Arrêt commercial

Audience publique du quinze février deux mille douze.

Numéro 36619 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Annette GANTREL, première conseillère;
Eliane ZIMMER, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

la société de droit belge A NV, *établie et ayant son siège social à B-…. U, inscrite au registre de commerce et des sociétés de V sous le numéro ……., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg des 16 et 17 septembre 2010,*

comparant par Maître Christian-Charles LAUER, avocat à Luxembourg ;

e t :

1) la société anonyme B S.A., *établie et ayant son siège social à L-…. W, 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 Alex SCHMITT, avocat à Luxembourg ;

2) la société de droit allemand C GmbH, *établie et ayant son siège social à D-….. X, inscrite au HRB X sous le numéro …, représentée par son gérant actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du susdit exploit CALVO,*

comparant par Maître Gérard SCHANK, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 16 juin 2008, la société de droit belge A a fait comparaître la société anonyme B (ci-après B) devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour s'y entendre condamner au paiement du montant de 126.154,23 €, à augmenter des intérêts, ainsi qu'au paiement d'une indemnité de procédure de 1.000 €.

A l'appui de sa demande, la demanderesse a fait exposer qu'elle a contribué en tant que sous-traitante de la société de droit allemand D GmbH, elle-même sous-traitante de E, formée par la société de droit allemand C GmbH et la société D GmbH, à la construction du nouveau hall d'entretien de la société B ; que la société D lui redoit la somme de 126.154 € du chef de livraison de matériel relatif audit chantier suivant factures des 11 janvier , 29 janvier, 11 février et 18 février 2008, que l'ensemble des travaux facturés ont été effectués au profit de B en sa qualité de maître de l'ouvrage, qu'une procédure d'insolvabilité a été ouverte à l'encontre de la société D GmbH le 16 avril 2008 ce qui a entraîné la dissolution de E, de telle manière que la société D GmbH doit être considérée comme entreprise principale.

Elle a basé sa demande sur l'article 7 de la loi luxembourgeoise du 23 juillet 1991 ayant pour objet de réglementer les activités de sous-traitance (ci-après la Loi).

Par exploit d'huissier du 10 octobre 2008, la société B a fait comparaître la société C devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour voir dire l'intervention forcée de la société C recevable, voir ordonner la jonction avec le rôle principal, se voir mettre hors cause et voir condamner la société C à payer les factures de la société sous-traitante A. A titre subsidiaire, la société B a demandé à voir condamner la société C à la tenir quitte et indemne de toutes les condamnations principales et aux intérêts et frais qui seraient prononcées à son encontre. Elle a encore sollicité une indemnité de procédure de 1.000 €.

Par exploit d'huissier du 15 octobre 2008, la société C, agissant en sa qualité de membre et de représentant unique de E, a fait comparaître la société A et la société B devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour voir dire son intervention volontaire recevable et fondée et voir ordonner la jonction avec le rôle principal. Elle a encore demandé à voir déclarer la demande principale irrecevable, sinon l'exploit du 16 juin 2008 nul, et au fond, à voir dire non fondée la demande principale. Elle a encore demandé à l'encontre de la société A une indemnité de procédure de 2.500 €.

A l'appui de sa demande en intervention et à titre de défense dans le cadre de la demande principale, B a fait exposer que les conditions d'application de la Loi et dès lors de la demande en paiement direct ne sont pas réunies en l'espèce et que seule l'entreprise générale, à savoir la société C, qui suite à l'insolvabilité de la société D GmbH a repris tous les engagements contractés dans le cadre de l' « *Arbeitsgemeinschaft* » E par la société D, est tenue de payer les factures de la société sous-traitante A.

Par jugement du 23 janvier 2009 le tribunal a joint les trois rôles et a déclaré recevable la demande principale, rejetant le moyen de nullité de l'exploit introductif d'instance pour libellé obscur.

Par jugement du 26 juin 2009 le tribunal a retenu que la demande principale est régie par le droit luxembourgeois.

Par jugement du 4 juin 2010 le tribunal a déclaré la demande principale non fondée, a reçu la demande reconventionnelle de la société anonyme B en dommages et intérêts pour procédure vexatoire et abusive, l'a dit non fondée, a donné acte à la société C de son intervention volontaire, a reçu la demande en intervention forcée dirigée par la société anonyme B contre la société C, a donné acte à la société anonyme B de la renonciation à sa demande de voir condamner C à payer les factures de la société A, a dit la demande en intervention de la société anonyme B contre la société C sans objet, a rejeté toutes les demandes en paiement d'indemnités de procédure.

Pour dire la demande principale de la société A non fondée, le tribunal a en substance :

- dit que la Loi permettant le paiement direct du sous-traitant de l'entrepreneur principal n'est pas applicable, étant donné que les conditions exigées par les articles 4 alinéas 1 et 5, à savoir l'acceptation du sous-traitant et l'agréation des conditions de paiement du contrat du sous-traitant par le maître de l'ouvrage, ne sont pas données,
- a rejeté comme non pertinente et non concluante l'offre de preuve par témoins de la société A, au motif que les faits offerts en preuve portent sur la collaboration d'A avec le bureau d'architecte du maître de l'ouvrage et sur l'acceptation par B de la société A sur le chantier et ne sont pas de nature à établir l'acceptation de la société A comme sous-traitante et l'agréation des conditions de paiement
- a constaté que par ailleurs les factures dont le paiement direct est réclamé à B ont été adressées à D.

De ce jugement la société A a relevé appel par exploit d'huissier des 16 et 17 septembre 2010 en intimant les sociétés B et C.

Au motif que l'exploit d'appel du 16 septembre 2010 ne contient aucun grief, ni demande de condamnation à son encontre, la société C conclut, pour défaut d'intérêt dans le chef de la société A, à l'irrecevabilité de l'appel dirigé contre elle.

La société B fait valoir que dans une affaire connexe (F c/ B, arrêt commercial du 22 décembre 2010), la Cour d'appel a reçu l'appel au motif que « *l'intérêt du sous-traitant existe étant donné qu'il demande à son profit une condamnation plus étendue de la société C aux frais et dépens de première instance ».*

Force est de constater qu'en l'espèce la société A ne demande pas de condamnation à l'encontre de la société C, ni même aux frais et dépens de l'instance, dans la mesure où elle demande à voir condamner la partie intimée préqualifiée, à savoir B, au paiement des frais et dépens des deux instances.

L'appel dirigé à l'encontre de la société C est dès lors à déclarer irrecevable, faute d'intérêt dans le chef de la société A.

L'appel de la société A dirigé contre la société B, fait dans les formes et délai de la loi, est recevable.

Aux termes de son acte d'appel, la société A fait valoir que c'est à tort que le tribunal n'a pas admis qu'elle a été acceptée comme sous-traitante par la société B et que les conditions de paiement de son contrat de sous-traitance ont été agréées par le maître de l'ouvrage. Elle conclut principalement, par réformation du jugement entrepris, à la condamnation de B au paiement du montant de 126.154,23 €, en sus les intérêts.

En ordre subsidiaire, elle réitère son offre de preuve par témoins de première instance.

La société B demande principalement à la Cour de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a rejeté l'offre de preuve de la société A et déclaré la demande de la société A non fondée sur base de la Loi.

Elle fait encore valoir que la société C a repris tous les engagements contractés dans le cadre de l'E par la société D GmbH tombée en faillite et que la société C est le seul débiteur direct du sous-traitant en cause. Elle conclut à sa mise hors cause.

La société A soutient qu'elle a été sous-traitante de la société D, tombée en faillite, elle-même sous-traitante de l' Arbeitsgemeinschaft E, formée par la société C et par la société D.

Même si l'*Arbeitsgemeinschaft* E, liée par un contrat d'entreprise générale à la société B S.A., n'a pas de personnalité juridique distincte de celle de ses membres, il n'en demeure pas moins que la société D GmbH, chargée en vertu du *Arbeitsgemeinschaftsvertrag* de la « *technische Geschäftsführung der ARGE* » et de l' « *Abschluss von Nachunternehmerverträge* », a, en contractant avec la société A dans l'intérêt du chantier de la société B S.A., agi en tant que membre de l'*Arbeitsgemeinschaft* E et pour le compte de celle-ci.

Par conséquent, la société A n'est pas la sous-traitante de la société D S.A., elle-même sous-traitante de l'*Arbeitsgemeinschaft* E, mais la société A est

directement la sous-traitante de l'entreprise principale E S.A. liée contractuellement à la société B S.A., maître de l'ouvrage.

L'instauration de la procédure de paiement direct par la Loi n'a pas pour effet de décharger l'entrepreneur principal.

Faute de bénéficier du paiement direct, notamment à la suite d'un défaut d'agrément ou lorsque cette procédure n'assure pas son paiement intégral, le sous-traitant a la faculté de demander le paiement à son cocontractant sur le fondement du lien contractuel.

Le paiement direct ne produit effectivement aucune novation du contrat de sous-traitance et l'entrepreneur principal, premier débiteur de son sous-traitant, n'est évidemment pas libéré de son obligation (cf. JCL civil, louage d'ouvrage et d'industrie, sous-traitance, Art.1787 ; fasc. 20, n°s 48 et 54).

La subsistance de la faculté pour le sous-traitant de demander le paiement à son cocontractant n'a pas pour effet d'affecter l'exercice de l'action en paiement direct du sous-traitant vis-à-vis du maître de l'ouvrage (CA 22 décembre 2010, n° 35319 et 35640 du rôle, F c/ B).

Par conséquent, la société B S.A. ne peut, pour faire rejeter l'action en paiement direct exercée contre elle, se prévaloir du fait qu'en raison des dispositions de l'*Arbeitsgemeinschaftsvertrag* la société C GmbH devrait répondre des factures litigieuses.

La Cour se rallie aux développements en droit faits par les premiers juges pour retenir que la société A n'a pas été agréée comme sous-traitante, de même que les conditions de paiement de la société A n'ont pas été acceptées par le maître de l'ouvrage.

En effet, l'agrément exigé par l'article 4 alinéa 1 de la Loi doit être exprès ou implicite, mais dans cette dernière hypothèse, il ne doit pas résulter d'un simple silence ou d'une tolérance purement passive, mais d'actes du maître impliquant nécessairement son consentement à la personne du sous-traitant et aux conditions du sous-traité. En d'autres termes, il ne peut résulter que d'actes manifestant sans équivoque la volonté du maître de l'ouvrage d'accepter le sous-traitant. En vertu de ce principe, des décisions ont été censurées pour avoir déduit l'agrément du défaut de toute protestation du maître qui avait connaissance de l'intervention du sous-traitant (cf. Jurisclasseur civil, loc.cit. n° 41 avec les décisions y citées : Cass. 3e civ., 18 juill. 1984 : Bull. civ. 1984 ; III, n° 141 et 142 ; Cass. 3e civ., 7 oct. 1998 : Bull. civ. 1998, III, n° 190 ; Cass. com., 12 mai 1987 : Bull. civ. 1987, IV, N° 114 ; Cass. com. 14 juin 1988 : Bull.civ. 1988, IV, n° 200 ; Cass. com., 27 févr. 1990 : Bull. civ. 1990, IV, n° 53).

La jurisprudence privilégie ainsi des actes positifs du maître de l'ouvrage pour traduire sans équivoque son acceptation du sous-traitant.

La simple connaissance de la personne du sous-traitant et de ses conditions de paiement par le maître de l'ouvrage et la présence du sous-traitant à

certaines réunions de chantier ne peuvent être considérées comme des actes positifs d'acceptation du sous-traitant et de ses conditions de paiement.

C'est encore à bon droit et par des motifs auxquels la Cour se rallie que les premiers juges ont déclaré irrecevable l'offre de preuve par témoins de la société A, réitérée en instance d'appel.

Il résulte des considérants qui précèdent que la demande en paiement direct de la société A dirigée contre la société B n'est pas fondée. L'appel principal de la société A n'est dès lors pas fondé.

La société B a relevé appel incident en ce que les premiers juges ont rejeté ses demandes en dommages et intérêts du chef de procédure abusive et vexatoire et en obtention d'une indemnité de procédure pour la première instance.

Elle a encore demandé des dommages et intérêts pour procédure vexatoire et abusive d'un montant de 3.000 € pour l'instance d'appel à l'encontre de la société A.

L'action exercée par la société A ne constitue pas un acte de malice ou de mauvaise foi, elle ne procède pas d'une erreur grossière équipollente au dol et elle ne dénote pas dans le chef de la société A une légèreté blâmable.

C'est dès lors à bon droit que les juges de première instance ont débouté la société B de sa demande en dommages et intérêts du chef de procédure abusive et vexatoire.

Pour les mêmes motifs la demande en paiement de dommages et intérêts du chef de procédure abusive et vexatoire pour l'instance d'appel est à déclarer non fondée.

Il est inéquitable de laisser les frais non compris dans les dépens à charge de la société B, qui a obtenu gain de cause. Par réformation du jugement entrepris il y a lieu de lui allouer une indemnité de procédure de 1.000 € pour la première instance à verser par la société A.

La société C a formulé reconventionnellement en instance d'appel une demande en dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire pour le montant de 3.000 €, au motif que la société A l'a intimée sans qu'elle ne justifie son action, ni ne formule aucune demande à son encontre quant au montant prétendument redu au principal et que l'action est justice serait constitutive d'une erreur grossière, sinon d'une faute respectivement d'une imprudence.

Si l'appel dirigé par A à l'encontre de C est à déclarer irrecevable, la société C n'établit toutefois pas, compte tenu du fait qu'elle est intervenue volontairement en première instance, une faute dans le chef de la société A faisant dégénérer en abus le droit d'agir en justice et celui d'exercer les recours, de sorte que la demande de C est à rejeter.

La société B conclut à l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.500 € pour l'instance d'appel. Il est inéquitable de laisser les frais non compris dans les dépens à charge de la société B ; il y a lieu de lui allouer de ce chef une indemnité de procédure de 1.500 € à payer par la société A.

La société C conclut à l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.500 € pour l'instance d'appel. Il est inéquitable de laisser les frais non compris dans les dépens à charge de la de la société C ; il y a lieu de lui allouer de ce chef une indemnité de procédure de 1.500 € à payer par la société A.

La société A en tant que partie succombante est à débouter de sa demande en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

PAR CES MOTIFS :

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

déclare irrecevable l'appel de la société A dirigé à l'encontre de la société C ;

déclare les appels pour le surplus recevables ;

déclare non fondé l'appel principal de la société A dirigé contre B ;

déclare l'appel incident de la société B partiellement fondé ;

réformant :

condamne la société A à payer à la société B une indemnité de procédure de 1.000 € pour la première instance ;

confirme le jugement pour le surplus ;

déclare les demandes des sociétés C et B en paiement de dommages et intérêts du chef de procédure abusive et vexatoire dirigées contre la société A non fondées ;

condamne la société A à payer à la société B une indemnité de procédure de 1.500 € pour l'instance d'appel ;

condamne la société A à payer à la société C une indemnité de procédure de 1.500 € pour l'instance d'appel ;

rejette la demande de la société A en paiement d'une indemnité de procédure ;

condamne la société A aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Alex SCHMITT et de Maître Gérard TURPEL, sur leurs affirmations de droit.