

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

## **Arrêt N° 44/22 IV-COM**

Audience publique du huit mars deux mille vingt-deux

Numéro CAL-2020-01079 du rôle

Composition:

Marie-Laure MEYER, président de chambre;  
Carole BESCH, conseiller;  
Nathalie HILGERT, conseiller;  
Eric VILVENS, greffier.

### **E n t r e**

**la société à responsabilité limitée SOCIETE1.)**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), représentée par ses gérants, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.),

**appelante** aux termes d'un acte de l'huissier de justice Gilles Hoffmann de Luxembourg du 9 décembre 2020,

comparant par la société à responsabilité limitée Sorel Avocat, établie et ayant son siège social à L-1212 Luxembourg, 14A, rue des Bains, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 250783, représentée par Maître Karim Sorel, avocat à la Cour,

### **e t**

**la société anonyme SOCIETE2.)**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par son conseil d'administration, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.),

**intimée** aux fins du prédit acte Hoffmann,

comparant par la société à responsabilité limitée E2M, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-2419 Luxembourg, 2, rue du Fort Rheinsheim, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 210821, représentée par Maître Max Mailliet, avocat à la Cour.

## **LA COUR D'APPEL**

### **Faits**

La société anonyme SOCIETE2.) (ci-après « SOCIETE2. ») est le propriétaire du complexe immobilier « (...) ». Elle loue une partie du site à la société anonyme SOCIETE3.) (ci-après « SOCIETE3. »), laquelle a notamment sous-loué la cellule (...) à la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) (ci-après « SOCIETE1. ») suivant contrat de bail du 18 avril 2014.

Des discussions au sujet de la prise en charge de divers frais communs, à savoir les prestations de sécurité, la mise à disposition de navettes, les frais d'enlèvement des ordures dudit site, le nettoyage et l'électricité, ont eu lieu entre SOCIETE2.) et les divers exploitants des cafés et restaurants.

Suite à une médiation, une convention intitulée « *Protocole d'accord* » (ci-après le « Protocole ») a été signée le 29 novembre 2011 entre les exploitants du site et SOCIETE2.). Cette convention fixe les conditions de répartition et de paiement de divers frais communs relatifs au site. Il a été convenu que SOCIETE2.) refacture ces frais aux divers exploitants selon les critères arrêtés conventionnellement, à savoir en fonction des millièmes et des « *capacités commodo* ».

Par courrier recommandé du 10 avril 2018, SOCIETE2.) a mis SOCIETE1.) en demeure de procéder au paiement du montant de 35.000,32 euros. Aucune suite n'a été réservée à ce courrier.

### **La première instance**

Par exploit d'huissier du 20 septembre 2018, SOCIETE2.) a assigné SOCIETE1.) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, aux fins de la voir condamner à lui payer le montant de 35.001,35 euros, augmenté à 50.032,59 euros en cours d'instance sur base d'un décompte actualisé, au titre de frais impayés, avec les intérêts légaux de retard conformément aux articles 3(1) et 5(1) de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard (ci-après « la Loi de 2004 ») à partir de la date d'exigibilité, sinon à partir de la mise en demeure du 10 avril 2018, sinon à partir de la demande en justice, jusqu'à solde. Elle a encore demandé une indemnité de

procédure de 2.500 euros, la condamnation de SOCIETE1.) au paiement des frais et dépens de l'instance ainsi que l'exécution provisoire sans caution du jugement.

SOCIETE2.) a invoqué le Protocole et a basé sa demande, en ordre principal, sur les articles 1134 et suivants du Code civil et, en ordre subsidiaire, sur le principe de la facture acceptée, sinon sur le principe de la correspondance commerciale acceptée. Plus subsidiairement, elle invoquait l'existence d'un quasi-contrat de gestion d'affaires au sens des articles 1372 et suivants du Code civil et elle se prévalait d'une action directe dans le cadre d'une chaîne de contrats homogènes formée par une location et une sous-location.

En dernier ordre de subsidiarité, SOCIETE2.) a offert de prouver par expertise judiciaire le montant payé par elle à titre de frais résultant du Protocole.

SOCIETE2.) a exposé que suivant le Protocole, qui ferait partie intégrante du contrat de sous-location conclu entre SOCIETE3.) et SOCIETE1.), cette dernière se serait engagée à lui payer la quote-part des frais liés aux prestations de sécurité, des frais engendrés par l'enlèvement des déchets, des frais d'électricité, de nettoyage ainsi que divers autres frais à sa charge.

SOCIETE1.), bien qu'initialement représentée par un mandataire, ne s'est plus présentée lors de l'audience des plaidoiries.

Par jugement contradictoire du 15 octobre 2020, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a déclaré la demande partiellement fondée et a condamné SOCIETE1.) à payer à SOCIETE2.) la somme de 35.001,35 euros ainsi qu'une indemnité de procédure de 1.000 euros. Il a dit qu'il n'y avait pas lieu à exécution provisoire sans caution du jugement et a condamné SOCIETE1.) aux frais et dépens de l'instance.

Retenant qu'en cas de défaut de comparution du défendeur à l'audience des plaidoiries, le juge ne peut statuer que dans la seule limite des prétentions contenues dans l'acte introductif d'instance, le tribunal a déclaré irrecevable l'augmentation de la demande intervenue en cours d'instance.

Il a ensuite analysé le moyen de preuve tiré de l'application des principes de la facture et de la correspondance commerciale acceptées pour retenir que les décomptes versés, qui ne sont pas à qualifier de factures, n'avaient pas fait l'objet d'une contestation, de telle manière qu'il existait une présomption suffisante de l'existence de la créance alléguée sur base de la théorie de la correspondance commerciale acceptée.

Le chapitre 1<sup>er</sup> de la Loi de 2004 a été jugé inapplicable au motif que l'activité de SOCIETE2.) ne constitue pas une transaction commerciale au sens de la loi.

### **L'appel**

Par acte d'huissier de justice du 9 décembre 2020, SOCIETE1.) a relevé appel de ce jugement qui, selon les informations des parties, ne lui avait pas été signifié. Elle demande, par réformation, à être déchargée de toute condamnation intervenue et à voir condamner SOCIETE2.) à lui payer une indemnité de procédure de 1.750 euros pour la première instance et de 3.500 euros pour l'instance d'appel. Elle requiert encore la condamnation de l'intimée aux frais et dépens des deux instances.

Dans le cadre de ses conclusions récapitulatives, l'appelante conclut, quant à l'appel principal, à voir dire les moyens opposés par SOCIETE2.) irrecevables, sinon non fondés et à la voir débouter de l'ensemble de ses demandes pour être irrecevables, sinon non fondées.

Elle se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité de l'appel incident et elle conclut au fond à le voir dire non fondé et à voir dire que SOCIETE2.) n'est pas en droit de réclamer les intérêts de retard et que l'augmentation de la demande de SOCIETE2.) est irrecevable. A titre subsidiaire, elle demande à être déchargée du paiement de l'ensemble des charges rédues, sinon à voir réduire significativement le montant des charges rédues pendant les périodes de fermeture imposées par le gouvernement et liées aux conséquences dommageables de la situation exceptionnelle liée à la Covid-19 à hauteur de 81% sinon de 50% du montant des charges rédues.

SOCIETE1.) conteste le caractère équitable des frais, bien que prévus au Protocole, en ce qu'ils devraient être répartis entre l'ensemble des occupants du site et en ce qu'ils ne sont ni sincères, ni légitimes. Un problème majeur résiderait dans le fait que SOCIETE2.) modifierait unilatéralement les millièmes du site dans le cadre de la refacturation des charges.

Elle conteste également être redevable des charges non expressément visées au Protocole, à défaut de tout engagement contractuel y relatif.

SOCIETE1.) conteste l'application du principe de la facture acceptée aux rapports bailleur/sous-locataire et fait encore valoir que les documents invoqués ne peuvent être qualifiés de factures au sens de l'article 109 du Code de commerce. SOCIETE2.) ne prouverait pour le reste toujours pas l'envoi de l'ensemble des factures et décomptes litigieux.

Il incomberait à SOCIETE2.) de prouver le caractère équitable, sincère et légitime des charges réclamées. L'appelante critique encore que, dans le cadre de la refacturation, des superficies différentes soient prises en compte sans justification et que certains utilisateurs, dont la société exploitant le parking, ne contribuerait pas du tout aux charges.

SOCIETE1.) conteste les autres bases légales invoquées par SOCIETE2.) pour justifier sa demande en ce qu'elle vise les frais non prévus au Protocole.

En ce qui concerne les frais visés par le Protocole, SOCIETE1.) émet des critiques ponctuelles par rapport aux divers postes et se rapporte à prudence de justice quant à la nomination d'un expert.

SOCIETE2.) demande acte qu'elle se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité de l'acte d'appel en la pure forme. Au fond, elle demande la confirmation du jugement en ce que le tribunal a retenu le principe de condamnation à paiement. Si les pièces ne suffisaient pas à emporter la conviction de la Cour, SOCIETE2.) sollicite l'institution d'une mesure d'expertise.

Elle interjette appel incident et sollicite la condamnation de SOCIETE1.) au paiement de la somme de 49.731,98 euros suivant décompte actualisé, sinon subsidiairement au paiement du montant de 35.001,35 euros avec les intérêts de retard à compter de la date d'exigibilité, sinon de la mise en demeure du 10 avril 2018, sinon de la demande en justice.

SOCIETE2.) réclame une indemnité de procédure de 5.000 euros pour l'instance d'appel et la condamnation de SOCIETE1.) au frais et dépens de l'instance.

SOCIETE2.) fait valoir que l'ensemble des charges avancées par elle, en ce compris celles non expressément visées par le Protocole, doivent être prises en charge par les exploitants. Elle se base à titre principal sur le principe de la facture acceptée, sinon de la correspondance commerciale acceptée.

Les factures, décomptes et mises en demeure versés n'auraient jamais été contestés, de telle manière que SOCIETE1.) aurait accepté être tenue au paiement de toutes les charges, même celles non expressément prévues au Protocole.

A titre subsidiaire, SOCIETE2.) se base sur les articles 1134 et suivants du Code civil et expose que le Protocole fait partie intégrante du contrat de sous-location et que la facturation des charges est également prévue par le contrat de bail principal conclu avec SOCIETE3.).

Plus subsidiairement, SOCIETE2.) invoque la gestion d'affaires telle que prévue par les articles 1372 et suivants du Code civil, sinon l'action directe dans le cadre d'une chaîne de contrats formée d'une location et d'une sous-location.

Dans le cadre de son appel incident, SOCIETE2.) critique le jugement en ce que le tribunal n'a pas fait droit à sa demande telle qu'augmentée en cours de procédure motif pris que SOCIETE1.) aurait reçu tous les décomptes requis. Elle réclame partant la condamnation de SOCIETE1.) au paiement du montant de 49.731,98 euros avec les intérêts de retard conformément à la Loi de 2004.

Eu égard au fait que le paiement de consommations réelles serait réclamé, SOCIETE1.) ne saurait utilement invoquer la crise sanitaire pour continuer à refuser de payer ce qui est dû.

### **Appréciation**

Les appels principal et incident sont recevables pour avoir été introduits selon les formes et délai prévus par la loi.

En application de l'article 586 du Nouveau Code de procédure civile auquel les parties se sont soumises en rédigeant des conclusions récapitulatives, les moyens qui ne sont pas récapitulés sont regardés comme abandonnés.

Seuls les moyens repris dans les conclusions récapitulatives sont donc à examiner, et la déclaration du maintien des conclusions antérieures tant de première instance que de l'instance d'appel, sans aucune précision, méconnaît la nature des conclusions récapitulatives et est sans portée.

L'affirmation de SOCIETE1.) aux termes de laquelle elle demande à la Cour de « statuer conformément aux conclusions antérieurement et notifiées resp. signifiées en la cause » est ainsi dénuée de pertinence.

### **L'appel principal**

SOCIETE1.) demande à être déchargée de toute condamnation. Elle distingue entre les frais réclamés qui sont expressément prévus au Protocole et ceux qui ne le sont pas.

SOCIETE2.) estime, au contraire, qu'elle a droit au remboursement de tous les frais par elles avancés indépendamment du fait s'ils sont visés par le Protocole ou non et invoque à titre principal le principe de la facture, sinon de la correspondance commerciale acceptées.

### **La facture acceptée et la correspondance commerciale acceptée**

Bien que SOCIETE2.) mentionne le principe de la facture acceptée comme moyen de preuve principal, il résulte cependant de ses conclusions qu'elle qualifie elle-même les décomptes, rappels et mises en demeure comme correspondance commerciale, tel que cela a également été retenu par le tribunal. Dans la mesure où elle reste par ailleurs également en défaut d'énumérer en détail les factures sous-jacentes aux décomptes réclamés, la demande ne saurait prospérer sur base du principe de la facture acceptée.

Par extension du principe de la facture acceptée posé par l'article 109 du Code de commerce, il est admis en jurisprudence qu'entre commerçants, le fait de ne pas répondre à une correspondance commerciale implique l'acceptation de son contenu.

Si un marchand reçoit sans protester une lettre mentionnant l'existence à sa charge d'une obligation, il reconnaît ipso facto le contenu de la lettre comme le liant en droit. Il faut qu'il proteste immédiatement, sinon son silence vaut acquiescement. Le principe de la correspondance commerciale acceptée crée une obligation à charge du commerçant contre lequel est dirigé une affirmation inexacte impliquant une obligation de sa part.

Cette obligation se justifie dans la mesure où les transactions commerciales doivent se développer dans la sécurité et la rapidité, exigences qui impliquent que soit réduit au minimum, entre commerçants, le temps durant lequel une des parties pourra mettre en doute la véracité des affirmations de l'autre au sujet de l'existence et des modalités de leurs obligations réciproques (cf. A. Cloquet, La Facture, n° 444).

La signification accordée au silence dépendra des circonstances de l'espèce qui sont souverainement appréciées par le juge du fond.

En l'espèce, SOCIETE2.) se prévaut de la lettre de mise en demeure de son mandataire du 10 avril 2018 à laquelle un décompte daté au 10 avril 2018 a été annexé. Ce courrier a été envoyé par recommandé en date du 10 avril 2018 à l'adresse du siège social de SOCIETE1.) qui en a été avisée le 11 avril 2018. Dès lors, le moyen suivant lequel SOCIETE2.) resterait en défaut de justifier l'envoi et la réception de ses courriers est contredit par les pièces. Si SOCIETE1.) n'a pas récupéré cette lettre recommandée, cela ne tient qu'à sa propre négligence.

Si le courrier de mise en demeure peut certes être qualifié de correspondance, il n'est cependant pas une correspondance commerciale au sens de la théorie développée par extension du principe de la facture acceptée expressément visé par l'article 109 du Code de commerce.

En effet, l'admission du principe invoqué présuppose qu'il porte sur un courrier entre commerçants. L'extension à la correspondance

commerciale du principe admis en matière commerciale de l'acceptation de la facture par le silence du destinataire ne saurait être étendue davantage pour s'appliquer aux courriers émanant d'un mandataire judiciaire qui intervient dans une phase litigieuse, contentieuse ou précontentieuse, donc à un moment où la communication directe entre les commerçants a pris fin (Cour d'appel, 24 mars 2016, n°41327 du rôle).

SOCIETE2.) invoque encore d'autres décomptes, notamment ceux versés en tant que pièces n° 5, n° 11 et n° 12. Or, ces décomptes ne sont pas accompagnés d'une correspondance commerciale. De plus, face aux contestations émises quant à la réception de ces documents antérieurement à leur communication en tant que pièces dans le cadre du présent litige, SOCIETE2.) ne saurait s'en prévaloir dans le contexte de la théorie de la correspondance commerciale acceptée.

L'appel principal est partant fondé quant à ce volet.

#### Les articles 1134 et suivants du Code civil

A titre subsidiaire, SOCIETE2.) invoque les articles 1134 et suivants du Code civil.

Il n'est pas contesté en l'espèce que, bien que SOCIETE1.) n'ait signé le contrat de sous-location avec SOCIETE3.) qu'en 2014, elle est liée par le Protocole signé en 2011 et ce en application de son article F.3. Il n'est pas non plus contesté qu'elle exploite le local (...) d'une superficie de 293,54 m<sup>2</sup>. Le Protocole est par ailleurs annexé à son contrat de sous-location conclu avec SOCIETE3.), de telle manière qu'il est constant en cause que SOCIETE1.) est liée par ledit Protocole.

Le Protocole règle expressément la répartition des charges relatives aux frais de la navette, de sécurité, d'évacuation des déchets, d'électricité et de nettoyage. Le Protocole ne contient aucune clause générale relative à la prise en charge de frais autres que ceux expressément énumérés et pour lesquels des clés de répartition différentes sont prévues. Il n'existe pas d'autre engagement contractuel direct entre les parties en vue du paiement des autres frais. SOCIETE2.) ne saurait partant en principe réclamer paiement d'autres frais à l'intimée que ceux expressément visés au Protocole.

Si, aux termes du point F du Protocole, les parties ont convenu que ce Protocole fait partie intégrante du contrat de bail signé entre SOCIETE2.) et ses locataires directs, à savoir les sociétés SOCIETE4.) et SOCIETE3.) et qu'il est de même pour ce qui est des rapports entre SOCIETE4.) respectivement SOCIETE3.) et leurs sous-locataires dans le contexte de chacun des contrats de sous-location signés, il reste que ce Protocole ne règle pas la répartition des charges et frais autres que ceux qui y sont expressément prévus.

Il est certes vrai que, dans le cadre de ses contestations et critiques émises à l'adresse de la refacturation des charges, SOCIETE1.) n'a pas expressément distingué entre celles visées ou non par le Protocole, il n'en demeure pas moins que la Cour ne saurait faire abstraction des termes clairs dudit contrat et lui donner une teneur qu'il n'a pas.

SOCIETE2.) invoque encore les termes des contrats de location et des contrats de sous-location qui viseraient les charges mêmes non comprises dans le Protocole.

Le contrat de bail entre SOCIETE2.) et SOCIETE3.) prévoit en son article 3 que « les taxes d'eau, de gaz, d'électricité, d'égouts, de canalisation, de poubelles et toutes autres taxes sont à charge des locataires de preneuse, c.-à-d. des sous-locataires. Bailleurs (c'est-à-dire SOCIETE2.) s'engagent à facturer soit eux-mêmes, soit par l'intermédiaire des administrations ou entreprises respectives ces taxes directement aux sous-locataires ».

Aux termes de l'article 1165 du Code civil, les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, elles ne nuisent point au tiers et elles ne lui profitent que dans les cas prévus par l'article 1121.

Cet article vise les effets internes des conventions, c'est-à-dire les effets découlant directement des droits et obligations générés par le contrat, par opposition aux effets externes qui sont liés à l'existence même de la convention. En d'autres termes, si les tiers peuvent se prévaloir de l'existence d'un contrat et des effets qu'il produit entre les parties contractantes, les effets internes d'un contrat ne lient que les parties et un tiers ne peut être tenu d'exécuter une obligation résultant d'un contrat auquel il n'est pas partie et il ne peut pas non plus réclamer à son profit l'exécution d'un droit résultant d'un tel contrat.

SOCIETE2.) ne saurait dès lors invoquer cette disposition pour contraindre SOCIETE1.), tiers à ce contrat de bail, au paiement des frais y visés à son profit.

Le contrat de sous-location prévoit en son article III que « en dehors du loyer, preneurs acquitteront les taxes d'eau, de gaz, d'électricité, de téléphone ou de raccordement à une antenne collective de télévision, sans retard et sur première demande. Il en est de même des taxes se rapportant à l'enlèvement des ordures, taxes de canalisation et de toutes autres taxes périodiques ».

Or, cette disposition ne règle pas du tout la facturation de ces frais, elle ne précise pas comment les frais sont mis en compte, ni par quelle entité. Cet article ne permet pas non plus de conclure à un engagement direct pris par SOCIETE1.) à l'égard de SOCIETE2.).

Il découle de tout ce qui précède, et sous réserve des autres bases légales encore invoqués, que SOCIETE1.) n'est tenue au paiement que des frais prévus au Protocole.

SOCIETE1.) refuse cependant de les payer aux motifs qu'ils profitent également aux occupants des logements et bureaux sans cependant que ceux-ci n'y contribuent et qu'ils ne sont ni sincères, ni légitimes. SOCIETE2.) modifierait unilatéralement les millièmes en fonction des cellules inoccupées, sans considération des millièmes initiaux.

Le reproche que les frais ne seraient pas pris en charge par tous les occupants du site n'est pas établi. La pièce n°22 de Me Sorel ne permet pas de corroborer ce reproche. Indépendamment de ce constat, force est de constater que SOCIETE1.) s'est contractuellement engagée à supporter les frais énumérés au Protocole selon les clés de répartition y prévues, de telle manière qu'elle doit respecter ces termes nonobstant le fait qu'elle les considère injustes ou déséquilibrés.

A l'inverse, SOCIETE2.) doit également respecter les termes dudit Protocole et ne saurait répartir les charges suivant des critères autres que ceux contractuellement arrêtés.

SOCIETE1.) critique encore ponctuellement la refacturation de divers frais prévus au Protocole.

#### *Les frais de sécurité*

SOCIETE1.) fait valoir qu'elle n'a jamais eu de devis ou d'étude relative au choix de la société désignée, la facturation aurait été tardive, entre septembre 2011 et 2013 aucune société de sécurité n'aurait été chargée et en 2013, la société chargée aurait uniquement effectué des missions de police sur le site dans l'intérêt exclusif de SOCIETE2.) et serait plus chère que le prestataire précédent. De plus, les exploitants disposeraient déjà d'un propre service de sécurité.

SOCIETE2.) conteste ces reproches.

Il faut tout d'abord constater que SOCIETE1.) s'est contractuellement engagée au paiement de ces frais suivant les critères retenus par le Protocole et pour un montant plafonné à 8.500 euros TTC par mois (indexable). Elle n'a aucun droit de regard quant à la société chargée de cette prestation. Le mécontentement avec une certaine société de sécurité ne saurait dès lors donner lieu à un refus de régler les prestations.

Il est par ailleurs inopérant pour la question de la refacturation des prestations que la sécurité n'était pas assurée pendant une certaine période aussi longtemps que cette période ne donnait pas lieu à une facturation, ce qui n'est pas allégué en l'espèce.

Le reproche que la société de sécurité effectuerait ses prestations dans l'intérêt exclusif de SOCIETE2.) n'est pas établi par les pièces versées.

Finalement, le fait, d'ailleurs non établi, que les exploitants disposent d'un propre service de sécurité ne les dispense pas du respect du Protocole.

#### *Les frais de déchets*

SOCIETE1.) donne à considérer que les occupants des bureaux profiteraient de la benne installée sans participation financière.

SOCIETE2.) conteste les reproches pour être dépourvus de toute preuve.

Pour corroborer son reproche de l'utilisation de la benne par les occupants des bureaux, SOCIETE1.) se réfère à sa pièce n°22. Or, cette pièce est constituée d'un relevé de sms qui ne concernent pas les frais de déchets. Si elle entend invoquer sa pièce n°17, à savoir des courriels et des photos, il faut relever que ces courriels se bornent à affirmer ce fait sans cependant que les photos y annexées ne le prouvent. En tout état de cause, SOCIETE1.) doit respecter les termes du Protocole. Si elle estime qu'il est injuste ou la défavorise, il lui incombe de veiller à le renégocier.

#### *Les frais de nettoyage*

Selon SOCIETE1.), le nettoyage serait effectué par un employé de SOCIETE2.) qui effectuerait de nombreuses tâches sans lien avec le nettoyage du site mais au profit de SOCIETE2.) notamment. De plus, les prestations seraient surfacturées et les superficies prises en considération auraient changé.

SOCIETE2.) conteste ce reproche non étayé par des preuves et donne à considérer que la Cour s'est déjà prononcée sur ce même reproche en le rejetant.

Le reproche que de nombreuses tâches soient effectuées sans lien avec le nettoyage du site n'est pas étayé par les pièces versées.

Il résulte des pièces versées que le site a une superficie totale de 23.659,6 m<sup>2</sup> dont les exploitations représentent une superficie de 8.503,68 m<sup>2</sup>. Le Protocole prévoit que « les frais de nettoyage extérieur du site sont répartis entre tous les lots du site suivant millièmes de tout le site ». Or, il résulte effectivement des factures versées en pièces n° 13 et n°14 par SOCIETE1.) que les frais de nettoyage ont parfois été calculés et refacturés par rapport à une

superficie tantôt de 23.659 m<sup>2</sup>, tantôt de 7.325,90 m<sup>2</sup> et tantôt de 8.503,68m<sup>2</sup>.

### *Les frais d'électricité*

SOCIETE1.) émet la critique suivant laquelle, bien que les consommations d'électricité et d'éclairage profitent à tous les occupants du site, les frais y relatifs ne seraient pas refacturés à tous de manière égale et équitable.

SOCIETE2.) conteste le reproche et renvoie au Protocole.

Comme relevé ci-dessus, le reproche d'une refacturation inéquitable parmi les occupants du site n'est ni corroboré par les pièces versées, ni pertinent, étant donné que SOCIETE1.) est liée par le Protocole.

Aux termes du Protocole, « les frais d'électricité, qui sont facturés par zones (Zone A, Zone BDE et Zone C) sont répartis entre les lots des différentes zones suivant millièmes, chaque lot ne participant que dans la répartition des frais d'électricité relatifs à sa zone ».

SOCIETE1.) invoque sa pièce n°12 pour établir une refacturation sur base de surfaces divergentes. Or, cette pièce consiste en une facture relative à un « traitement curatif – rongeurs » et ne concerne pas l'électricité.

Il résulte cependant des pièces n° 6 et n°7 que les factures relatives aux frais d'électricité ont parfois concernés la zone BDE et n'ont parfois pas fait mention d'une zone particulière, de telle manière que la conformité de la refacturation avec les critères fixés par le Protocole ne ressort pas de ces seules factures.

### *Conclusion par rapport aux frais visés par le Protocole*

Les pièces versées permettent de conclure que les critères contractuellement fixés pour la refacturation des frais communs n'ont pas toujours été respectés à la lettre, ce qui ne met cependant pas en cause le caractère réduit de ces charges. Le moyen du caractère illégitime et non sincère de la refacturation est à rejeter.

Etant donné que SOCIETE2.) se base cependant sur des décomptes reprenant tant les frais visés au Protocole que ceux y non visés et comme elle n'a droit à refacturer les charges que conformément aux modalités fixées par le Protocole et sur base des critères initialement appliqués, il convient de faire droit à sa demande formulée en dernier état de subsidiarité tendant l'institution d'une expertise et de charger

un expert avec la mission telle que formulée dans le dispositif du présent arrêt.

### La gestion d'affaires

SOCIETE2.) se prévaut de la gestion d'affaires pour justifier sa demande en paiement des frais non prévus au Protocole.

Pour que la base légale de la gestion d'affaires puisse être invoquée, il faut que l'intervention de la personne qui s'en prévaut a été spontanée et qu'elle repose sur la volonté d'agir dans l'intérêt d'un tiers. Elle ne peut servir de base légale à une action relative à une obligation à laquelle le demandeur était tenu (cf. jurisprudence sous l'article 1372 dans le Code civil). La gestion d'affaires suppose également que le gérant a eu l'intention d'agir dans l'intérêt d'un tiers et elle ne peut être invoquée qu'à la condition que le maître ait été hors d'état de pourvoir lui-même à la gestion ou que tout au moins le gérant ait pu raisonnablement penser que tel était le cas. Elle ne se conçoit pas lorsque le géré est présent et n'est pas empêché d'agir (idem).

En l'espèce, la demanderesse était tenue de payer certains frais en sa qualité de propriétaire du site. Pour d'autres frais, SOCIETE2.) reste en défaut d'établir que SOCIETE1.) n'a pas été en état de pourvoir elle-même à la commande des prestations. En payant ces frais, elle n'a pas agi spontanément, dans l'intérêt de l'exploitant. Elle ne saurait partant fonder sa demande sur les règles relatives à la gestion d'affaires (voir dans ce contexte pour les frais d'eau : Cour d'appel, 24 mai 2017, rôle n° 43406).

### L'action directe dans le cadre d'une chaîne de contrats

SOCIETE2.) expose encore bénéficier d'une action directe dans le cadre d'une chaîne de contrats formée d'une location et d'une sous-location. Comme il s'agirait d'une chaîne de contrat sans transmission du droit de propriété, l'action exercée serait de nature délictuelle.

Or, et conformément à ce qui a été exposé ci-dessus par rapport à l'article 1165 du Code civil, il est généralement retenu que la sous-location est un bail nouveau qui engendre entre le preneur et le sous-locataire des relations normales d'un contrat de louage et constitue pour le bailleur une *res inter alios acta* (M. Harles, Le Bail à loyer, Compte-rendu de jurisprudence, no 203).

Ainsi, si le locataire principal d'un immeuble dispose à l'égard du sous-locataire de tous les droits que la loi accorde au bailleur à l'égard du locataire, toujours est-il que le bailleur n'a aucune action directe contre le sous-locataire pour contraindre celui-ci à l'exécution de ses obligations contractuelles résultant du contrat de sous-location.

Il en est différemment si les dispositions du contrat de sous-location peuvent être qualifiées comme renfermant une stipulation pour autrui. La stipulation pour autrui est définie comme correspondant à un contrat en vertu duquel une personne, appelée stipulant, demande à une autre personne, appelée promettant, de s'engager envers une troisième, le bénéficiaire. Il s'agit d'une opération à trois personnes qui a pour objet de créer immédiatement, au profit d'une personne qui n'est pas partie au contrat conclu entre le stipulant et le promettant, un droit direct contre ce dernier (Encyclopédie Dalloz, droit civil, v° stipulation pour autrui, n° 1).

Aucune clause du contrat de sous-location ne permet cependant de déceler un engagement pris par SOCIETE1.) (en tant que promettant) pour le règlement direct des autres charges à SOCIETE2.).

Il s'en déduit que SOCIETE2.) ne saurait prétendre sur aucun des fondements légaux invoqués au paiement des frais non expressément visés par le Protocole.

L'appel principal est partant partiellement fondé.

### **L'appel incident**

SOCIETE2.) reproche aux juges de première instance de ne pas avoir fait droit à l'augmentation de sa demande motif pris que SOCIETE1.) était défaillante.

C'est cependant à bon droit et pour les motifs que la Cour adopte que le tribunal a jugé qu'en raison du défaut de la partie défenderesse, il ne pouvait statuer que dans la seule limite des prétentions contenues dans l'assignation.

En appel, SOCIETE2.) augmente sa demande au montant de 49.731,98 euros sur base d'un décompte du 12 mars 2021.

SOCIETE1.) demande à ce qu'il soit dit que « SOCIETE2.) est irrecevable, sinon non fondée à solliciter l'augmentation de la demande ». Elle n'invoque cependant aucun moyen d'irrecevabilité.

Comme SOCIETE2.) avait déjà formulé cette demande en première instance, elle ne saurait être considérée comme nouvelle en appel. Elle est partant recevable.

Au vu du fait qu'une expertise est ordonnée, l'expert se prononcera sur le dernier décompte produit par SOCIETE2.).

L'appel incident est partant partiellement fondé.

### **La crise sanitaire**

Bien que SOCIETE1.) n'invoque la problématique liée à la crise sanitaire qu'à titre subsidiaire dans le cadre de ses moyens de défense à l'appel incident, elle sollicite sa décharge du paiement de l'ensemble des charges rédues, sinon la réduction significative du montant des charges rédues pendant les périodes de fermetures imposées par le gouvernement et liées aux conséquences dommageables de la situation exceptionnelle liée à la COVID-19 à hauteur de 81% sinon de 50% du montant des charges rédues. Il faut interpréter dès lors ce moyen comme défense à toute condamnation qui serait prononcée à son égard.

Après avoir exposé les mesures prises par le gouvernement pour endiguer la propagation du virus, elle invoque l'article 1134 du Code civil et l'obligation d'exécution de bonne foi des contrats.

Aux termes de l'article 1134 du code civil « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

Il en découle notamment qu'une partie devra s'abstenir dans l'exécution du contrat de tout acte qui porte délibérément préjudice à son co-contractant, cette interdiction découlant du devoir de loyauté que chaque partie doit respecter. Cette obligation de loyauté est mise à la charge de chacune des parties (cf. Cour d'appel, 6 juin 2018, n° 43320 du rôle, Pas. 39, p. 44).

Dans cet esprit, l'exigence de bonne foi dans l'exécution des conventions implique dans le chef de tous les cocontractants, un devoir de solidarité et de loyauté : en effet, les parties doivent non seulement tenir compte de leur propre intérêt contractuel, mais également des intérêts légitimes de leurs cocontractants.

Le principe d'exécution de bonne foi des conventions interdit ainsi à une personne d'abuser des droits que lui confère le contrat. Il y a abus lorsque le titulaire, usant dans son seul intérêt d'un droit qu'il puise dans la convention, en retire un avantage disproportionné à la charge corrélative de l'autre partie (cf. Cass. belge, 19 décembre 1983, n° C. 09.0624.F, Pas. b. 1984, I. p. 55). L'abus de droit suppose l'exercice d'un droit d'une manière qui dépasse les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente.

En principe, et ce en l'absence de circonstances exceptionnelles telles que la situation actuelle de pandémie, le créancier ne commet pas d'abus de droit en exigeant le respect strict d'un contrat. L'exécution de bonne foi du contrat peut, cependant, aller jusqu'à imposer au créancier de faire preuve de modération dans l'exigence du respect de ses droits.

Une partie qui refuse obstinément de réviser un contrat devenu déséquilibré manque à son obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat (cf. Cass. com. fr., 3, novembre 1992, Bull. 92, IV, n° 338, p. 241).

Pour apprécier s'il y a violation de l'exécution de bonne foi, respectivement un abus de droit, l'appréciation ne doit cependant pas être unilatérale, axée exclusivement sur le comportement du créancier. Pour déceler une telle violation, il convient d'analyser à partir des faits, à l'aune de toutes les exigences de la bonne foi et de la norme de prudence tant le comportement du créancier que celui du débiteur.

Il est admis en matière de bail à loyer qu'il y a un déséquilibre manifeste lorsque le bailleur continue à imposer l'exécution d'un contrat dont l'économie est radicalement déséquilibrée (notamment TAL, 14<sup>ième</sup>, 28 juin 2021, n° TAL-2021-02457 et TAL-2021-02480 du rôle). La même jurisprudence poursuit qu'il ne sera pas fait droit à la demande en paiement du bailleur à condition que le locataire établisse que le bailleur n'exécute pas de bonne foi son contrat, se montrant aveugle à la situation de son cocontractant, notamment en faisant échouer des tentatives de pourparlers.

En l'espèce, il résulte des pièces versées et des conclusions échangées que SOCIETE1.) n'a, depuis 2014, pas procédé au paiement des charges lui refacturées par SOCIETE2.), en ce compris celles expressément visées par le Protocole dont elle reconnaît le caractère contraignant à son égard. Il n'est pas contesté que le seul paiement intervenu est celui du 10 octobre 2018 pour un montant de 2.730,99 euros. Il n'est pas allégué que SOCIETE1.) ait entamé des pourparlers avec SOCIETE2.) au sujet de la crise sanitaire, ni qu'elle ait invoqué des problèmes particuliers de trésorerie résultant de cette crise. Son comportement, consistant à refuser tout paiement des frais communs lui refacturés par SOCIETE2.), n'a pas évolué avec la crise mais est resté identique à celui adopté antérieurement à celle-ci.

Les relations contractuelles entre parties étaient déjà conflictuelles bien avant la pandémie et SOCIETE1.), bien que contractuellement liée et soumise elle aussi à l'obligation de l'exécution de bonne foi des contrats, refuse tout paiement, même partiel, des frais lui réclamés. Dans ces circonstances elle ne saurait utilement se prévaloir de l'article 1134 du Code civil pour se soustraire à tout paiement. Pour ces mêmes raisons, une réduction de ses obligations ne se justifie pas non plus.

SOCIETE1.) invoque subsidiairement la théorie des risques telle que prévue par l'article 1722 du Code civil pour se voir décharger de l'obligation au paiement des charges. A remarquer d'emblée qu'à défaut d'être liée à SOCIETE2.) par un contrat de bail, elle ne saurait se prévaloir de cette disposition applicable aux baux à loyer. En effet,

ce n'est pas SOCIETE2.) qui lui a mis à disposition le local loué mais SOCIETE3.), de sorte que des problèmes liés à la jouissance des lieux loués ne peuvent être opposés à SOCIETE2.).

Pour autant que cette disposition ne soit que le reflet d'une théorie des risques d'application générale, il est généralement retenu que lorsque l'exécution de l'obligation de l'une des parties devient impossible par suite de cas fortuit ou de force majeure, le débiteur de cette obligation est libéré. Il s'agit d'une cause d'extinction des obligations.

La force majeure peut être définie comme un événement survenu postérieurement à la conclusion du contrat et qui a pour effet de rendre impossible l'exécution de son obligation de donner, de faire ou de ne pas faire, indépendamment d'une faute du débiteur dans la genèse, la survenance et les conséquences de l'événement. La force majeure a pour effet de libérer le débiteur de son obligation pour autant qu'elle rende son exécution définitivement impossible.

La force majeure implique l'existence d'un obstacle insurmontable qui empêche l'exécution de l'obligation, de sorte qu'elle ne trouve à s'appliquer si l'exécution est simplement plus difficile ou plus onéreuse. Pour valoir exonération, il est nécessaire que la force majeure remplisse les caractères d'extériorité, d'irrésistibilité et d'imprévisibilité.

Dès lors que le débiteur peut exécuter le contrat, le débiteur y est tenu, même si cette exécution doit être pour lui très onéreuse : il n'existe pas de force majeure financière, de sorte que les difficultés financières ne peuvent jamais constituer une force majeure (cf. A. Benabent, Droit civil : les obligations, Montchrestien, 7e éd., n° 334).

En raison du caractère fongible de l'argent, le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut, en effet, s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure (cf. Cass. fr., 16 septembre 2014, n° 13-20.306).

Ainsi, l'obligation de payer les frais redus au Protocole ne peut être rendue impossible par la force majeure.

Le moyen tiré de la théorie des risques doit partant être rejeté et SOCIETE1.) n'est pas dispensé du paiement de ce qu'elle redoit à SOCIETE2.) en application du Protocole. Ce montant sera déterminé par l'expertise ordonnée.

## **PAR CES MOTIFS**

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, en application de l'article 2

de la loi modifiée du 19 décembre 2020 portant adaptation temporaire de certaines modalités procédurales en matière civile et commerciale,

reçoit les appels principal et incident,

dit l'appel principal partiellement fondé,

dit l'appel incident partiellement fondé,

**par réformation,**

dit que la société anonyme SOCIETE2.) est en droit de réclamer paiement à la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) des frais visés par le Protocole d'accord du 29 novembre 2011,

dit que la société anonyme SOCIETE2.) n'a pas droit au paiement des frais non visés par ce Protocole,

donne acte à la société anonyme SOCIETE2.) de l'augmentation de sa demande,

avant tout autre progrès en cause,

ordonne une expertise et commet pour y procéder Monsieur Denis COLIN, expert-comptable, demeurant à L-1651 Luxembourg, 15-17, Avenue Guillaume,

avec la mission de concilier les parties si faire se peut, sinon dans un rapport écrit et motivé :

de calculer le montant des frais, tels que repris au décompte du 12 mars 2021, (1) en appliquant les facteurs «commodo» et «millièmes» initialement appliqués, (2) en vérifiant si les critères de répartition prévus par le protocole d'accord du 29 novembre 2011 ont été respectés et (3) en retranchant les frais autres que les frais de navette et de sécurité, de déchets, d'électricité et de nettoyage visés par ledit protocole d'accord,

fixe la provision à valoir sur les honoraires et frais de l'expert au montant de 1.500 euros,

ordonne à la société anonyme SOCIETE2.) d'avancer ladite provision à l'expert ou de la consigner auprès de la Caisse de consignation au plus tard le 31 mars 2022 et d'en justifier au greffe de la Cour sous peine de poursuite de l'instance selon les dispositions de l'article 468 du Nouveau Code de procédure civile,

dit que l'expert devra déposer son rapport au greffe de la Cour pour le 15 juin 2022 au plus tard,

charge Madame le conseiller Nathalie Hilgert du contrôle de cette mesure d'instruction,

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

dit que si l'expert rencontre des difficultés dans l'exécution de sa mission, il devra en référer au même magistrat,

dit qu'en cas d'empêchement de l'expert ou du magistrat chargé du contrôle de la mesure d'instruction, il sera procédé à leur remplacement par ordonnance du président de chambre,

réserve les droits des parties et les dépens.