

Texte pseudonymisé

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

Arrêt N° 108/23 – VII – CIV

Audience publique du douze juillet deux mille vingt-trois

Numéro CAL-2020-00908 du rôle.

Composition:

Jean ENGELS, président de chambre ;
Nadine WALCH, conseiller ;
Françoise SCHANEN, conseiller ;
André WEBER, greffier.

E n t r e :

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

partie appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Laura GEIGER, en remplacement de Carlos CALVO de Luxembourg du 28 juillet 2020,

comparant par la société à responsabilité limitée ELVINGER DESSOY MARX, inscrite au Barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-1461 Luxembourg, 31, rue d'Eich, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 251584, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Victor ELVINGER, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à la même adresse,

e t :

l'ÉTAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, représenté par son Ministre d'État actuellement en fonctions, Monsieur Xavier BETTEL, dont les bureaux sont établis à L- 1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation,

partie intimée aux fins du susdit exploit GEIGER du 28 juillet 2020,

comparant par la société en commandite simple KLEYR GRASSO, établie et ayant son siège social à L-2361 Strassen, 7, rue des Primeurs, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 220509, inscrite sur la liste V de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, qui est constituée et en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée par son gérant, la société à responsabilité limitée KLEYR GRASSO GP, établie à la même adresse, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 220442, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Yasmine POOS, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à la même adresse.

LA COUR D'APPEL :

Se basant, principalement sur les dispositions de la loi modifiée du 23 juillet 1991 relative aux activités de sous-traitance (ci-après la loi du 23 juillet 1991), subsidiairement sur la responsabilité contractuelle et à titre encore plus subsidiaire, sur la responsabilité délictuelle, la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) (ci-après la société SOCIETE1.), entreprise sous-traitante, a donné assignation à l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg (ci-après l'ETAT), en sa qualité de maître d'ouvrage des travaux de transformation et de rénovation du Lycée classique ADRESSE2.) de Luxembourg, pour s'entendre condamner à lui payer la somme de 714.292,35 euros en raison de la défaillance de la société anonyme SOCIETE2.) (ci-après la société SOCIETE2.), déclarée en faillite par jugement du 15 novembre 2017 et ayant formé ensemble avec la société à responsabilité limitée de droit néerlandais SOCIETE3.), l'association momentanée SOCIETE4.), l'entrepreneur principal.

Par jugement du 5 mai 2020, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, statuant contradictoirement et siégeant en matière civile, a déclaré la demande de la société SOCIETE1.) recevable, mais non fondée en ce qu'elle est basée sur la loi du 23 juillet 1991, l'a rejetée sur la base contractuelle et l'a déclarée irrecevable sur base de la responsabilité délictuelle.

Pour statuer ainsi, le tribunal a retenu que, conformément à l'article 6 de la loi du 13 juillet 1991, le sous-traitant, afin de prospérer dans son action directe en paiement, doit avoir été accepté par le maître d'ouvrage qui doit de même accepter les conditions de paiement de chaque entreprise sous-traitante, cette acceptation pouvant être soit expresse, soit tacite.

Il a retenu que l'ETAT, quoiqu'ayant implicitement accepté la société SOCIETE1.) comme sous-traitant de l'entrepreneur principal, l'association momentanée SOCIETE4.), n'avait toutefois pas agréé ni expressément ni implicitement ses conditions de paiement pour ce marché soumissionné et attribué à l'association momentanée.

Pour rejeter la demande fondée sur les articles 1134 et 1147 du Code civil, les premiers juges ont rappelé que le sous-traitant, dans une chaîne de contrats d'entreprise, n'est pas lié contractuellement au maître d'ouvrage.

L'article 1798 du Code civil disposant que « *les maçons, charpentiers et autres ouvriers qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise, n'ont d'action contre celui pour lequel les ouvrages ont été faits que jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur, au moment où l'action est intentée* » ne s'appliquerait pas aux sociétés commerciales d'une envergure certaine, considérées comme « commerçants » et non comme « exécutants », vu que cette disposition légale aurait pour objet de garantir le salaire des travailleurs modestes en raison de son caractère alimentaire.

Le tribunal a déclaré la demande en paiement basée sur la responsabilité délictuelle pour avoir toléré en tant que maître d'ouvrage, pendant une période significative, une sous-traitance irrégulière et en s'abstenant de régulariser la situation de la société SOCIETE1.) en cours de contrat, irrecevable, pour constituer une demande nouvelle, formée par conclusions en cours d'instance.

Les faits

L'association momentanée SOCIETE4.) s'est vue attribuer, par arrêté ministériel du 7 juillet 2014, le marché public des travaux de rénovation et de transformation du Lycée classique ADRESSE2.) de Luxembourg.

L'entrepreneur principal, l'association momentanée SOCIETE4.), avait porté sur le formulaire de soumission conformément à l'article 10, 1) de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et de l'article 10, 3) du règlement grand-ducal du 3 août 2009, la société SOCIETE1.) comme l'un de ses sous-traitants pour les travaux d'échafaudage et de constructions tubulaires suivant pré-contrat de sous-traitance conclu oralement, vu la confiance réciproque entre les deux sociétés.

Les travaux ont été exécutés par la société SOCIETE1.) au cours des années 2016 à 2017.

Au vu des difficultés financières sérieuses dans le chef de la société SOCIETE2.), le mandataire de la société SOCIETE1.) a, par courrier recommandée du 31 août 2017 à l'Administration des bâtiments publics, adressé une demande en paiement à l'ETAT pour le montant de 714.292,35 euros du chef de factures impayées, accompagnée de son décompte final des deux factures restées en souffrance du 21 juillet 2016 et du 14 août 2017, du métré des travaux exécutés ainsi que d'une copie de la facture d'acompte du 21 juillet 2016.

Par courrier recommandé du 24 octobre 2017, le mandataire de la société SOCIETE1.) a mis l'ETAT formellement en demeure de payer directement les

factures de la la société SOCIETE1.) en application des dispositions relatives au paiement direct prévues par la loi du 23 juillet 1991.

Le mandataire de l'ETAT s'est opposé par courrier-réponse du 30 octobre 2017 à cette demande en faisant valoir que l'administration ne serait pas en possession du contrat de sous-traitance conclu entre l'association momentanée SOCIETE4.), ni des conditions de paiement de la société SOCIETE1.) et n'aurait dès lors pas connaissance desdites conditions de paiement.

La société SOCIETE2.) a été déclarée en état de faillite suivant jugement du 15 novembre 2017.

La société SOCIETE1.) déclare ne pas pouvoir récupérer sa créance dans le passif de la faillite. Elle n'établit pas avoir fait des démarches à cette fin, auprès du deuxième associé momentané, la société SOCIETE3.).

Le dossier de soumission établi conformément aux dispositions de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et du règlement grand-ducal d'exécution du 3 août 2009, présenté par l'association momentanée SOCIETE4.) renseignait comme l'un des sous-traitants, la société SOCIETE1.) pour les travaux d'échafaudage et constructions tubulaires.

Il est encore établi en cause et non contesté que l'ETAT a directement passé, sans l'entremise de l'association momentanée SOCIETE4.), des commandes supplémentaires individuelles et indépendantes auprès de la société SOCIETE1.), pour le montage et le démontage, sur le même chantier, des échafaudages tubulaires supplémentaires et la pose et dépose de bâches de protection.

Aucun contrat de sous-traitance écrit et aucun écrit énonçant les conditions de paiement de la société SOCIETE1.), n'a été établi avec l'association momentanée SOCIETE4.), ni *a fortiori* soumis à l'ETAT en sa qualité de maître d'ouvrage pour acceptation.

Il n'est pas contesté que la société SOCIETE1.) a exécuté l'ensemble des travaux dont elle avait été chargée.

Position des parties

La société SOCIETE1.), conclut à la réformation du jugement entrepris et à la condamnation de l'ETAT à lui payer la somme de 714.292,35 euros sur base de l'action en paiement directe conformément aux dispositions de la loi du 23 juillet 1991 au motif qu'il l'avait acceptée implicitement comme sous-traitant de l'entrepreneur principal tout comme ses conditions de paiement.

A titre subsidiaire, elle se limite à solliciter à se voir allouer une somme équivalente au solde des factures impayées sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil, l'ETAT ayant engagé sa responsabilité délictuelle par son

comportement fautif ou négligent ayant consisté à omettre de l'agréer comme sous-traitant et pour avoir toléré une sous-traitance irrégulière, entraînant le non-paiement de ses factures.

Elle demande que la condamnation soit prononcée, chaque fois, avec les intérêts de retard au taux directeur de la Banque centrale européenne majoré de la marge, conformément à l'article 4 de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard, ceci à compter de la première mise en demeure du 24 octobre 2017, sinon à partir de la deuxième mise en demeure du 15 novembre 2017, sinon à compter de la demande en justice, jusqu'à solde.

Elle ne réitère plus les bases légales des articles 1134 et 1147 du Code civil en ce qui concerne la responsabilité contractuelle, ni l'article 1798 du même code du chef de salaire impayé des entrepreneurs.

A l'appui de sa demande, elle expose que le tribunal aurait correctement retenu qu'elle a été implicitement acceptée par l'ETAT comme sous-traitant de l'association momentanée SOCIETE4.) au vu des éléments factuels concluants relevés dans le jugement, mais que ce serait à tort que le tribunal n'aurait néanmoins pas fait droit à sa demande en raison d'un prétendu défaut d'agrégation de ses conditions de paiement.

La société SOCIETE1.) considère que son acceptation par l'ETAT comme sous-traitant de l'association momentanée SOCIETE4.) devrait entraîner nécessairement l'acceptation de ses conditions de paiement par une sorte d' « *effet de chaîne* ». La Cour de cassation française, statuant sur la loi française du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, dont la loi luxembourgeoise se serait largement inspirée, retiendrait ainsi l'agrément tacite des conditions de paiement, dès lors que le maître d'ouvrage aurait accepté la personne du sous-traitant.

L'ETAT aurait accepté ses conditions de paiement vu qu'il savait, par le biais de la procédure de la soumission publique, que le soumissionnaire, l'association momentanée SOCIETE4.), l'avait désignée comme sous-traitant, avec ses conditions de paiement dont les modalités se seraient par la suite répercutées sur les conditions de paiement convenues entre l'ETAT et l'association momentanée SOCIETE4.).

La partie appelante estime ensuite qu'il aurait appartenu, conformément à l'article 4 de la loi du 23 juillet 1991, à l'entrepreneur principal de communiquer les conditions de paiement à la demande de l'ETAT.

La société SOCIETE1.) considère encore que, dans la mesure où il n'existerait pas de conditions de paiement spéciales écrites vu l'oralité du contrat de sous-traitance, les dispositions légales réglant les conditions de paiement en général prévues par la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard, s'appliqueraient à titre supplétif.

Ces conditions de paiement légales auraient été parfaitement connues et nécessairement agréées par l'ETAT. Ceci serait d'autant plus vrai que l'ETAT n'aurait jamais demandé la communication du contrat de sous-traitance, s'estimant suffisamment renseigné et se trouvant en accord avec ces dispositions supplétives.

Il ne faudrait par ailleurs pas perdre de vue que les conditions de paiement auraient figuré sur les offres et les factures émises par la société SOCIETE1.) et communiquées à l'ETAT dans le cadre des marchés parallèles distincts conclus entre eux de manière indépendante. Les conditions de paiement dont elle se prévaudrait en sa qualité de sous-traitant dans le cadre de la soumission du marché, seraient les mêmes que celles stipulées et figurant sur les offres, les bons de commandes et les factures émises dans le cadre des commandes additionnelles conclues parallèlement et directement entre l'ETAT et la société SOCIETE1.).

La société SOCIETE1.) conteste le raisonnement des premiers juges selon lequel les conditions de paiement des marchés parallèles ne sauraient être extrapolées sur les conditions particulières de paiement applicables au contrat de sous-traitance, puisqu'elles seraient identiques.

Elle souligne que la loi ne mentionne que « *ses* » conditions de paiement, sans préciser si cet adjectif possessif visait ses conditions de paiement spéciales convenues dans le cadre du marché sous-traité en l'espèce ou désignerait ses conditions de paiement générales applicable à défaut de dérogation spéciale.

Or ses conditions de paiement générales étaient connues par l'ETAT et n'avaient jamais donné lieu à contestations de sa part.

L'acceptation et l'agrément tacite des conditions de paiement d'un sous-traitant résulteraient encore de l'absence de toute contestation par le maître d'ouvrage.

L'ETAT aurait dès lors eu une parfaite connaissance du montant du marché sous-traité, du bordereau de soumission ainsi que des modalités de règlement qui correspondraient aux modalités de règlement légales reprises sur toutes ses factures.

Il y aurait lieu de réformer le jugement entrepris et dire que ses conditions de paiement avaient été acceptées par l'ETAT et de faire droit à sa demande présentée à titre principal.

Sinon, à titre subsidiaire et pour le cas où la Cour devrait retenir que les conditions d'application de la loi du 23 juillet 1991 ne seraient pas remplies, sa demande serait à déclarer recevable et fondée sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Quant à la recevabilité, elle renvoie à un arrêt de principe de la Cour d'appel du 19 novembre 1997 qui aurait expressément retenu que le juge pourrait appliquer à une demande basée sur la responsabilité civile contractuelle, les règles de la

responsabilité délictuelle, à condition de ne pas introduire des faits nouveaux dans l'instance.

Or elle avait en l'espèce, en première instance, invoqué la tolérance d'une sous-traitance irrégulière, sans régularisation de la part de l'ETAT dans son premier corps de conclusion.

Il y aurait lieu, à l'instar de la jurisprudence française, d'admettre le bien-fondé des actions indemnitaires intentées par le sous-traitant contre le maître d'ouvrage dans l'hypothèse où l'action directe échoue en raison d'une faute ou négligence du maître d'ouvrage.

Sa demande ne s'analyserait dès lors pas en une demande nouvelle formulée par conclusions en cours de première instance, mais se fonderait sur une base légale supplémentaire et différente, sans introduire des faits délictueux nouveaux. Il s'agirait d'une simple question d'interprétation des mêmes faits.

Quant au fond, sa demande serait justifiée sur la base délictuelle en raison de la faute, respectivement de la négligence commises par l'ETAT pris en sa qualité de maître d'ouvrage, qui aurait violé l'obligation générale de prudence et de diligence en tolérant, pendant une période prolongée, une situation irrégulière dans laquelle se serait trouvé le sous-traitant et qui se serait abstenu tout au long de cette période de faire régulariser la situation du sous-traitant.

L'ETAT aurait été saisi en temps utile, avant le prononcé de la faillite de la société SOCIETE2.), d'une demande en paiement direct et aurait été au courant des difficultés financières de cette dernière. Il aurait néanmoins attendu deux mois pour refuser le paiement direct au lieu, sachant qu'elle travaillait sur le site en tant que sous-traitant, d'accepter immédiatement et expressément ses conditions de paiement s'il avait estimé ne pas encore avoir accepté ses conditions de paiement. L'ETAT aurait ainsi pu ainsi régulariser sa situation de sous-traitant et assurer son paiement.

L'ETAT aurait su ou aurait dû savoir qu'en raison de la faillite imminente de la société SOCIETE2.), la société SOCIETE1.) perdrait toute possibilité pour récupérer sa créance dans la faillite de cette société.

Le préjudice subi consisterait ainsi dans le non-paiement du solde de ses factures à hauteur de 714.292,35 euros et se trouverait en lien causal direct avec le comportement fautif de l'ETAT.

L'ETAT estime que les conditions du paiement direct ne seraient pas remplies. Il n'aurait pas agréé le sous-traitant SOCIETE1.) ni expressément ni implicitement et ses conditions de paiement n'auraient pas été connues et acceptées. La société SOCIETE1.) ne se serait pas non plus fait connaître pendant la durée du marché conformément à l'article 5 de la loi du 23 juillet 1991.

Le entrepreneur général postulant devrait dans le cadre de la procédure de soumission publique, en application de l'article 10, 1) de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics et de l'article 10, 3) du règlement grand-ducal du 3 août 2009 en portant application, sous peine d'irrecevabilité de son offre, joindre à celle-ci une liste des sous-traitants auxquels il prendra recours pour la réalisation des travaux.

Bien qu'il avait connaissance de la présence de la société SOCIETE1.) sur le chantier, il ne l'aurait jamais formellement acceptée au sens de la loi du 23 juillet 1991 comme sous-traitant. Une simple tolérance serait insuffisante.

Ni le contrat de sous-traitance, ni les conditions de paiement ne lui auraient été transmis, ce qui n'était d'ailleurs pas possible vu que, de l'aveu de la société SOCIETE1.) même, le contrat de sous-traitance avait été conclu verbalement entre l'association momentanée SOCIETE4.) et elle, donc sans trace écrite.

La connaissance de l'identité du sous-traitant, acquise dans le cadre de la procédure prévue par la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et du règlement grand-ducal du 3 août 2009 d'exécution, ne saurait valoir *ipso facto* « agrément » au sens de la loi du 23 juillet 1991.

L'ETAT précise que le bordereau communiqué en pièce n° 2, rempli par la société SOCIETE1.), ne constitue pas une offre faite à l'ETAT dans le cadre de la soumission du marché public, mais a été établi en sa qualité de futur sous-traitant de l'association SEMELUX / SCHELDEBOUW pour ces sociétés.

Les revendications de la société SOCIETE1.) relatives au paiement direct du solde de sa facture auraient été formulées après la date de l'achèvement de l'ensemble des travaux, après le procès-verbal de réception définitive, soit en dehors du délai légal.

Toutes les factures qui selon la société SOCIETE1.) auraient énoncé les conditions de paiement, avaient été adressées à son cocontractant direct, l'association momentanée SERMELUX / SCHELDEBOUW.

Il resterait toujours dans l'ignorance de ces conditions de paiement contractuellement convenues entre la société SOCIETE1.) et l'association momentanée SOCIETE4.).

Si l'acceptation des conditions de paiement puisse également être implicite, elle ne saurait toutefois être déduite d'un simple silence, d'une tolérance ou d'une attitude passive du maître d'ouvrage ou d'un défaut de protestation de sa part, mais devrait résulter d'actes du maître d'ouvrage manifestant sans équivoque la volonté de ce dernier d'accepter la personne du sous-traitant.

L'ETAT précise que tous les travaux pour lesquels la société SOCIETE1.) entend réclamer actuellement le paiement ont d'ores et déjà été facturés par l'association momentanée SOCIETE4.) et réglés par ses soins.

Il souligne qu'il semblerait que la société SOCIETE1.) ne se soit pas adressée au deuxième membre de l'association momentanée, à savoir la société SOCIETE3.), de sorte que la demande en paiement direct adressée à l'ETAT en sa qualité de maître d'ouvrage serait irrecevable.

La société SOCIETE1.) ne pourrait pas se référer à ses conditions générales de paiement figurant d'une manière générale sur toutes ses factures et prétendument connues par lui par le biais des factures émises dans le cadre des marchés parallèles directs au motif que ces commandes directes, bien que s'insérant dans l'opération globale de rénovation du Lycée classique ADRESSE2.) de Luxembourg, constitueraient des contrats ponctuels et des marchés individuels et indépendants qui ne confèreraient pas à la société SOCIETE1.) la qualité de cocontractant direct dans le marché public attribué à l'association momentanée SOCIETE2.) / SOCIETE3.).

En effet, l'article 4 de la loi du 23 juillet 1991 ferait expressément référence aux conditions de paiement « *de chaque contrat de sous-traitance* » et ne saurait ainsi comprendre les conditions générales de paiement éventuellement annexées aux factures envoyées dans un contrat de gré à gré avec une autre entreprise ou dans le cadre d'un contrat similaire mais séparé.

Les conditions générales de paiement figurant sur les factures ne correspondraient pas nécessairement aux conditions de paiement négociées dans le contrat de soumission visées par la loi du 23 juillet 1991.

L'article 9 de la Loi du 23 juillet 1991, organisant l'acceptation ou la contestation des factures et conditions de paiement, ne saurait s'appliquer à l'ETAT auquel la société SOCIETE1.) avait communiqué une copie de ses factures envoyées à la société SOCIETE2.) au motif que la théorie de la facture ou de la correspondance acceptées ne saurait être invoquée à l'encontre de l'ETAT qui n'aurait pas la qualité de commerçant.

La base délictuelle ou quasi-délictuelle, sur laquelle se fonde la société SOCIETE1.) serait, à titre principal, irrecevable pour constituer une demande nouvelle, par changement de cause, par conclusions en première instance.

A titre subsidiaire elle ne serait pas fondée, vu que l'ETAT, dans l'ignorance du contrat de sous-traitance, n'avait ni toléré une sous-traitance irrégulière ni une sous-traitance occulte.

L'ETAT n'aurait pas engagé sa responsabilité délictuelle, même partiellement., En effet l'article 4 de la loi du 23 juillet 1991 charge l'entrepreneur principal de faire accepter chaque sous-traitant et de faire agréer les conditions de paiement de chaque contrat et l'article 5 de la loi prévoit que le sous-traitant peut se faire connaître lui-même au maître d'ouvrage pendant toute la durée du contrat ou du marché, pour qu'il soit accepté et ses conditions de paiement agréées. Ces démarches, imposées à l'entrepreneur général et au sous-traitant, n'avaient pas été entreprises par l'association momentanée, démarches que ni la société

SOCIETE2.) ni la société SOCIETE1.) n'auraient fait au cours de l'exécution du contrat.

Il y aurait dès lors essentiellement faute dans le chef de l'entrepreneur général, l'association momentanée SOCIETE2.) / SOCIETE3.).

La facturation d'un acompte forfaitaire demandé par la société SOCIETE1.), dont elle réclame actuellement le paiement du solde, a été adressée à l'époque uniquement à l'entrepreneur principal et il ignorerait à quelles prestations l'acompte pourrait correspondre.

La deuxième facture envoyée par la société SOCIETE1.) à l'association momentanée, avait été contestée par la société SOCIETE2.).

Les factures de l'association momentanée SOCIETE2.) / SCHELDEBOUW, englobant les travaux d'échafaudage exécutés par la société LUX-ECHAFAUDAGES, dont elle réclame le paiement par la voie directe, auraient déjà été intégralement payées par l'Etat.

Pour être complet, la partie intimée conteste le quantum de la demande.

Appréciation de la Cour

Afin d'améliorer la situation des sous-traitants travaillant sur un chantier en cas de survenance de faillite de l'entrepreneur général, le législateur a réagi et a introduit la loi du 23 juillet 1991. L'application de la loi en question est toutefois soumise à plusieurs conditions. Il ressort ainsi de l'article 4 de ladite loi que le maître d'ouvrage doit accepter le sous-traitant comme tel ainsi que les conditions de paiement de ce dernier. L'acceptation peut être expresse ou tacite. Dans ce dernier cas, elle résulte d'actes ou de faits qui établissent de façon certaine la volonté du maître d'ouvrage d'accepter le sous-traitant et ses conditions de paiement.

Il résulte du commentaire des articles du projet de loi (Doc. parl. 3251, art. 6) que l'article 6 a trait aux sanctions résultant de l'inobservation des obligations prévues aux articles 4 et 5, la loi ne trouvant dans ce cas pas application et le régime applicable étant alors celui du droit commun.

Ces dispositions trouvent leur explication dans la nécessité pour le maître de l'ouvrage de contrôler, d'une part la capacité technique du sous-traitant choisi par l'entrepreneur, et, d'autre part, les conditions contractuelles de paiement précises convenues pour ce chantier déterminé avec l'entrepreneur, étant donné que le maître de l'ouvrage peut être tenu de payer le sous-traitant selon les modalités que celui-ci avait négociées avec l'entrepreneur principal.

Il appartient dès lors au sous-traitant de rapporter la preuve positive, de l'acceptation de sa personne et de l'acceptation de ses conditions de paiement telles que négociées avec l'entrepreneur principal.

Il reste acquis en cause qu'en l'espèce, aucun contrat de sous-traitance écrit ou stipulant les conditions de paiement n'a été conclu entre la société SOCIETE1.) et la société SOCIETE2.), respectivement l'association momentanée SOCIETE4.) et *a fortiori* aucune acceptation écrite n'a été émise par l'ETAT ni quant à la personne de la société SOCIETE1.) ni quant à ses conditions de paiement.

Aucune disposition légale n'impose toutefois la forme écrite comme condition de validité du contrat de sous-traitance. L'acceptation de la personne du sous-traitant et de ses conditions de paiement peut être expresse ou implicite, mais dans cette dernière hypothèse l'agrément ne doit pas résulter d'un simple silence ou d'une tolérance purement passive, mais d'actes du maître d'ouvrage manifestant sans équivoque sa volonté d'accepter la personne du sous-traitant et ses conditions de paiement.

C'est à bon droit et pour des motifs que la Cour fait siens que les premiers juges ont admis que la réalisation de la première des susdites conditions ne saurait faire de doute.

Ainsi qu'il a été relevé, il ressort en effet des pièces versées en cause que la société SOCIETE1.) est ouvertement intervenue sur le site du Lycée classique ADRESSE2.) de Luxembourg et y a érigé les échafaudages et les constructions tubulaires, au vu et su du maître d'ouvrage, qu'elle était présente lors des réunions de chantier, des instructions d'intervention lui ont été adressées par l'ETAT, des échanges de correspondances ont eu lieu et enfin des commandes directes ont été passées par l'ETAT auprès de la société SOCIETE1.) pour assumer des travaux supplémentaires sur le même site, éléments qui constituent des indices concordants pour permettre de retenir son agrégation par l'ETAT en tant que sous-traitant de la l'association momentanée SOCIETE2.) / SOCIETE3.).

En ce qui concerne l'acceptation des conditions de paiement, il y a tout d'abord lieu de relever que les conditions de paiement ont été convenues entre la société SOCIETE2.) et la société SOCIETE1.). L'offre de prix avait été adressée à la société SOCIETE2.) et au cours de l'exécution des travaux, toutes les factures ont été adressées à la société SOCIETE2.), respectivement à l'association momentanée SERMELUX / SCHELDEBOUW.

Les dispositions de la loi du 23 juillet 1991 ne visent pas les conditions générales de paiement, mais les conditions de paiement convenues entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant, stipulées dans le contrat de sous-traitance en cause, vu que ce sera selon ces dispositions de paiement spéciales que le maître d'ouvrage devra régler la dette de l'entrepreneur principal défaillant.

Il ressort de l'ensemble des éléments qui précèdent que les conditions de paiement de l'appelante, convenues oralement avec l'entrepreneur principal, ne

furent pas agréées par le maître d'ouvrage ni avant le commencement des travaux ni pendant la durée des travaux.

Les conditions stipulées dans les contrats parallèles directement entre la société SOCIETE1.) et l'ETAT ne correspondent pas nécessairement à celles convenues entre la société SOCIETE1.) et l'entrepreneur principal et c'est à juste titre que le tribunal a retenu que les conditions de paiement de la société SOCIETE1.) accordées à l'ETAT dans le cadre des marchés distincts ne peuvent pas être extrapolées sur les conditions particulières, inconnues et non-écrites, applicables au contrat de sous-traitance passé entre la société SOCIETE1.) et l'association momentanée SOCIETE4.) alors que ce ne sont pas nécessairement les mêmes.

En l'espèce l'entrepreneur principal demandait par courrier du 22 mai 2017, à la société SOCIETE1.) de clôturer son décompte vis-à-vis de l'Administration des bâtiments publics et de le lui transmettre jusqu'au 2 juin 2017 au plus tard.

Suivant facture du 14 août 2017, la société SOCIETE1.) a adressé sa facture finale d'un montant de 563.292,35 euros à la société SOCIETE2.), sur base d'un métré détaillé joint au décompte final que celle-ci a contesté et refusé de payer.

Ce n'est que par courrier recommandé avec accusé de réception du 31 août 2017, que le mandataire de la société SOCIETE1.) s'est adressé pour la première fois à l'Administration des bâtiments publics et a demandé d'obtenir le paiement de cette dernière facture ainsi que le solde impayé d'une facture précédente à hauteur de 151.000,- euros, soit un montant total de 714.292,35 euros.

Par courrier du 24 octobre 2017, la société SOCIETE1.) a mis l'Administration des bâtiments publics en demeure de lui payer dans la huitaine le montant précité en précisant que les délais prévus à l'article 9 de la loi du 23 juillet 1991 avaient expiré.

Pour autant que ces trois lettres devraient être considérées, comme l'entend la société SOCIETE1.), comme une démarche pour lui communiquer ses conditions de paiement, il y a lieu de relever que ces courriers, sont postérieures à la réception définitive de l'ensemble des travaux du chantier par le maître d'ouvrage qui a eu lieu le 14 août 2017 et la société SOCIETE1.) n'a ainsi pas porté ses conditions de paiement à la connaissance du maître d'ouvrage pendant « *toute la durée du contrat ou du marché* » conformément à l'article 5 de la loi du 23 juillet 1991.

En effet, conformément à l'article 132 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant application de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics, la facture définitive est établie sur base du procès-verbal de réception définitive de l'ensemble des travaux. Le marché avait donc pris fin le 14 août 2017.

Les courriers ne sont d'ailleurs pas libellés dans un sens d'information et pour faire accepter ses conditions de paiement, mais constituent la mise en œuvre de l'action en paiement directe.

L'intimé n'a pas réservé une suite favorable à cette demande et a déclaré, par courrier du 30 octobre 2017, la demande comme non fondée au motif qu'elle n'aurait pas connaissance de la relation contractuelle existant entre la société SOCIETE2.) et la société SOCIETE1.).

Tous les arguments avancés par l'appelante, déjà développés en première instance, selon lesquels l'ETAT avait en fait connaissance des conditions de paiement ne serait-ce que par les offres et factures concernant des marchés parallèles ou la soumission du marché à son entrepreneur principal et son absence de contestation, ne sauraient s'interpréter autrement qu'en une acceptation de ses conditions de paiement bien connues par lui, sont à rejeter comme non fondés.

Un simple silence ou une attitude passive ne sauraient être retenues comme valant acceptation des conditions de paiement du sous-traitant, plus spécialement lorsque celui-ci prétend ne pas connaître les conditions particulières de vente de la soumission.

C'est dès lors à bon escient que les premiers juges ont dit que la loi du 23 juillet 1991 n'était, conformément à l'article 6, pas applicable en l'espèce de sorte que le jugement est à confirmer en ce qu'il a déclaré non fondée la demande principale.

En ce qui concerne la demande basée sur la responsabilité délictuelle, le tribunal, après avoir retenu que cette base légale n'avait pas été invoquée dans l'assignation introductive d'instance, mais par conclusions notifiées le 26 octobre 2018, l'a qualifiée de demande autonome qui puiserait son fondement dans des faits délictueux nouveaux et l'a de ce chef déclarée irrecevable.

La demande nouvelle en première instance est celle qui se différencie de la demande originaire par l'un de ses éléments constitutifs, son objet, sa cause ou l'une des parties et donc saisit le juge d'une prétention autre que celle dont il était déjà saisi par l'effet de l'acte introductif initial (cf. Th. Hoscheit, *Le Droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg*, n°114, 2^{ème} éd).

Aux termes de l'assignation, la société SOCIETE1.) introduisait une action en paiement directe contre l'ETAT en sa qualité de maître d'ouvrage, instituée par la loi du 23 juillet 1991, action créée dans le but de protéger les sous-traitants en cas de défaillance de l'entrepreneur principal et réclamait à ce titre le montant des factures restées impayées sur le fondement de la loi du 23 juillet 1991.

Dans ses conclusions du 26 octobre 2018, toutefois, la société SOCIETE1.) recherche la responsabilité civile de l'ETAT sur la base délictuelle et conclut à l'indemnisation de son préjudice causé par l'Etat pour avoir manqué de l'agérer comme sous-traitant, commettant ainsi une faute en lien causal avec son préjudice.

L'ETAT n'est dès lors plus assigné en tant que « agent payeur tiers » sur le fond d'une obligation légale spéciale, mais sur la base du droit commun en tant que sujet de droit ayant commis une faute ayant causé un dommage à autrui.

Les faits sont différents, ainsi que la cause de l'obligation de payer. Les conditions à établir pour faire obtenir un paiement de la facture sont différentes de celles à établir l'indemnisation d'un préjudice causé.

C'est dès lors à bon droit que les premiers juges ont retenu qu'il n'existe pas de lien suffisant au sens de l'article 53 du Nouveau Code de procédure civile entre la demande en paiement d'une facture et la demande en indemnisation d'une faute et qu'ils ont déclaré la demande irrecevable pour être nouvelle en première instance.

Le jugement est encore à confirmer.

- Quant aux demandes accessoires

- *Les dommages et intérêts pour honoraires et frais d'avocat,*

L'ETAT expose que suivant la jurisprudence, les frais et honoraires d'avocat peuvent donner lieu à indemnisation sur base de la responsabilité civile de droit commun en dehors de l'indemnité de procédure dès lors que la partie adverse a commis une faute, un préjudice et qu'il existe un lien causal entre la faute et le préjudice.

Cette demande ne constituerait pas une demande nouvelle irrecevable en instance d'appel vu que la formulation d'un moyen nouveau en instance d'appel ne constituerait ni ne violerait le principe du double degré de juridiction, mais constituerait une défense à l'action principale introduite par la société SOCIETE1.).

Il estime qu'en l'espèce, ces conditions seraient remplies en raison de l'obstination de la société SOCIETE1.) à obtenir le paiement de ses factures impayées, nonobstant que les conditions du paiement ne seraient pas réunies. Jusqu'alors elle resterait de même en défaut d'expliquer la raison pour laquelle elle ne sollicite pas le paiement auprès du deuxième associé de l'association momentanée SOCIETE4.).

Quatre années après l'assignation introductive, la société SOCIETE1.) n'arriverait toujours pas à établir la réalité de ses affirmations.

Les frais d'avocat auraient été inutilement engagés et seraient de ce chef remboursable à titre du préjudice subi par l'ETAT.

Il sollicite le remboursement de ces frais exposés jusqu'à ce jour, suivant sa pièce n°6, et s'élevant à 28.032, 11 euros hors TVA pour l'intégralité de la procédure judiciaire.

La société SOCIETE1.) conclut à voir déclarer cette demande irrecevable comme constituant une demande nouvelle en instance d'appel prohibée par

l'article 592 du Nouveau Code de procédure civile pour avoir été formulée pour la première fois en instance d'appel par conclusions notifiés le 23 août 2021.

A titre subsidiaire et pour le cas où la demande ne vaudrait que pour les honoraires déboursés pour l'instance d'appel, il y aurait principalement lieu de la déclarer non fondée alors que l'exercice d'une voie de recours légalement formée, ne constitue une faute.

A titre encore plus subsidiaire, il y aurait lieu de la réduire à de plus justes proportions, les conclusions en appel reprendraient à +/- 90 % des conclusions formulées en première instance.

La Cour constate que l'ETAT n'avait pas formulé une demande en indemnisation du chef des honoraires et de frais d'avocat exposés, en première instance.

L'indemnisation telle que formulée vise le remboursement des honoraires et frais d'avocats exposés dans le cadre de la procédure judiciaire introduite par assignation du 16 février 2018, concernant l'action en paiement directe fondée sur la loi du 23 juillet 1991 et dirigée par la société SOCIETE1.) contre l'ETAT pris en sa qualité de maître d'ouvrage en relation avec l'ensemble de cette affaire y compris les deux instances judiciaires.

Les moyens et arguments nouveaux sont admissibles en instance d'appel, mais l'article 592 du Nouveau Code de procédure civile prohibe les demandes nouvelles, sauf les demandes additionnelles limitativement énumérées par cette disposition.

La présente demande n'est pas une demande additionnelle à titre de défense à l'action principale tel qu'affirmé par l'ETAT, mais constitue une demande différente de par son objet et vise le remboursement des honoraires et frais d'avocat en relation avec l'affaire.

La demande en remboursement des honoraires d'avocats pour l'intégralité de la procédure, basée sur la responsabilité civile présentée pour la première fois en instance d'appel, constitue une demande nouvelle en instance d'appel pour ce qui est de l'indemnisation relative à la première instance.

La demande est partant irrecevable en ce qui concerne le remboursement des frais et honoraires d'avocat exposés en première instance.

Il appert toutefois des conclusions récapitulatives du 23 février 2023, que le mandataire de l'ETAT réclame également le remboursement des honoraires et frais pour l'instance d'appel vu qu'il met en exergue « le comportement procédural de la partie appelante » et verse son décompte qui englobe les frais et honoraires d'avocat pour l'instance d'appel (cf pièce n°6, les différents mémoires d'honoraires et frais depuis l'acte d'appel du 28 juillet 2020).

Cette demande est recevable à titre de « *dommages et intérêts pour le préjudice souffert depuis le premier jugement* » conformément à l'article 592 du Nouveau Code de procédure civile.

La demande n'est toutefois pas fondée.

S'agissant des abus en matière d'action de justice, il est de règle que le demandeur qui échoue dans son action et le défendeur qui est condamné ne sont pas considérés *ipso facto* comme ayant commis un abus. L'exercice d'une action en justice ne dégénère en faute pouvant donner lieu à des dommages et intérêts que s'il constitue un acte de malice ou de mauvaise foi ou, au moins, une erreur grossière équipollente au dol ou si le demandeur a agi avec une légèreté blâmable.

Dans ce contexte, il convient aussi de rappeler que ne constitue pas un acharnement judiciaire, l'opiniâtreté à défendre sa thèse devant les juridictions et de montrer de l'obstination à vouloir que ses droits – ou du moins ce que l'on considère comme tels – soient reconnus légitimes (Cour d'appel, 21 mars 2002, n° 25297 du rôle).

En l'occurrence aucune faute revêtant ces caractéristiques n'est à relever dans le chef de la société SOCIETE1.), vu qu'elle a eu partiellement raison en ce qui concerne l'acceptation tacite de sa personne nonobstant que sa demande n'a finalement pas abouti.

- *Les indemnités de procédure*

L'ETAT demande à voir confirmer le jugement de première instance en ce que le tribunal a condamné la société SOCIETE1.) à lui payer une indemnité de procédure de 2.000,- euros pour la première instance et sollicite une indemnité de procédure de 5.000,- euros pour l'instance d'appel.

La société SOCIETE1.) demande une indemnité de procédure à hauteur de 8.000,- euros pour chaque instance.

La Cour relève que l'application de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile relève du pouvoir discrétionnaire du juge (Cour de cassation 2 juillet 2015, n° 60/15, JTL 2015 et n° 42, page 166).

Au vu du sort du litige il y a lieu de débouter la la société LUX-ECHAFAUDAGES de ses demandes en indemnité de procédure.

Au vu du sort de l'appel, il serait inéquitable de laisser à charge de l'ETAT l'entièreté des frais exposés et non compris dans les dépens, de sorte qu'il y a lieu de condamner la société SOCIETE1.) à lui payer une indemnité de procédure de 2.500,- euros pour l'instance d'appel

La condamnation de la société SOCIETE1.) à payer à l'ETAT une indemnité de procédure de 2.000,- euros pour la première instance est à confirmer.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel,

le dit non fondé ;

confirme le jugement entrepris ;

dit irrecevable la demande de l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg en indemnisation du chef des honoraires et frais d'avocat pour la première instance,

dit recevable mais non fondée, la demande de l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg en indemnisation du chef des honoraires et frais d'avocats pour l'instance d'appel,

condamne la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) à payer à l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg une indemnité de procédure de 2.500,- euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

déboute la société à responsabilité limitée la société SOCIETE1.) de ses prétentions sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

condamne la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) aux frais et dépens de l'instance d'appel et ordonne la distraction au profit de la société en commandite simple KLEXR GRASSO, qui la demandé affirmant en avoir fait l'avance.