

Arrêt civil

Audience publique du 14 juillet deux mille dix

Numéro 35231 du rôle.

Composition:

Julien LUCAS, président de chambre;
Marie-Anne STEFFEN, premier conseiller;
Jean-Paul HOFFMANN, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

1. la société à responsabilité limitée A),

2. la société à responsabilité limitée IMMOBILIERE PH),

appelantes aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Alex MERTZIG de Diekirch en date du 27 juillet 2009,

comparant par Maître Sabrina MARTIN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

H),

intimé aux fins du susdit exploit MERTZIG du 27 juillet 2009,

comparant par Maître Jean-Marie ERPELDING, avocat à la Cour, demeurant à Diekirch.

LA COUR DAPPEL :

Par contrat d'échange du 29 mai 2006, H) et l'Association Momentanée A) & P) conviennent de ce qui suit :

« (H) déclare céder à (Association Momentanée A) & P)) le lot A du plan cadastral annexé à la présente ».

« En contrepartie, (l'Association Momentanée A) & P)) lui cède le lot B du plan cadastral annexé à la présente ». « ... ».

« Les travaux d'infrastructure ci-après énumérés seront à la charge de (l'Association Momentanée A) & P)) » :

« 1) Le déplacement des haies de l'ancienne limite de terrain à la nouvelle limite de terrain. (Association Momentanée A) & P)) assurera la croissance de la haie, ceci exprès dans le cas d'un déplacement pendant une période saisonnière estimée peu favorable au déplacement de plantes ».

« 2) La construction d'un mur sec le long de la nouvelle limite du terrain, nature, longueur et hauteur seront précisées d'un commun accord entre (H) et (l'association Momentanée A) & P)) ».

« 3) Le déplacement du grillage de protection des anciennes limites aux nouvelles limites de terrain entre le mur et la haie ».

« 4) L'abatage des arbres jouxtant la Résidence X) -Bloc B- façade latérale droite et uniquement les arbres qui gêneront la construction de la route ... ».

« 5) La démolition de l'entrée actuelle du jardin ainsi que le déplacement du portillon sur le nouvel endroit clairement défini sur le plan ».

« Les pavés faisant partie de l'entrée de jardin actuelle seront utilisés pour la nouvelle entrée de jardin. Ils seront enlevés sans les abîmer et placés d'une façon professionnelle ».

« 6) Plantation de nouveaux arbres vis-à-vis de la Résidence X) – le nombre et la qualité seront précisés par (H)). L'Association Momentanée A) & P) assurera la croissance de ces arbres, ceci exprès ... ».

« Le début des travaux d'infrastructure se fera au plus tôt le 1 octobre 2006 et (ils) se termineront au plus tard le 30 novembre 2006 ».

« Sauf en cas de force majeure, tout dépassement de ce délai <encombra> une pénalité de 500.- € ... par jour ouvrable à (H)) ».

Le 27 juillet 2006, Entreprise G) adresse à « A) c/o P) » une offre de prix concernant des « Travaux d'abatage d'arbres et de construction à Hosingen » prévoyant, notamment, la construction d'un mur sec y spécifié, la fourniture et la pose d'une clôture, et la fourniture et la plantation y spécifiée plus amplement, le tout au prix HTVA de 16.930,35.- euros.

Le 6 avril 2007, et « suite à votre courrier du 2 avril 2007 », H), commerçant, adresse « aux représentants de A) & P) Promotions immobilières » une facture, concernant les « heures prestées » d'un montant de 1.231,65.- euros.

Faisant valoir que les travaux doivent contractuellement débiter au plus tôt le 1^{er} octobre et s'achever au plus tard le 30 novembre 2006, que malgré plusieurs sommations, A) S.AR.L. et PH) S.AR.L. ne terminent les travaux que le 7 juin 2007, H) assigne A) S.AR.L. et PH) S.AR.L. par exploit d'huissier signifié les 18 et 20 septembre 2007 à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg afin de se voir allouer du chef de pénalité conventionnelle et suivant décompte intégré à l'assignation, le montant de 64.500.- euros (couvrant les 6 périodes y détaillées allant du 1^{er} décembre 2006 au 7 juin 2007) avec les intérêts légaux y spécifiés.

Suivant conclusions du 28 janvier 2008, H) sollicite en outre le paiement du montant de 1.231,65.- euros du chef de frais d'enlèvement des pavés auquel il procède en régie propre avec ses ouvriers.

Faisant droit à la demande additionnelle de H), le tribunal d'arrondissement de Luxembourg condamne par jugement du 11 juin 2008 A) S.AR.L. et PH) S.AR.L. solidairement à lui payer ce montant de 1.231,65.- euros, avec les intérêts légaux y spécifiés.

Concernant la demande de H) en obtention de l'indemnité de retard pour inobservation du délai contractuel dans lequel les travaux d'infrastructure sont à réaliser, le jugement du 11 juin 2008 admet A) S.AR.L. et PH) S.AR.L., avant tout autre progrès en cause, à prouver par voie d'enquêtes que :

« dès le mois d'août 2006, Monsieur H) a lui-même pris en mains l'organisation de son chantier sans, à aucun moment en informer l'association momentanée A) & P) » ;

« H) a, à sa seule initiative et unilatéralement défini les limites du nouveau lot B » ;

« sans attendre le début de construction de la nouvelle route longeant sa propriété, H) a chargé courant août 2006 l'entreprise G) de procéder à la construction d'un mur sec, sans avoir convenu d'un commun accord avec l'Association Momentanée A) & P) la nature, la longueur et la hauteur, de sorte à rendre son nouvel accès impraticable et ensevelir partiellement le mur sec sous le niveau de la nouvelle rue » ;

« en date du 20 novembre 2006, l'ensemble des travaux sus-énumérés étaient déjà achevés » ;

« tous ces agissements dont fut à l'origine H) ont entraîné la construction d'un nouveau mur en correction du premier et par voie de conséquence des retards dans l'achèvement des travaux ».

Par exploit d'huissier du 27 juillet 2009, A) S.AR.L. et PH) S.AR.L. interjettent appel contre le jugement du 11 juin 2008, ainsi que contre celui du 18 mars 2009 qui dit la demande de H) en obtention d'une indemnité de retard fondée à concurrence du montant de 20.500.- euros, avec les intérêts légaux.

L'appel contre le jugement du 18 mars 2009 est relevé dans les formes et délai de la loi.

H) conclut à l'irrecevabilité de l'appel entreprenant le jugement du 11 juin 2008 -non signifié-, motif pris de ce que PH) S.AR.L. et A) S.AR.L. acceptent le 4 mars 2009 sans réserve ce jugement, non exécutoire par provision, en réglant à cette date le montant de 1.329,72.- euros, se composant du principal de 1.231,65.- euros et des intérêts à partir du 18 septembre 2007, et en assistant aux enquêtes sans faire de réserve.

Tranchant en son dispositif une partie du principal en condamnant A) S.AR.L. et PH) S.AR.L. à payer à H) le montant réclamé de 1.231,65.- euros, et admettant pour ce qui concerne la demande de H) en obtention de l'indemnité de retard conventionnelle, A) S.AR.L. et PH) S.AR.L. à l'offre de preuve par voie d'enquêtes, le jugement du 11 juin 2008 constitue une décision pouvant au sens de l'article 579 du nouveau code de procédure civile être immédiatement frappée d'appel.

Compte tenu de ce que le paiement dont condamnation le 11 juin 2008 intervient sur présentation du décompte établi le 11 février 2009 par le mandataire de H) (principal de 1.231,65.- euros avec les intérêts légaux jusqu'au mois de février 2009 inclus), de ce qu'il est réglé par A) S.AR.L. et PH) S.AR.L. elles-mêmes, après que leur propre mandataire, chargé de la sauvegarde de leurs intérêts, leur a continué le décompte, de ce que ce paiement est effectué volontairement et sans qu'aucune réserve ne soit

formulée, il constitue un acte d'exécution tacite qui est sans équivoque quant à l'intention de A) S.AR.L. et de PH) S.AR.L. d'acquiescer à la condamnation intervenue à leur encontre, et ne permet pas d'autre interprétation que celle qu'elles acquiescent ce faisant de manière non équivoque à cette condamnation, assistant par ailleurs aux enquêtes sans faire valoir de réserves quant à la condamnation prononcée le 11 juin 2008 à leur encontre.

Répondant aux formes et délai de la loi, l'appel de A) S.AR.L. et de PH) S.AR.L. dirigé contre le jugement du 11 juin 2008 est à dire recevable pour le surplus.

Les appelantes, concluent à la nullité du contrat d'échange, demandant subsidiairement que les demandes en paiement dirigées contre elles soient déclarées non fondées.

H), qui sollicite le rejet de l'appel, relève régulièrement appel incident afin de voir porter l'indemnité de retard lui accordée au montant de 64.500.- euros, correspondant à un achèvement des travaux à la date du 7 juin 2006 seulement.

Contrairement à ce que fait valoir H), tout moyen qui vise à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention adverse, y compris une demande en nullité du contrat sur lequel se fonde cette prétention, peut être valablement présenté pour la première fois en instance d'appel.

Le moyen de A) S.AR.L. et de PH) S.AR.L. visant à la nullité du contrat d'échange, pour le moins, à celle de la clause pénale y insérée, pour avoir été conclus par une association momentanée, et non par les deux associés de cette association momentanée, est par conséquent recevable.

Une association momentanée est dépourvue de personnalité juridique.

Du fait de l'absence de personne morale, cette société momentanée n'a pas d'organe de gestion sociale et les associés de l'association momentanée traitent directement avec les tiers.

Il est vrai que la convention du 29 mai 2006 est, aux termes du contrat, conclue « entre les soussignés H) ... et <l'Association Momentanée A) & P)> », ce dont A) S.AR.L. et PH) S.AR.L. déduisent en instance d'appel que le contrat d'échange, du moins la clause pénale, sont nuls ce, motif pris de ce que « pour être valable, le contrat d'échange aurait dû être signé par les deux associés membres de l'association momentanée », alors que « seul

l'associé Jean-Paul P) a signé au nom de l'association momentanée le contrat d'échange litigieux du 29 mai 2006 ».

L'argumentation de A) S.AR.L. et de PH) S.AR.L. se réduit partant à affirmer que la formation, la validité et la force obligatoire du contrat d'échange requièrent l'apposition matérielle au contrat des signatures des deux membres de l'association momentanée A) & P), alors qu'en l'espèce seul un membre y aurait apposé sa signature.

Or, d'une part, et contrairement à cette affirmation, Jean-Paul P), qui signe le contrat litigieux sous « Association Momentanée A) & P) », n'est pas membre de l'association momentanée A) & P), les membres de celle-ci étant PH) S.AR.L. et A) S.AR.L., personnalités juridiques différentes de celle de Jean-Paul P).

D'autre part, ce qui importe, c'est non tellement la question de savoir si les deux membres de l'association momentanée portent matériellement leurs deux signatures au contrat d'échange, mais celle de savoir si les deux membres confèrent le 29 mai 2006 leur accord au contrat en question.

A cet égard, A) S.AR.L. et PH) S.AR.L. ne contestent pas le pouvoir de Jean-Paul P) de les représenter à la conclusion du contrat, tout comme, d'ailleurs, dans la plupart des actes d'exécution du contrat.

Pour le surplus, la preuve de l'existence et de la teneur d'un contrat entre commerçants est libre.

Or, il est constant en cause que les associés de l'association momentanée A) & P), soit A) S.AR.L. et PH) S.AR.L., exécutent le contrat d'échange.

S'agissant de sociétés commerciales, l'exécution volontaire en leur chef des obligations contractuelles du 29 mai 2006 -actuellement et en instance d'appel seulement critiquées d'annulables-, allant jusqu'à la construction d'un parking souterrain sur la parcelle acquise en vertu d'un contrat d'échange prétendument annulable, constitue un élément de preuve de l'existence et de la validité du contrat d'échange les liant à H).

Ainsi, la preuve de l'existence et de la force obligatoire du contrat d'échange à l'égard de A) S.AR.L. et de PH) S.AR.L. résulte, au-delà de l'acte sous seing privé du 29 mai 2006 lui-même, encore des correspondances émanant par la suite des sociétés A) S.AR.L. et PH) S.AR.L., comme de celles leur adressées dans le cadre du contrat du 29 mai 2006, et qui sont toujours suivies d'effets, de même que des autres actes d'exécution qu'elles confèrent au contrat, soit tout un ensemble de

présomptions précises et concordantes témoignant sans équivoque aucune de l'existence et de la force obligatoire du contrat à leur égard, en leur qualité de membres de l'association momentanée A) & P)..

L'ensemble de ces éléments établissent que le contrat d'échange est valablement conclu le 29 mai 2006 entre H), d'une part, et A) S.AR.L. et PH) S.AR.L., d'autre part, membres de l'association momentanée A) & P), y représentés par Jean-Paul P).

Pour le surplus, non seulement PH) S.AR.L. et A) S.AR.L. ne contestent pas que Jean-Paul P) -non membre de l'association momentanée A) & P)- agit en tant que représentant des deux membres de l'association momentanée, mais elles ne fournissent aucune explication quant à la présence -tant lors de la conclusion du contrat que lors de l'exécution du contrat, notamment, par les décisions prises sur le chantier- de Jean-Paul P), personne juridique différente tant de PH) S.AR.L., que de A) S.AR.L..

Dans les actes d'exécution du contrat intervient, en outre, « P. BARJON » ce, entre autres, dans le fax adressé le 2 avril 2007 par « A) & P) » à H) pour demander à celui-ci, notamment, de « nous faire parvenir une facture reprenant le total des heures prestées par vos ouvriers et (de) nous communiquer le numéro de votre compte bancaire pour que nous puissions effectuer le paiement », le tout sous « travaux de plantation et d'infrastructure sur votre terrain ».

Il découle de l'ensemble de ces développements que le contrat d'échange du 29 mai 2006 est valablement conclu.

Le moyen de la nullité du contrat d'échange ou de la clause pénale, déduit de ce que PH) S.AR.L. et A) S.AR.L. ne signent pas le contrat d'échange, est par conséquent à rejeter comme non fondé.

Pour le surplus, A) S.AR.L. et PH) S.AR.L. ne sauraient, unilatéralement, décider des clauses du contrat qui les lient, et de celle de clause pénale, ne les liant plus.

A) S.AR.L. et PH) S.AR.L. entreprennent le jugement du 18 mars 2009 encore ce qu'il les condamne au paiement d'une indemnité de retard d'un montant de 20.500.- euros du chef de retard dans la réalisation des travaux d'infrastructure y spécifiés, qu'ils s'engagent à réaliser, aux termes du contrat d'échange, sous peine d'une pénalité de 500.- euros par jour ouvrable.

La clause pénale du 29 mai 2006 prévoit que, tel que le soutiennent A) S.AR.L. et PH) S.AR.L., les travaux en question débiteront au plus tôt le 1^{er} octobre 2006 et se termineront le 30 novembre 2006 au plus tard.

Selon H), les travaux ne sont cependant terminés qu'en date du 7 juin 2007.

La pièce qu'il produit en instance d'appel à cet égard (farde III, pièce 3) portant, notamment, la mention « travaux de réparation et de finissage exécutés à notre satisfaction le 07/06/07 », portant sa seule signature, ne saurait cependant valoir preuve à cet égard, la pièce, estampillée sous « signature fournisseur : PEPINIERES G) ... », n'étant pas signée par le fournisseur, et sa teneur étant, par ailleurs, contredite par les témoins de l'Entreprise G) entendus lors des enquêtes.

Par ailleurs, le libellé « travaux de réparation et de finissage exécutés à notre satisfaction le 07/06/07 » ne permet pas de déterminer quels sont les travaux y visés, étant constant en cause que la construction du mur sec tel qu'il est d'abord réalisé n'est pas conforme aux règles de l'art en ce sens que, tel que construit, il se trouve pour partie situé sous le niveau de la nouvelle rue et que le nouvel accès à la propriété H) est impraticable.

S'il est constant en cause que les travaux sont entamés en août 2006 par H), les parties sont en désaccord quant à la question de savoir s'ils le sont de l'accord de A) S.AR.L. et de PH) S.AR.L..

Or, le contrat prévoit concernant notamment le mur sec à construire le long de la nouvelle limite du terrain, que ses « nature, longueur et hauteur seront précisées d'un commun accord » entre les membres de l'association momentanée A) & P) et H).

A) S.AR.L. et PH) S.AR.L. font particulièrement grief au jugement du 18 mars 2009 de retenir dans leur chef une inexécution contractuelle en relation causale avec le retard des travaux d'infrastructure.

La Cour fait intégralement siens les motifs par lesquels les premiers juges retiennent que le fait que l'offre G) du 27 juillet 2006 -adressée à A) S.AR.L.- portant entre autres sur la construction d'un mur sec, est transmise à H), ne permet pas de conclure à l'existence d'un accord sur les détails de la construction, plus particulièrement sur la hauteur ou le niveau de construction du mur, l'offre de prix G) ne contenant aucune précision à cet égard.

La Cour fait de même siens les motifs afférents du jugement du 18 mars 2009 retenant que le fax du 2 avril 2007 adressé par l'association

momentanée à H) pour l'informer qu'elle demandera à Entreprise G) « pour que le grillage et le portillon soient mis au niveau actuel de la route », ne permet pas de conclure à l'existence d'un accord quant aux détails de la construction du mur sec.

C'est dès lors à bon droit que le jugement de 2009 ordonne des enquêtes, celles-ci devant déterminer si H) procède, de sa propre initiative et sans l'accord de A) S.AR.L. et de PH) S.AR.L., à la construction du mur sec, sans que les parties n'aient de commun accord décidé des spécificités du mur sec à construire (longueur, niveau etc).

Par ailleurs, A) S.AR.L. et PH) S.AR.L. dénaturent la déposition W) en soutenant que ce témoin déclare que les travaux sont achevés le 20 décembre 2006.

En effet, à la date du 20 décembre 2006, le témoin constate en présence de A) S.AR.L. et de PH) S.AR.L. « dass die Mauer von der Firma G) ... bereits fertiggestellt war », ajoutant cependant que « Nach Vermessungsarbeiten unserer Firma haben wir festgestellt dass die Mauer als auch die Zufahrt zu tief gelegen war. Die Mauer musste erneuert werden ».

Il découle de la déposition L), à l'époque architecte auprès de Entreprise G), (cf déposition G)) que lors d'une réunion sur les lieux -qui selon les souvenirs du témoin a lieu en automne 2006- à laquelle assistent le témoin ainsi que le technicien I) de Entreprise G), tant H) que Jean-Paul P) demandent aux témoins L) et I) de Entreprise G) de « réaliser les travaux aussi vite que possible », et qu'ils « étaient en effet très pressés de finir le chantier » :

« Ils (H) et Jean-Paul P)) voulaient qu'on réalise le mur avant que la route soit terminée, ce qui a été fait ».

« ... les travaux ont été finis en hiver, je crois que c'était en début d'année ».

« J'ai entendu parler de problèmes concernant ce mur Il y avait notamment un problème de niveau, une partie du mur n'était pas au niveau de la nouvelle route ». « ... » (déposition L)).

« ... je peux dire que seulement environ un tiers du mur a dû être ajusté, notamment au niveau de l'entrée du terrain de M. H) ».

« On a dû rehausser une partie du mur pour réajuster le niveau, mais on ne l'a pas démoli ».

« Pendant ces travaux de réajustement qui ont duré environ trois, quatre jours, je n'étais pas présent » (déposition L)).

Le témoin I) (technicien auprès de Entreprise G)) dépose que Jean-Paul P) était deux à trois fois sur les lieux avec H) et le témoin, respectivement Jules G), et que « ... M. H) et M. P) étaient d'accord quant à l'endroit exact où le mur devait être construit ». « ... Les travaux relatifs au mur ont été terminés juste avant Noël ».

« Lors des travaux du mur, j'ai rencontré au moins une fois M. P) et plusieurs fois M. H). Ils ne m'ont jamais fait de remarque ... manifestant un mécontentement quant au mur » (déposition I)).

« ... Normalement, il est d'usage qu'on fait d'abord la route, au moins les bordures, avant de construire un mur ».

« Cela a été discuté entre parties lors des rencontres, mais les parties s'étaient mises d'accord à ce que le mur soit construit avant la route » (déposition I)).

Finalement, il résulte des développements faits ci-avant que l'argumentation de A) S.A.R.L. et de PH) S.A.R.L., selon laquelle la présence du seul Jean-Paul P) sur le chantier n'établit pas que tous les associés de l'association momentanée A) & P) marquent leur accord avec cette façon de procéder, est non fondée.

Pour le surplus, la Cour fait intégralement siens les motifs plus amples et non contraires du jugement du 18 mars 2009 selon lesquels aucune inexécution contractuelle fautive de H) intervenant dans le retard que prennent les travaux par rapport au délai fixé au contrat d'échange du 29 mai 2006 n'est établie, notamment, ni quant à la date à laquelle débutent les travaux, H) et A) S.A.R.L. et PH) S.A.R.L. s'accordant pour le surplus quant aux démarches à suivre, ni quant à la date à laquelle ils sont achevés.

La Cour fait encore siens les motifs du jugement du 18 mars 2009 retenant que, d'une part, les travaux d'infrastructure sont achevés le 29 janvier 2007, et d'autre part, ceux selon lesquels le montant de la clause pénale n'est pas à qualifier de manifestement excessif, de sorte que la demande en réduction du montant de 500.- euros par jour ouvrable, basée sur l'article 1152 du code civil est à rejeter.

Le fait par ailleurs que la clause pénale est libellée dans le cadre d'un contrat d'échange, et non, notamment, dans un contrat de vente, est sans incidence quant à la validité de la clause ou quant à l'appréciation du caractère manifestement abusif ou non de l'indemnité de retard de 500.- euros par jour ouvrable.

Il résulte de l'ensemble des développements qui précèdent que c'est à bon droit que le jugement du 18 mars 2009 dit non fondée la demande de H) visant à l'octroi d'une indemnité de retard d'un montant de 64.500.- euros

réclamée pour la période allant du 1^{er} décembre 2006 au 7 juin 2007, et qu'il l'accueille pour la période allant jusqu'au 29 janvier 2007.

H) ne conteste, finalement, pas le bien-fondé de l'affirmation de PH) S.AR.L. et de A) S.AR.L. selon laquelle le nombre de jours ouvrables entre le 1^{er} décembre 2006 et le 29 janvier 2007 est de 39, et non de 41.

Il y a par conséquent lieu, par voie de réformation, d'allouer à H) du chef de la clause pénale en question un montant de 19.500.- euros, correspondant à 39 jours ouvrables (39 x 500).

Il découle de l'ensemble de ces considérations que l'appel principal est fondé sur ce point, et que l'appel incident n'est pas fondé.

Aucune des parties ne justifiant de la condition de l'iniquité posée par l'article 240 du nouveau code de procédure civile, leurs demandes en obtention d'indemnités de procédure sont à dire non fondées.

PAR CES MOTIFS :

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, le magistrat chargé de la mise en état entendu en son rapport oral,

reçoit les appels principal et incident en la pure forme,

dit irrecevable l'appel principal en tant que dirigé contre le jugement du 11 juin 2008 et la condamnation au paiement du montant de 1.231,65.- euros telle qu'y prononcée,

reçoit l'appel principal pour le surplus,

dit l'appel incident recevable, mais non fondé,

dit l'appel principal fondé partiellement,

confirme le jugement du 11 juin 2008,

réformant le jugement du 18 mars 2009,

dit la demande de H) du chef d'indemnité de retard fondée à concurrence du montant de 19.500.- euros,

partant, condamne A) S.AR.L. et IMMOBILIERE PH) S.AR.L. solidairement à payer à H) la somme de 19.500.- euros avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde,

confirme le jugement du 18 mars 2009 pour le surplus,

condamne A) S.AR.L. et PH) S.AR.L., d'une part, H), d'autre part, chaque fois à la moitié des frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître Sabrina MARTIN, avocat qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.