « ADRESSE0.) », est à considérer comme éteinte par voie de compensation légale, sinon judiciaire, avec la créance indemnitaire d'un montant de 45.832,31 euros de la société SOCIETE2.), du chef de pénalités de retard redues par la société SOCIETE1.) en relation avec ledit chantier.

La société SOCIETE2.) sollicite la condamnation de la société SOCIETE1.) à lui payer des indemnités de procédure d'un montant de 5.000 euros pour la première instance et d'un montant de 12.500 euros pour l'instance d'appel.

Elle conclut finalement à la condamnation de la société SOCIETE1.) aux frais et dépens des deux instances.

La société SOCIETE1.) se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité des conclusions notifiées par la partie intimée le 2 décembre 2022 et en demande le rejet, s'il y a lieu, pour avoir été notifiées en dehors du délai de trois mois fixé suivant ordonnance du 11 juillet 2022.

Elle demande à la Cour de déclarer non fondé l'appel incident.

La société SOCIETE1.) fait ensuite valoir que ses demandes reconventionnelles formulées en instance d'appel sont recevables au regard de l'article 592 du Nouveau Code de procédure civile en ce qu'elles viennent en compensation avec la demande principale et constituent en même temps une défense à celle-ci.

Par ailleurs, un lien de connexité suffisant existerait entre la demande principale et la demande reconventionnelle ayant trait au chantier « ADRESSE0.) ».

Appréciation de la Cour

Par courrier du 24 mai 2023, le mandataire de la partie appelante a déclaré déposer son mandat. Aucune nouvelle constitution d'avocat n'a été déposée au greffe de la Cour.

Aux termes de l'article 197 alinéa 2 du Nouveau Code de procédure civile, « *ni le demandeur ni le défendeur ne peuvent révoquer leur avocat sans en constituer un autre. Les procédures faites et jugements obtenus contre l'avocat révoqué et non remplacé, sont valables.* »

En application de l'article 76 du Nouveau Code de procédure civile, la Cour statuera par arrêt contradictoire au vu des éléments dont elle dispose.

Quant à la demande tendant au rejet des conclusions de Maître Michel SCHWARTZ du 2 décembre 2022

Les délais prévus à peine de forclusion aux paragraphes 1^{er} et 2 de l'article 222-2 du Nouveau Code de procédure civile sont suspendus entre le 16 juillet et le 15 septembre, en application du paragraphe 3 du même article.

Contrairement aux arguments de la partie appelante, cette suspension s'applique non seulement aux délais qui prennent cours entre le 16 juillet et le 15 septembre, mais également à ceux qui ont commencé à courir avant le 16 juillet.

Le délai de trois mois imparti à Maître Michel SCHWARTZ par ordonnance du 11 juillet 2022 a ainsi été suspendu du 16 juillet au 15 septembre 2022, de sorte que les conclusions de la partie intimée du 2 décembre 2022 n'ont pas été notifiées hors délai.

Il résulte de ce qui précède que la demande tendant au rejet des conclusions de Maître Michel SCHWARTZ du 2 décembre 2022 n'est pas fondée.

Quant au fond

Il est constant en cause que les parties ont signé un contrat de sous-traitance en date du 14 octobre 2019, aux termes duquel la société SOCIETE2.) a confié à la société SOCIETE1.) des travaux de serrurerie dans le cadre d'un projet de construction d'un campus scolaire sis à ADRESSE4.).

L'article 9 des conditions générales du contrat a prévu que les travaux devaient commencer le 13 janvier 2020 pour se terminer le 26 avril 2020.

Les sous-traitants sont liés à l'entrepreneur principal par un contrat de louage d'ouvrage, le contrat de sous-traitance établissant une relation entre professionnels qui disposent d'un degré de compétence différent dans leurs domaines d'activités respectifs. La responsabilité du sous-traitant relève du régime de droit commun des articles 1142 et suivants du Code civil. (cf. Georges Ravarani, La responsabilité civile des personnes privées et publiques, Pasicrisie, 3^e éd., n°613, p.633).

Aux termes de l'article 1147 du Code civil, « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part* ».

Le constructeur est tenu de l'obligation de résultat de remettre dans les délais un ouvrage conforme à ce qui avait été convenu.

Dès lors que le créancier de cette obligation en établit l'inexécution, la responsabilité du constructeur est présumée et celle-ci ne peut être écartée que par la preuve d'une cause étrangère présentant les caractères de la force majeure.

Il résulte du dossier que le 20 novembre 2019, la société SOCIETE1.) a envoyé à la société SOCIETE2.) un premier projet de plans ainsi qu'une facture portant la mention « *forfait Etudes/Plans – Contrat de sous-traitance* » et que la société SOCIETE2.) a procédé au paiement du montant de 4.950 euros, au titre de ladite facture en date du 2 décembre 2019.

L'appelante soutient que, par la suite, le projet n'a pas avancé en raison de la fermeture des chantiers, liée à la pandémie, ainsi que de modifications substantielles apportées au projet initial par la société SOCIETE2.), ayant entraîné le bouleversement de l'économie du contrat.

Suivant règlement grand-ducal du 18 mars 2020 portant introduction d'une série de mesures dans le cadre de la lutte contre le Covid-19 visant à endiguer la propagation du coronavirus (Covid-19), des restrictions et interdictions quant à certaines activités commerciales et artisanales ont été introduites. Dans ce contexte, les chantiers de construction ont été fermés du 20 mars au 20 avril 2020.

La fermeture des chantiers a présenté les caractères de la force majeure et a rendu impossible l'achèvement des travaux à la date contractuellement prévue du 26 avril 2020, ceci nonobstant le fait que les devoirs à réaliser par la société SOCIETE1.) n'étaient pas limités à l'activité sur le chantier.

S'il résulte du dossier que certaines adaptations des plans initiaux ont été sollicitées par la société SOCIETE2.) et le bureau d'architectes du maître de l'ouvrage, notamment entre mars et juin 2020, il n'est pas établi que des modifications substantielles aient été apportées aux plans initiaux, ni que l'économie du contrat ait été bouleversée.

Par courriel du 23 septembre 2020, la société SOCIETE2.) reproche à la société SOCIETE1.) d'être « *en retard pour la pose* » et lui a indiqué que les documents « *ne sont toujours pas validés faute de mise à jour de plan et de remise d'échantillon correct.* »

Suivant courrier du 16 novembre 2020, la société SOCIETE2.) informe la société SOCIETE1.) qu'elle confirme l'activation de l'option « *fourniture et pose pergola* ».

Indépendamment des questions de savoir si les adaptations du projet initial peuvent être considérées comme une cause étrangère, non imputable à la société SOCIETE1.), de reports dans l'exécution des travaux, et si les travaux auraient pu être effectués avant la levée officielle de « *l'option Pergola* » par la société SOCIETE2.) en date du 16 novembre 2020, il convient de constater que cette dernière a relancé la société SOCIETE1.) à de multiples reprises à compter de la fin du mois de novembre 2020.

Par courrier du 26 novembre 2020, la société SOCIETE2.) indique ainsi à la société SOCIETE1.) qu'elle est dans l'attente, depuis plus de deux mois, d'un échantillon de tôle perforée pour la clôture, que la pose de la clôture devra être réalisée début janvier et qu'aucun report ne pourra être accepté.

Par courriel adressé à la société SOCIETE1.) le 10 décembre 2020, la société SOCIETE2.) se plaint de devoir encore attendre l'échantillon ainsi que la fourniture des plans et des mises à jour du projet, réclamés depuis plusieurs mois. Elle rappelle que la pose de la façade brique est à l'arrêt et qu'elle doit payer la location de l'échafaudage.

Le 12 janvier 2021, à 7:24 heures, la société SOCIETE2.) écrit à la société SOCIETE1.) : « *Malgré la planification en réunion du 07.01.21 ainsi que votre confirmation par téléphone hier, nous constatons que nous n'avons pas reçu vos plans mis à jour comme convenu hier en fin de journée. Nous attendons ces plans impérativement ce matin, car comme déjà indiqué, nous ne pouvons plus attendre.* »

Le même jour, à 14:16 heures, la société SOCIETE2.) se plaint du caractère incomplet des documents qui lui ont été adressés.

Par courriel du 15 janvier 2021, la société SOCIETE2.) indique à la société SOCIETE1.) qu'elle est toujours dans l'attente de la fiche technique pour la peinture à proposer en variante.

Par courrier recommandé du 1^{er} février 2021, la société SOCIETE2.) met finalement en demeure la société SOCIETE1.) de fournir l'ensemble des fiches techniques et des plans, corrigés et mis à jour, de la clôture et de la pergola, ainsi qu'un échantillon thermolaqué d'un panneau de clôture, pour le 5 février 2021, sous peine de se voir remplacer par une tierce entreprise.

Par courriel du 11 février 2021 et courrier du 26 février 2021, la société SOCIETE2.) se plaint que la totalité des plans et études demandées n'ont pas été fournis.

Par courrier recommandé du 8 mars 2021, la société SOCIETE2.) adresse une nouvelle mise en demeure à la société SOCIETE1.) et indique que si son courrier n'est pas suivi d'effet dans les 8 jours, elle désignera une nouvelle entreprise pour achever les travaux.

Par courrier recommandé du 13 avril 2021, elle informe la société SOCIETE1.) qu'en application dudit article, elle a confié l'exécution des travaux à une autre entreprise.

Au vu de ce qui précède, la Cour retient que le retard de la société SOCIETE1.) dans l'exécution des travaux était consommé au plus tard le 1^{er} février 2021, échéance qui a d'ailleurs été reprise comme date faisant courir les pénalités de retard dans le courrier adressé le 13 avril 2021 à la société SOCIETE1.) par la société SOCIETE2.) pour faire valoir ses revendications indemnitaires.

L'absence de réaction adéquate de la société SOCIETE1.) aux sollicitations de la société SOCIETE2.) résultant à suffisance du dossier, il devient superfétatoire d'ordonner une expertise pour analyser les plans d'exécution initiaux et déterminer si la société SOCIETE1.) a, de manière complète et conforme aux règles de l'art, répondu aux demandes de correction et de mises à jour émanant de la société SOCIETE2.) et du bureau d'architectes du maître de l'ouvrage.

La société SOCIETE1.) n'établit pas que le non-achèvement des travaux en date du 1^{er} février 2021 était imputable à une cause étrangère présentant les caractères de la force majeure.

Aux termes de l'article 1144 du Code civil, « *le créancier peut [...], en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur* ».

La loi prévoit donc qu'en principe le remplacement est subordonné à l'obtention d'une autorisation de justice. Il est, toutefois, admis qu'en cas d'urgence, le créancier peut prendre l'initiative de procéder au remplacement, sauf au juge à régler a posteriori les droits et obligations des parties (cf. JurisClasseur, Civil, art. 1136 à 1145, fasc.10, 2004, nos 139 et 140).

Indépendamment de la nécessité ou non de recourir à une autorisation judiciaire préalable, la mise en demeure préalable est la condition la plus générale de l'exécution aux dépens, dite aussi faculté de remplacement. « Exécution aux dépens » signifie qu'un créancier confronté à la carence de son débiteur peut demander à un tiers d'exécuter la prestation attendue, mais à charge pour le débiteur remplacé d'en supporter le coût. Il s'agit d'une exécution forcée en nature. La règle est que ce mécanisme ne peut être valablement mis en œuvre par le créancier qu'après une mise en demeure préalable du débiteur restée infructueuse (cf. JurisClasseur, Civil, art. 1136-1145, fasc. 60, 2010, n° 192).

Tel que l'a, à juste titre, retenu le tribunal, la société SOCIETE1.) a bloqué le chantier en ne remédiant pas à son inaction malgré les nombreux rappels de la société SOCIETE2.).

Au vu de la gravité de l'inexécution de ses obligations par la société SOCIETE1.) et de l'urgence, la société SOCIETE2.) était partant en droit d'exercer la faculté de remplacement sans disposer d'une autorisation judiciaire préalable, étant noté qu'une mise en demeure en bonne et due forme avait été adressée à la société SOCIETE1.) le 1^{er} février 2021.

- *Quant au coût supplémentaire né du recours à une tierce entreprise*

Comme, au vu des développements ci-avant, la société SOCIETE2.) était en droit de recourir à une tierce entreprise, la société SOCIETE1.) doit prendre à sa charge le surcoût engendré par le remplacement effectué, en application des dispositions de l'article 1144 du Code civil.

Il résulte des pièces figurant au dossier que trois sociétés avaient présenté un devis à la suite de l'appel d'offres de la société SOCIETE2.) et que le devis émis par la société SOCIETE3.) était le plus avantageux.

Tel que l'a, à juste titre, relevé la juridiction du premier degré, l'offre de la société SOCIETE3.) se rapporte aux mêmes prestations que celles dont la société SOCIETE1.) était en charge, à savoir la pose de clôtures, d'un portail et d'une pergola.

Le fait que l'offre de la société SOCIETE3.) soit plus détaillée que le descriptif des travaux repris dans le contrat de sous-traitance signé entre les sociétés SOCIETE2.) et SOCIETE1.) le 14 octobre 2019 est sans incidence, à cet égard.

Il devient partant superfétatoire d'ordonner une expertise pour comparer les travaux de serrurerie confiés respectivement à la société SOCIETE1.) et à la société SOCIETE3.).

Il convient encore de noter que la société SOCIETE2.) verse plusieurs factures de la société SOCIETE3.) et de la société SOCIETE6.) - qui a pris le relais de la société SOCIETE3.) en cours d'exécution du chantier - ainsi que les preuves de paiement y afférentes, dont il résulte que les paiements effectués s'élèvent d'ores et déjà à un montant supérieur à celui repris dans le devis de la société SOCIETE3.).

C'est donc à tort que la société SOCIETE1.) soutient que les revendications de la société SOCIETE2.) se basent uniquement sur un devis.

Le tribunal est, par conséquent, à approuver en ce qu'il a retenu que la société SOCIETE1.) doit prendre à sa charge le montant de 26.036,32 euros, correspondant à la différence entre le montant qui aurait initialement dû être payé à la société SOCIETE1.) et le montant mis en compte dans le devis de la société SOCIETE3.) du 3 février 2021.

La Cour retient que la société SOCIETE2.) ne justifie, en revanche, pas qu'il était indispensable que la société SOCIETE3.) établisse de nouveaux plans et n'ait pas pu se limiter à apporter d'éventuelles rectifications et/ou adaptations aux plans initiaux de la société SOCIETE1.), pour lesquels un paiement de 4.455 euros avait d'ores et déjà été payé par la société SOCIETE2.) en décembre 2019.

Il n'y a, par conséquent, pas lieu d'ajouter la somme de 4.455 euros, payée à la société SOCIETE1.) par la société SOCIETE2.) en décembre 2019, au montant de 26.036,32 euros, retenu en première instance.

L'augmentation de la demande au montant de 30.491,32 euros n'est, dès lors, pas fondée.

Concernant le montant de 6.334,77 euros, réclamé par la société SOCIETE2.) à titre de frais généraux engendrés par le remplacement du sous-traitant, c'est pour de justes motifs, auxquels la Cour renvoie, que le tribunal a dit que l'application d'un taux de 9%, à titre de *ratio* des frais généraux sur le coût des travaux de la société SOCIETE3.) n'était pas justifiée au vu des éléments du dossier et qu'il a évalué *ex aequo et bono* au montant de 2.500 euros le montant desdits frais.

- *Quant aux pénalités de retard*

L'article 10.1 des conditions particulières du contrat signé entre parties prévoit que les pénalités à supporter par le sous-traitant qui n'observe pas les délais impartis, correspondent à « *0,5% du montant global des travaux par jour de calendrier de retard, avec un minimum de 125,00 € par jour calendrier de retard* », tout en limitant les pénalités de retard « *à 20% du montant total du marché* ».

La période couverte par le retard dans l'exécution des travaux a, au vu des développements qui précèdent, commencé à courir le 1^{er} février 2021 et s'est terminée le 13 avril 2021, date à laquelle la société SOCIETE2.) a procédé au remplacement de la société SOCIETE1.).

Dans la mesure où les pénalités, calculées sur une période de 72 jours, se chiffrent au montant de $[72 \times 44.350 \times 0,5 \% =]$ 15.966 euros, le plafond de 8.870 euros, équivalant à 20% du montant total du marché de 44.350 euros, est à prendre en considération.

L'intimée soutient que le dommage qu'elle a réellement subi du fait de l'inaction de la société SOCIETE1.) est autrement plus important que la pénalité forfaitaire prévue au contrat et demande à la Cour d'augmenter la peine au montant de 14.000 euros, en application du pouvoir qui lui est reconnu par l'article 1152, alinéa 2, du Code civil.

Aux termes dudit article : « *Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.*

Néanmoins, le juge peut modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire est réputée non écrite. »

En matière de pénalités conventionnelles, le maintien de la peine convenue est la règle et la modification de cette peine est l'exception (cf. Cour d'appel 9 novembre 1993, Pas. 29, p. 293).

La société SOCIETE2.) n'établissant pas le caractère manifestement dérisoire de la pénalité conventionnellement prévue, il n'y a pas lieu de procéder à une augmentation de celle-ci.

C'est donc à juste titre que le tribunal a déclaré fondée la demande en paiement des pénalités de retard à concurrence du montant de 8.870 euros.

Contrairement à ce qui a été retenu par le tribunal, il n'y a cependant pas lieu d'allouer des intérêts sur le prédit montant, étant donné qu'en présence d'une fixation conventionnelle et forfaitaire du dommage, l'indemnisation allouée

par le juge ne saurait aller au-delà (cf. en ce sens Cour 2 juillet 2020, n° CAL-2019-00550 du rôle, Pas. 40, 70).

Le jugement entrepris est, par conséquent, à réformer sur ce point.

La Cour n'a pas à analyser la demande de la société SOCIETE2.) en indemnisation pour frais générés par l'interruption des travaux de pose des briques de parement sur la façade du bâtiment, cette demande n'ayant été formulée qu'à titre subsidiaire, pour le cas où la demande en allocation d'une pénalité de retard d'un montant au moins égal au montant de 8.870 euros, retenu en première instance, serait déclarée non fondée en instance d'appel.

Il s'ensuit que la société SOCIETE1.) est à condamner à payer à la société SOCIETE2.) le montant de 37.406,32 euros, avec les intérêts légaux à partir de la mise en demeure du 15 juillet 2021, jusqu'à solde, sur le montant de 28.536,32 euros, par réformation du jugement entrepris.

Le jugement dont appel est à confirmer en ce qu'il a ordonné la majoration du taux d'intérêt, sauf à préciser que, du fait de l'appel interjeté, il y a lieu à majoration du taux d'intérêt à l'expiration du troisième mois qui suit la signification du présent arrêt.

- *quant aux demandes reconventionnelles*

Aux termes de l'article 592, alinéa 1^{er}, du Nouveau Code de procédure civile, « *il ne sera formé, en cause d'appel, aucune nouvelle demande, à moins qu'il ne s'agisse de compensation, ou que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principale.* »

Dans la mesure où la société SOCIETE1.) conclut à la compensation entre éventuelles créances réciproques, ses demandes reconventionnelles ne constituent pas des demandes nouvelles prohibées en instance d'appel, au sens de l'article précité.

Encore faut-il analyser si les demandes sont recevables au regard de l'article 53 du Nouveau Code de procédure civile, qui se lit comme suit :

« *L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions de défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant.* »

Les demandes reconventionnelles figurent parmi les demandes incidentes.

La demande reconventionnelle, pour être recevable, doit être dans un certain rapport avec la demande initiale. Le juge saisi d'une demande reconventionnelle doit rechercher si elle se rattache aux prétentions originaires par un lien suffisant.

Ce terme équivoque implique qu'il soit de « *bonne justice* » qu'on les juge ensemble (cf. G. Cornu et J. Foyer, Procédure civile : PUF, 1996, n° 85 ; JurisClasseur Procédure civile, fasc. 600-35, 1^{re} publication 2017, mise à jour 2023, n° 20).

Force est de constater que la demande reconventionnelle en paiement d'une facture du 1^{er} février 2021 relative à des travaux de maçonnerie sur le chantier « *ADRESSE0.* »), portant sur le montant provisionnel de 9.075,45 euros, n'est pas en rapport avec les demandes principales relatives au chantier « *ADRESSE3.* » à *ADRESSE4.*).

Il ne serait, en l'espèce, pas dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice de se prononcer sur le bien-fondé de la demande reconventionnelle de la société *SOCIETE1.*) en paiement de la facture du 1^{er} février 2021, ceci d'autant plus qu'il résulte d'ores et déjà des conclusions de la société *SOCIETE2.*) qu'elle a, à son tour, des revendications à faire valoir à l'encontre de la société *SOCIETE1.*) en ce qui concerne le chantier « *ADRESSE0.* »).

Il s'ensuit que la demande reconventionnelle en paiement du montant de 9.075,45 euros est irrecevable, faute de lien suffisant avec les demandes principales de la société *SOCIETE2.*).

La demande reconventionnelle de la société *SOCIETE1.*) en indemnisation du chef de la résiliation unilatérale du contrat du 14 octobre 2019 est, en revanche, recevable, en ce qu'elle présente un lien suffisant avec les demandes indemnitaires principales de la société *SOCIETE1.*) en relation avec le même contrat.

Il faut admettre qu'en informant la société *SOCIETE1.*) qu'elle a fait appel à une tierce entreprise pour achever les travaux, la société *SOCIETE2.*) a implicitement résilié le contrat d'entreprise.

L'auteur de la rupture unilatérale agit à ses risques et périls ; en cas de contestation, la rupture unilatérale du contrat fera l'objet d'un contrôle a posteriori par le juge dont le rôle consiste, non pas à prononcer la résolution du contrat, mais à vérifier la régularité de la rupture (cf. JurisClasseur, Civil, art. 1184, fasc. 10, 1997, n° 128).

Il résulte des développements ci-avant qu'eu égard aux manquements contractuels de la société SOCIETE1.) et à l'urgence, la société SOCIETE2.) était en droit d'exercer la faculté de remplacement.

Au vu des mêmes considérations, la résiliation unilatérale du contrat de sous-traitance par la société SOCIETE2.), engendrée par l'exercice de la faculté de remplacement, ne saurait être qualifiée d'abusives.

Il s'ensuit que la demande reconventionnelle en paiement du montant de 20.000 euros, à titre d'indemnisation pour résiliation abusive du contrat, laisse d'être fondée.

Comme il serait inéquitable de laisser à charge de la société SOCIETE2.) l'entièreté des frais non compris dans les dépens, en ce qui concerne la première instance, le jugement entrepris doit être confirmé en ce qu'il a condamné la société SOCIETE1.) à lui payer une indemnité de procédure de 1.000 euros.

Le jugement entrepris est également à confirmer en ce qu'il a débouté la société SOCIETE1.) de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure et en ce qu'il a condamné cette dernière aux frais et dépens.

L'appel de la société SOCIETE1.) étant partiellement fondé et aucune des parties ne justifiant l'iniquité requise par l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile en ce qui concerne la présente instance, les demandes respectives des parties en allocation d'indemnités de procédure pour l'instance d'appel sont à rejeter.

Eu égard à l'issue du litige, les frais de l'instance d'appel sont à mettre à charge de la société SOCIETE1.) à concurrence de trois quarts et à charge de la société SOCIETE2.) à concurrence d'un quart.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, troisième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement,

reçoit les appels principal et incident,

dit non fondé l'appel incident,

dit partiellement fondé l'appel principal,

réformant,

condamne la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) à payer à la société anonyme SOCIETE2.) le montant de 37.406,32 euros, avec les intérêts légaux à partir du 15 juillet 2021, jusqu'à solde, sur le montant de 28.536,32 euros,

dit que le taux d'intérêt sera majoré de trois points à l'expiration du troisième mois qui suit la signification du présent arrêt,

confirme le jugement entrepris pour le surplus,

dit non fondée l'augmentation de la demande de la société anonyme SOCIETE2.),

déclare irrecevable la demande reconventionnelle de la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) en paiement de la facture du 1^{er} février 2021, relative au chantier « ADRESSE0.) »,

déclare recevable, mais non fondée, la demande reconventionnelle de la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) en indemnisation pour résiliation abusive du contrat de sous-traitance,

déboute les parties de leurs demandes respectives en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

met les frais et dépens de l'instance d'appel à charge de la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) à concurrence de trois quarts et à charge de la société anonyme SOCIETE2.) à concurrence d'un quart, avec distraction au profit de Maître Michel SCHWARTZ et de Maître Radu DUTA, sur leurs affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président de chambre Alain THORN, en présence du greffier Isabelle HIPPERT.