

Arrêt N° 70/18 IV-COM

Audience publique du trente mai deux mille dix-huit

Numéro 44304 du rôle

Composition

Roger LINDEN, président de chambre;
Marianne HARLES, première conseillère;
Elisabeth WEYRICH, conseillère;
Eric VILVENS, greffier.

E n t r e

la société anonyme A, établie et ayant son siège social à, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro,

demanderesse aux termes d'un acte de tierce opposition de l'huissier de justice Catherine Nilles de Luxembourg du 15 novembre 2016,

comparant par Maître Laurent Niedner, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

1) la société anonyme B, établie et ayant son siège social à, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro,

défenderesse aux fins du prédit acte Nilles,

comparant par la société anonyme ElvEer Hoss Prussen, établie et ayant son siège social à L-1340 Luxembourg, 2, place Winston Churchill, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B 209.469, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, représentée par Maître Marc ElvEer, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) la société anonyme C, établie et ayant son siège social à , représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro,

défenderesse aux fins du présent acte Nilles,

comparant par Maître Steve HelmEer, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL

Par acte d'huissier de justice du 15 novembre 2016, la A (A) a formé tierce opposition contre l'arrêt du 6 juillet 2016 de la Cour d'appel qui a statué dans le cadre d'un litige ayant opposé les sociétés B et C.

La société A a conclu à voir mettre à néant l'arrêt attaqué, sinon à le voir déclarer inopposable à son égard et à voir dire que tous les montants éventuellement payés par la société B à la société C pourront être récupérés par la société A, une fois qu'elle disposera d'un titre exécutoire contre la société B. Elle a demandé à ce que les sociétés défenderesses soient condamnées aux frais et dépens de l'instance et à lui payer une indemnité de procédure de 5.000 €.

Dans l'arrêt susdit, la Cour d'appel a condamné la société B à payer à la société C la somme de 2.938.374,27 € avec les intérêts au taux directeur de la BCE majoré de 7 % à partir du 19 décembre 2011, date de la demande en justice jusqu'à solde; déclaré bonne et valable la saisie-arrêt formée entre les mains de différentes banque de la place de Luxembourg suivant acte d'huissier de justice du 19 juin 2013 au préjudice de la société B pour la somme de 2.938.374,27 € avec les intérêts au taux directeur de la BCE majoré de 7 % à partir du 19 décembre 2011, date de la demande en justice jusqu'à solde; dit que les sommes dont les tiers saisis se reconnaîtront débiteurs seront par eux versées entre les mains de la société C, en déduction et jusqu'à concurrence de sa créance en principal et accessoires; confirmé le jugement en ce que le tribunal a condamné la société B à restituer à la société C la garantie de bonne exécution souscrite le 31 juillet 2007 auprès de la banque Fortis, sauf à dire que cette condamnation est à augmenter d'une astreinte de 5.000 € par jour de retard à courir à partir du deuxième mois suivant la signification de l'arrêt, le plafond de l'astreinte ayant été fixé à 100.000 €.

La tierce opposante expose que l'arrêt du 6 juillet 2016 lui porte préjudice dans la mesure où elle est elle-même créancière de la

société B. Elle reproche à cette dernière, dans le cadre du marché relatif au complexe D situé à Luxembourg Cloche d'Or d'avoir à tort fait appel à la garantie bancaire à première demande émise pour son compte par la banque E en faveur de la société B, de sorte que celle-ci se serait approprié un montant de 2.800.000 € qui, cependant, ne serait pas dû. Elle fait valoir que le fond du litige portant notamment sur sa demande en restitution par la société B de ladite somme est pendant devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg et qu'y figurent entre autres les trois sociétés actuellement en litige. Elle fait encore valoir qu'une expertise-arbitrage a été ordonnée par le juge des référés de Luxembourg dans le cadre d'un volet du marché relatif au complexe D, à savoir celui concernant le système de storage installé dans le bâtiment administratif, expertise aux termes de laquelle l'expert Aemisegger aurait retenu la responsabilité de la société C dans la mauvaise exécution desdits stores pour un montant de plusieurs millions d'euros. Ce rapport d'expertise ferait clairement obstacle à la demande en condamnation introduite par la société C contre la société B, de sorte qu'il serait incompréhensible que celle-ci n'ait pas fait état dudit rapport dans le litige en appel qui l'a opposée à la société C. Elle en déduit qu'en « l'absence d'autres explications, il faudrait conclure à une collusion frauduleuse entre les deux sociétés litigantes, tendant à vider la société B de sa substance au profit de la société C ».

La société B soulève l'irrecevabilité de la tierce opposition pour défaut de qualité à agir dans le chef de la société A qui, en tant que créancière, est censée avoir été représentée par son débiteur à l'instance. La tierce opposition serait encore irrecevable pour défaut d'intérêt à agir de la société A faute de préjudice dans son chef, vu qu'il ne serait pas établi que l'exécution de la condamnation en faveur de la société C la mettrait dans l'impossibilité d'exécuter son droit de créance envers le débiteur. Elle admet avoir fait appel à la garantie bancaire qui aurait été justifié eu égard aux conclusions retenues dans le rapport d'expertise Aemisegger. Elle expose avoir, en sa qualité d'entrepreneur principal du complexe immobilier D, chargé les sociétés A et C de travaux à y réaliser. La société A aurait notamment été en charge de la livraison et du montage des stores des fenêtres dudit immeuble et la société C en charge notamment du système de guidage desdits stores. L'expert Aemisegger aurait retenu la responsabilité de la société C et mis à sa charge un montant, non pas de plusieurs millions d'euros, mais de 150.000 €. Il semblerait que la société C ait entre-temps procédé aux réfections préconisées par l'expert. Ce dernier aurait de plus retenu que les travaux réalisés par la tierce opposante A et ses sous-traitants seraient à redresser et que ces travaux de réfection se chiffraient à plusieurs millions d'euros. A cela s'ajouteraient d'autres défauts dans la réalisation de travaux confiés à la société A qui seraient actuellement expertisés. Il serait donc « fort peu probable » que la société B aurait pu échapper, dans le cadre de l'instance ayant mené à l'arrêt de la Cour d'appel du 6 juillet 2016, à une

condamnation prononcée en faveur de la société C en invoquant le rapport Aemisegger. La société B conteste par ailleurs toute collusion entre elle et la société C. Elle réclame une indemnité de procédure de 5.000 € et des dommages-intérêts de 10.000 € pour procédure abusive et vexatoire.

La société C dénie à la société A qualité et intérêt à relever tierce opposition contre l'arrêt du 6 juillet 2016. Elle fait valoir que le litige portait sur les factures impayées qu'elle avait émises et sur la libération de la garantie bancaire qu'elle avait fait émettre par la banque Fortis en faveur de l'entrepreneur général B (le promoteur du complexe immobilier D était la société anonyme F). La garantie bancaire dont la restitution a été ordonnée en sa faveur ne serait pas à confondre avec celle émise par la banque E pour le compte de la société A en faveur de la société B. Il ne suffirait en outre pas, tel que le ferait la société A, de se prétendre créancier pour avoir qualité et intérêt pour former tierce opposition. Elle conteste toute collusion frauduleuse entre les sociétés défenderesses à la tierce opposition. Elle fait valoir avoir procédé en 2015 aux travaux de réfection concernant le système de guidage des stores, tels que préconisés par l'expert Aemisegger. Elle renvoie par ailleurs à l'arrêt du 6 juillet 2016 dans lequel la Cour d'appel a relevé que la société B a mentionné les litiges en cours concernant le volet storage du complexe immobilier D, de sorte qu'il serait faux de prétendre que la société B n'en aurait pas fait état au cours de l'instance d'appel ayant conduit audit arrêt. Elle soutient encore que si collusion il devait y avoir, la tierce opposition ne serait pas la procédure adéquate à introduire. Elle conclut au rejet des demandes formulées au dispositif de la tierce opposition. Elle formule reconventionnellement une demande en dommages-intérêts pour procédure abusive et vexatoire de 1.500 € et une demande basée sur l'article 240 NCPC pour le même montant.

La société A a, suite aux prises de position des défenderesses, soutenu avoir qualité et intérêt à agir au vu de la collusion frauduleuse des défenderesses, collusion qui aurait consisté pour la société B de se « laisser » condamner au profit de la société C, de sorte que la condamnation une fois exécutée, la société B ne serait plus qu'une « coquille vide » qui ne serait financièrement plus à même de pouvoir faire face à une seconde condamnation (*i.e.* restitution des sommes équivalant à la garantie bancaire émise pour le compte de la société A en faveur de la société B qui y a fait appel) qui sera, selon elle, prononcée à charge de celle-ci dans le cadre de l'instance pendante devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg.

Elle en veut pour preuve qu'il ressortirait de la lecture de l'arrêt du 6 juillet 2016 le peu de diligence de la société B à s'opposer aux demandes de la société C. Elle conclut à voire enjoindre aux parties

défenderesses de mettre à sa disposition la procédure et les pièces produites dans l'instance qui a mené à l'arrêt du 6 juillet 2016.

Pour étayer son affirmation relative à l'existence d'une collusion frauduleuse entre les défenderesses, elle relève que le bénéficiaire économique des sociétés B et C serait Paul C, qui en tant qu'ancien associé majoritaire et administrateur de la société C, et malgré la cession de l'intégralité des parts de la société et de la démission en 2007 de sa fonction d'administrateur, continuerait en fait à contrôler cette société, de même que la société B par le biais d'une société de droit néerlandais.

Par conclusions du 27 novembre 2017, la société A a conclu à la surséance à statuer en informant la Cour d'appel de ce qu'elle venait de déposer le 24 novembre 2017 une plainte avec constitution de partie civile entre les mains du juge d'instruction de Luxembourg notamment contre les sociétés défenderesses pour escroquerie à jugement.

Les sociétés défenderesses n'ont pas pris position quant à cette demande avant la clôture de l'instruction qui a été prononcée le 27 novembre 2017, ni n'ont - elles sollicité le rejet desdites conclusions, ni la révocation de l'ordonnance de clôture.

Les conclusions et échanges de lettres postérieurs à ladite clôture ne sont pas à considérer.

Le cadre du litige ayant opposé les sociétés B et C

La Cour est amenée à circonscrire brièvement le litige ayant mené à l'arrêt du 6 juillet 2016.

La société B (*Auftraggeber*) avait signé le 18 juillet 2003 un *Generalunternehmervertrag* avec la société A (*Auftragnehmer*), portant sur la construction du complexe immobilier D sis à Luxembourg - Cloche d'Or.

La société C avait par contrat d'adhésion (*Beitritt*) du 18 décembre 2003 adhéré audit contrat du 18 juillet 2003. Les relations contractuelles entre les sociétés B et C étaient donc régies par ces deux conventions, celles spécifiques du contrat d'adhésion, celles générales de celui du 18 juillet 2003.

Selon l'article 5.2. du contrat d'adhésion, la société C facturait ses prestations directement à la société B.

Les sociétés C et A avaient été chargées par la société B chacune de réaliser des travaux aux stores à installer dans le complexe immobilier, la société A ayant été en charge de la livraison

et du montage et la société C du système de guidage desdits stores. Le rapport d'expertise Aemisegger porte sur ces travaux.

Il ressort de l'arrêt de la Cour d'appel du 6 juillet 2016 qui a partiellement réformé le jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 5 juin 2014 que la société C s'est vu allouer à titre de factures impayées la somme de 2.938.374,27 € et non pas, tel que retenu par le tribunal, celle de 2.583.626,78 €. Le tribunal avait en outre décidé que la société B était en droit de retenir la somme de 1.793.615,42 € au titre de la *Gewährleistungsbeinhalt*, de sorte qu'il avait fixé la créance de la société C à 790.011,36 €, montant pour lequel il a validé la saisie-arrêt pratiquée par la société C. La Cour a décidé, par réformation, que la *Gewährleistungsbeinhalt* qui portait sur la réalisation des lots D et E du complexe immobilier D avait expiré en 2015 de sorte que l'intégralité du montant de 2.938.374,27 € était réduit. La saisie-arrêt a donc été validée à hauteur dudit montant.

Il ressort encore dudit arrêt que la société B s'est opposée à devoir restituer à la société C la « *Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern* » (garantie de bonne exécution qui était censée être remplacée par la *Gewährleistungsbeinhalt*) qui portait sur les lots C, D et E dudit complexe immobilier.

La Cour a ainsi retenu que

« L'appel principal de la société B est basé sur le fait qu'elle a intérêt à retenir cette garantie tant que les procédures judiciaires et expertises actuellement en cours concernant les pare-soleil et le Data Center n'auront pas été définitivement toisées.

Il est tout d'abord rappelé que ces litiges ne font pas partie de l'objet de l'appel dont la Cour est saisie. Le fait que la société B a intérêt à ne pas restituer la garantie importe peu. Il convient uniquement de savoir si la société C a conventionnellement droit à restitution, partant si les conditions lui donnant ce droit sont remplies en l'espèce ».

Etant donné que la *Gewährleistungsbeinhalt* était censée remplacer la garantie de bonne exécution, que la société B ne pouvait être en possession de deux garanties couvrant les mêmes travaux et que la *Gewährleistungsbeinhalt* qui avait porté sur l'exécution des travaux réalisés dans les lots D et E avait expiré en 2015, la Cour a dit que la société B ne pouvait s'opposer à la restitution de cette garantie de bonne exécution que pour les travaux réalisés par la société C au lot C du complexe immobilier D.

Elle a retenu que

La société B fait état de deux litiges voire expertises judiciaires encore en cours relatifs aux stores-soleil et au Data Center.

Ainsi qu'il a déjà été dit ci-dessus, les travaux à exécuter dans le cadre de la phase C n'ont pas été spécifiés par les parties, ni ne ressortent des pièces versées.

C'est à la société B qu'il appartient d'établir que des travaux couverts par la garantie bancaire du 31 juillet 2007 n'ont pas été exécutés selon les stipulations conventionnelles, partant d'établir que les litiges actuellement toujours pendants relèvent de la phase C et que les travaux n'ont pas été exécutés selon les règles de l'art.

La société B renvoie certes à plusieurs pièces et prise de position dans lesquelles la société B a essuyé un refus de la part d'une société F de réceptionner certains travaux, mais ces pièces ne permettent pas de retenir que cette non-réception concernait des travaux exécutés par la société C dans le cadre de la phase C. La Cour relève par ailleurs que les parties ne l'ont pas non plus informée des suites réservées aux demandes de réception, les seules informations fournies datant de 2009.

Il convient d'en conclure qu'il n'est pas établi que la société C a exécuté des travaux non conformes aux stipulations conventionnelles couverts par la garantie de bonne exécution du 31 juillet 2007, de sorte que le jugement est à confirmer en ce que le tribunal a ordonné la restitution de ladite garantie bancaire à la société C.

La société tierce opposante vise spécifiquement le volet de l'arrêt de la Cour d'appel qui, par réformation, a retenu que la *Gewährleistungsbeinhalt* avait expiré en 2015 et que les arriérés de factures restées impayées portaient sur la somme de 2.938.374,27 € et validé la saisie-arrêt à concurrence de ce montant.

Le volet confirmatif de l'arrêt relatif à la garantie de bonne exécution n'est pas expressément remis en cause. Cependant, eu égard au fait que le montant de cette garantie, s'il devait en définitive revenir à la société B, viendrait se compenser avec la créance de la société C, il convient également de tenir compte de ce volet de l'arrêt.

Les pièces produites à la base de la tierce opposition

La Cour se limite à ce stade à n'exposer que les éléments qui, selon la société A, établiraient son droit de créance à l'égard de la société B.

Ce droit repose exclusivement sur le résultat à attendre des procédures judiciaires pendantes devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg.

La société tierce opposante verse à ce titre ses conclusions prises en première instance les 22 décembre 2015 et 7 juin 2017, la société B celles du 26 avril 2016. La société C ne verse pas de conclusions propres, mais commente celles du 7 juin 2017 de la société A.

Il ressort des qualités desdites conclusions que la société B a par acte d'huissier de justice du 27 août 2012 notamment assigné la société A, ce sur quoi celle-ci a assigné le 16 novembre 2012 les sociétés B et G. Ces deux assignations ne sont pas versées. En 2013 et 2014, d'autres sociétés et intervenants sur le marché D ont été assignés. Par un acte d'huissier de justice du 30 janvier 2013, la société A a notamment assigné les sociétés C et F. Ont encore été assignées à cette date plusieurs personnes morales et physiques dont il est établi qu'elles ont été les sous-traitants de la société A, voire des architectes et ingénieurs.

Est encore versée l'ordonnance de référé du 31 janvier 2014 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg portant nomination de l'expert Kreuzsch. Est également versé le rapport d'expertise Aemisegger du 2 décembre 2013 dont il ressort que par ordonnance du 25 octobre 2011, Emil Aemisegger a été chargé de procéder à une expertise avec pour mission notamment de décrire les vices et malfaçons affectant les stores extérieurs du complexe D, de proposer les moyens d'y remédier et d'en chiffrer le coût.

Il ressort des conclusions auxquelles la Cour peut avoir égard que le litige au fond a notamment trait à l'examen dudit rapport d'expertise. Le rapport de l'expert Kreuzsch ne semble pas encore avoir été dressé.

La société tierce opposante fait état de ce que l'encaissement par la société B de la garantie bancaire ayant porté sur 2.800.000 € est un fait, tandis que la créance dont la société B se prévaut à l'égard de la société A est hypothétique. Elle admet qu'il y a « certes » le rapport Aemisegger qui traite du volet relatif aux stores du complexe D, mais argue de ce que celui-ci serait incomplet en ce qu'il ne trancherait pas plusieurs questions, telles de réception, de durée de la garantie, de l'acceptation du produit par suite de commandes successives après mise en service des premiers bâtiments du complexe, de la responsabilité d'autres intervenants ainsi que d'autres « questions décisives ».

Dans l'assignation en tierce opposition, la société A expose que le rapport Aemisegger aurait retenu « une responsabilité de Paul C pour un montant de plusieurs millions d'euros ».

Discussion

Les parties s'accordent pour dire que les débiteurs représentent leurs créanciers et que ceux-ci ne sont donc pas admis à former tierce opposition. La représentation cesse en cas de fraude. Dans cette hypothèse, le créancier a qualité pour former tierce opposition en application du principe *fraus omnia corrumpit*.

La qualité de créancier de la société A à l'égard de la société B est contestée par les défenderesses en ce qu'elles font valoir que la tierce opposante, engagée dans un litige pendant devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg notamment contre la société B ne dispose pas d'une créance contre cette dernière société.

La qualité de créancier ou non revendiquée par la société A à l'égard de la société B conditionne nécessairement son intérêt à agir. En effet, si elle ne peut faire valoir aucune créance à l'égard de son débiteur potentiel, elle est sans intérêt pour s'opposer à une décision judiciaire (*i.e.* l'arrêt du 6 juillet 2016) qui affecte les droits matériels du débiteur, mais non pas les siens.

La qualité à agir en tierce opposition dépend de la qualité de créancier du tiers opposant. Il lui appartient non seulement d'établir être le créancier, fût-il éventuel, d'une partie au litige, mais encore de justifier de son intérêt à agir en ce que la décision rendue est susceptible d'affecter ses droits. En l'espèce, la qualité de créancier se confond avec son intérêt à agir.

La société A fait état de sa qualité de créancier chirographaire de la société B, qui, en cette qualité, dispose d'un gage général sur les actifs de son débiteur. La tierce opposante admet ne pas disposer d'une créance certaine, liquide et exigible à l'égard de la société B, mais renvoie au litige actuellement pendant devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg qui a notamment pour objet de se voir reconnaître un tel droit de créance à l'égard de la défenderesse.

S'il est établi que la créance peut n'être qu'éventuelle, il appartient cependant à celui qui l'invoque de soumettre au juge des éléments suffisants de nature à pouvoir raisonnablement conclure à l'éventualité de la créance alléguée.

Le reproche adressé en première instance par la société A à la société B consiste pour celle-ci d'avoir, à tort, fait appel à la garantie bancaire émise par la banque Fortis pour le compte de la société A en sa faveur. Cette garantie portait sur 2.800.000 €. Soutenant ne pas avoir engagé sa responsabilité contractuelle à l'égard de la société B, la société A a conclu à se voir restituer le montant équivalant à ladite garantie.

Abstraction faite du sort réservé par la Cour à une telle demande, il convient de noter que la société tierce opposante n'a pas demandé à la Cour de surseoir à statuer sur la tierce opposition en attendant l'issue des procédures engagées devant le tribunal d'arrondissement.

C'est donc à la Cour d'appel qu'il revient de juger sur la base des pièces et renseignements fournis si la société A peut être considérée comme créancière potentielle de la société B.

C'est la société B qui a d'abord actionné la société A en condamnation à lui payer le montant de 6.000.000 € et par après la société A a assigné la société B et mis en intervention les sociétés et personnes qui ont réalisé les travaux en sous-traitance dans le cadre du marché qui lui avait été attribué par l'entrepreneur principal B. Il est rappelé que la société F était le propriétaire du complexe immobilier D.

Si les parties se focalisent sur le rapport Aemisegger, il convient cependant de souligner que la problématique y expertisée relative au système de storage réalisé notamment par les sociétés A et C, chacune pour la part qui la concernait, ne peut constituer qu'un des aspects litigieux. Les autres sont tout juste effleurés en ce qu'il est question d'un rapport à dresser par l'expert Kreuzsch.

La société A affirme qu'il ressortirait du rapport Aemisegger que la société C devrait supporter des coûts de réparation qui se chiffrent à « plusieurs millions d'euros ».

Outre que cette affirmation est fautive en ce que l'expert Aemisegger retient que des travaux de réparation au système de guidage des stores qu'il chiffre à quelque 150.000 € sont à réaliser par la société C, il y a lieu de noter que ladite société a conclu au mois de mai 2015 une transaction avec le promoteur du projet D, à savoir la société F. La société C s'y est engagée à participer à hauteur de 170.000 € aux travaux de remplacement du système de guidage des stores et la société F a déclaré ne plus avoir de revendications à faire valoir de ce chef vis-à-vis de la société C. Cette transaction à propos de laquelle la société A n'a pas pris position devrait donc avoir mis fin à toute demande en condamnation dirigée contre la société C pour l'exécution des travaux relatifs au système de guidage des stores. S'il est donc établi que la société B a fait état, dans le cadre de l'instance ayant mené à l'arrêt du 6 juillet 2016, de la procédure pendante devant le tribunal relative à cet aspect du litige pour s'opposer à la demande de la société C en restitution de la garantie bancaire, ce moyen n'avait déjà, vu rétroactivement, à l'époque plus lieu d'être.

Il n'en est cependant pas de même de la fourniture et des travaux de montage des stores confiés par la société B à la société A.

La société B fait état des développements de la société A contenus dans ses conclusions du 7 juin 2017.

La société A y expose que ses sous - traitants, que ce soit le fournisseur des stores ou encore le poseur de stores, devront, en cas de condamnation prononcée à sa charge en faveur de la société B, la tenir quitte et indemne.

Dans le dernier alinéa consacré spécifiquement à la problématique de l'appel par la société B à la garantie bancaire émise par la banque E pour son compte, la société A expose qu' « *en cas de condamnation de A vis-à-vis de B Development - ce qui supposerait une condamnation de celle-ci vis-à-vis de F -, ce montant doit bien sûr être imputé sur la condamnation prononcée à l'encontre de A. En revanche, les sous-traitants de A, ...et ... le fabricant ... doivent tenir celle-ci quitte et indemne pour le tout, s'agissant de montants que A doit pouvoir récupérer à charge de ces derniers.* »

Cette position de la société A, par ailleurs correcte en droit, ne contient, ensemble avec les développements consacrés au rapport Aemissegger, aucun élément qui soit à priori de nature à conclure à un appel abusif à la garantie bancaire de la part de la société B, étant donné que la société A se base sur ledit rapport pour imputer aux sous - traitants la faute quant aux déficiences constatées au niveau du système de storage, elle-même concluant à se voir tenir quitte et indemne de toute condamnation à prononcer à sa charge en faveur de la société B.

Quant aux premières conclusions de la société A du 22 décembre 2015, il en ressort que la société B a assigné la société A en condamnation de la somme de 6.000.000 € en lui ayant reproché « *d'avoir manqué à son obligation contractuelle de livrer un complexe Af en main en se prévalant des griefs du propriétaire du bâtiment concernant les stores extérieurs de celui-ci, la façade isolante et les châssis des fenêtres* ». La société A a opposé la prescription biennale contractuelle à la demande en condamnation basée sur les stores extérieurs au motif qu'il s'agirait *d'éléments mobiles de l'équipement technique*, le délai de garantie ayant, selon elle, été révolu au moment de l'appel à la garantie bancaire. En ordre subsidiaire, elle a demandé à voir condamner les sous-traitants à la tenir quitte et indemne de toute condamnation à prononcer à sa charge en faveur de la demanderesse B. Elle a encore fait état des travaux d'expertise en cours concernant les façades et autres éléments et estimé qu'aucune responsabilité ne sera retenue à sa charge.

La Cour note que la société B a conclu le 29 novembre 2016, conclusions qui ne sont pas versées. Elle n'a pas non plus pris position quant au moyen de la prescription biennale dans celles des conclusions où elle a analysé celles de la société A.

Même en l'absence desdites conclusions, la Cour estime à priori que ce moyen de la société A n'est pas pertinent, le système du storage ne pouvant être qualifié *d'éléments mobiles de l'équipement technique*. A noter d'ailleurs que dans ses conclusions subséquentes de juin 2017, la société A n'en fait plus expressément état.

Le coût de la réparation des stores est chiffré par l'expert Aemisegger à quelque 4.200.000 € HTVA (rapport d'expertise, page 441/447). Ce montant qui, dans les relations entre les sociétés B et A est susceptible d'être mis à la charge de cette dernière, quitte pour elle de se retourner contre ses fournisseur et monteur, dépasse largement la garantie bancaire ayant porté sur 2.800.000 € à laquelle la société B a fait appel.

Les éléments d'appréciation soumis à la Cour d'appel ne lui permettent pas de retenir le moindre indice de nature à rendre plausible l'affirmation péremptoire de la tierce opposante qu'elle sera à la fin de la procédure actuellement pendante devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg reconnue créancière de la société B.

N'ayant donc pas cette qualité de créancier et partant pas non plus qualité pour agir, qualité qui se rattache au fond du droit, la tierce opposition est à dire non fondée.

Il n'y a dans ces conditions pas lieu, pour être sans objet, d'examiner le moyen de la société A tiré de la collusion frauduleuse entre les sociétés défenderesses sur tierce opposition destinée à permettre à la société C de se procurer un titre judiciaire exécutoire contre la société B.

Il n'y a pas lieu non plus de statuer sur la demande de la société A tendant à se voir remettre les pièces et conclusions échangées dans le cadre de l'instance ayant mené à l'arrêt du 6 juillet 2016, ni sur sa demande en surséance tirée du dépôt d'une plainte pénale du 23 novembre 2017 faite entre les mains du juge d'instruction de Luxembourg dirigée notamment contre les sociétés B et C du chef d'escroquerie, sinon de tentative d'escroquerie.

Les défenderesses sur tierce opposition demandent à voir condamner la société A à leur payer des dommages-intérêts du chef de procédure abusive et vexatoire.

Elles font valoir que la société A n'aurait pas eu en vue de défendre ses intérêts légitimes et que son seul objectif aurait été de les diffamer. Elles font valoir que la tierce opposition procède d'une intention malicieuse et vexatoire. Elles exposent que la société A se limite à lancer des accusations purement gratuites et mensongères à leur encontre, que la motivation du recours se résume à quelques paragraphes dépourvus de toute valeur juridique dans lesquels elle se limite à affirmer sa qualité de créancière de la société B, sans cependant l'établir et à ne pas préciser le rapport entre cette prétendue qualité et l'arrêt du 6 juillet 2016.

La société A n'a pas pris position.

Il ressort des développements ci-dessus que la société A n'a pas établi, ne serait-ce qu'à titre d'indice, qu'elle se verra reconnaître en première instance la qualité de créancière de la société B. Bien plus convient-il de constater qu'elle a opéré avec des affirmations fausses en faisant valoir que la société C devrait, selon le rapport d'expertise Aemisseger, supporter des frais de remise en état de « plusieurs millions d'euros », alors pourtant que ces frais n'ont été estimés qu'à 150.000 € et omis de relever que la société C a dès 2015 conclu une transaction avec la société F ayant porté sur la somme de 170.000 €. Ces affirmations péremptoires témoignent à tout le moins d'une mauvaise lecture dudit rapport, certes gros de 446 pages, affirmations au surplus utilisées pour alléguer l'existence d'une collusion frauduleuse entre les sociétés défenderesses dans le but de lui nuire.

La Cour estime que ce faisant, la société A a agi de façon téméraire en ayant utilisé cette voie de recours extraordinaire sans avoir de façon sereine avant de la lancer recueilli les informations nécessaires pour lui donner un semblant de justification.

Elle a de ce fait engagé sa responsabilité délictuelle à l'égard des deux sociétés et il y a lieu de réparer le préjudice ainsi causé en la condamnant à verser à chacune d'elles des dommages-intérêts de 1.500 €.

Etant donné que les défenderesses en tierce opposition ont dû avoir recours aux services d'un avocat pour se défendre, elles ont encore chacune droit à une indemnité de procédure de 1.500 €.

La demande de la société A en allocation d'une indemnité de procédure n'est pas fondée, vu le sort réservé à son recours et aux dépens.

PAR CES MOTIFS

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

reçoit la tierce opposition en la forme,

la dit non fondée,

condamne la société anonyme A, en abrégé A, à payer à la société anonyme B et à la société anonyme C des dommages-intérêts de chaque fois 1.500 € du chef de procédure abusive et vexatoire,

la condamne encore à payer à chacune d'elles une indemnité de procédure de 1.500 €,

rejette la demande de la société anonyme A, en allocation d'une indemnité de procédure,

la condamne aux frais et dépens de la tierce opposition et en ordonne la distraction au profit de Maître Steve Helminger, avocat constitué, qui la demande.