

Audience publique du dix février deux mille vingt-et-un

Numéro CAL-2020-00829 du rôle.

Composition:

Karin GUILLAUME, président de chambre;
Elisabeth WEYRICH, premier conseiller;
Yola SCHMIT, conseiller;
André WEBER, greffier.

E n t r e :

la société SOC.1.) (LUX) s.à r.l., établie et ayant son siège social à L-
(...), représentée par son conseil de gérance ;

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL
de Luxembourg en date du 1^{er} septembre 2020,

comparant par Maître Pascal PEUVREL, avocat à la Cour, demeurant à
Luxembourg ;

e t :

la société SOC.2.) I S.A., établie et ayant son siège social à L-(...),
représentée par son conseil d'administration;

défenderesse aux fins du susdit exploit BIEL du 1^{er} septembre 2020,

comparant par l'étude ARENDT & MEDERNACH, établie et ayant son
siège social à L-2082 Luxembourg, 41A, avenue J.F. Kennedy, représentée
aux fins de la présente procédure par Maître Marianne RAU, en
remplacement de Maître Christian POINT, avocat à la Cour, demeurant à la
même adresse;

LA COUR D'APPEL :

Faits et antécédents de procédure :

Par deux contrats d'entreprise du 7 décembre 2018, intitulés « *les Allées vertes – Lot I* » et « *les Allées vertes – Lot V* », la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** (LUX) Sarl (ci-après « l'**SOC.1.)** (LUX) » s'est engagée envers la société anonyme **SOC.2.)** I SA (ci-après « la société **SOC.2.)** I ») à réaliser les travaux de bardage et de façade d'immeubles faisant l'objet des lots I et V.

En application de l'article 6.3 des contrats, la société **SOC.2.)** I a versé lors de la signature des deux contrats un acompte correspondant à 15% du montant forfaitaire de chacune des commandes, soit 35.843,38 euros pour le contrat-lot I et 96.715,24 euros pour le contrat-lot V., ces acomptes devant être restitués progressivement, par déduction de 15% du montant de chaque facture émise.

La société **SOC.2.)** I a payé les factures émises le 24 juillet 2019 par l'**SOC.1.)** (LUX) sur base de deux états d'avancement des travaux pour un montant de 35.236,65 euros (Lot I) et 24.198,10 euros (Lot V), les factures afférentes déduisant, conformément à l'article 6.3 des contrats, le remboursement de l'avance de 15% payée par la société **SOC.2.)** I au moment de la signature des contrats, à savoir le montant de 5.951,47 euros pour le lot I et le montant de 4.087,96 euros pour le lot V.

Depuis le 24 juillet 2019 l'**SOC.1.)** (LUX) ne s'était plus présentée sur le chantier, bien qu'elle se soit vue adresser une mise en demeure du 9 octobre 2019 de ce faire, conformément à l'article 16 des contrats.

Par courrier recommandé du 30 octobre 2019, la société **SOC.2.)** I a résilié les contrats avec effet immédiat et par courrier du 12 décembre 2019, elle a mis l'**SOC.1.)** (LUX) en demeure de lui payer au titre de l'acompte payé le solde de 122.519,19 euros qui ne se justifierait plus.

Par exploit d'huissier de justice du 11 février 2020, la société **SOC.2.)** I a fait donner assignation à l'**SOC.1.)** (LUX) à comparaître devant le juge des référés aux fins de la voir condamner à lui payer par provision la somme

de 122.520,09 euros, avec les intérêts légaux jusqu'à solde et une indemnité de procédure de 5.000 euros.

L'**SOC.1.)** (LUX) a soulevé d'abord l'incompétence du juge des référés à connaître de la demande en provision, en présence d'une clause d'arbitrage prévue aux contrats du 7 décembre 2018 attribuant compétence pour le règlement des différends entre parties au centre d'arbitrage de la Chambre du Commerce du Grand-Duché de Luxembourg.

Elle a ensuite invoqué avant toute défense au fond l'irrecevabilité de la demande pour cause de libellé obscur.

Elle a contesté le bien-fondé de la demande en provision, soutenant que la société **SOC.2.)** I ne disposerait pas d'une créance certaine, liquide et exigible à son égard. Elle a encore contesté le montant de la créance, estimant que la société **SOC.2.)** I pourrait tout au plus réclamer la somme de 1.755,52 euros, tel que cela résulterait du décompte versé en cause.

Elle a finalement contesté la régularité de la résiliation anticipative, motif pris qu'il ne résulterait d'aucun élément probant du dossier qu'elle aurait failli à ses obligations contractuelles.

Par ordonnance du 24 juillet 2020, un vice-président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement du Président du tribunal légitimement empêché, a reçu la demande, a rejeté les moyens d'incompétence et de nullité, s'est déclaré compétent pour connaître de la demande, a évalué la créance de la société **SOC.2.)** I à la somme de 122.520,09 euros et a condamné l'**SOC.1.)** (LUX) à lui payer la prédite somme, avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde, ainsi qu'une indemnité de procédure de 1.500.-euros sur base de l'article 240 du NCPC.

Par acte d'huissier de justice du 1^{er} septembre 2020, l'**SOC.1.)** (LUX) a régulièrement relevé appel contre l'ordonnance du 24 juillet 2020, lui signifiée en date du 18 août 2020.

Elle demande à la Cour, par réformation du jugement entrepris, de dire que le tribunal des référés est incompétent pour connaître de la demande au vu de la clause d'arbitrage prévue à l'article 20 des contrats litigieux, sinon de déclarer nulle l'assignation pour libellé obscur, sinon de rejeter toutes les prétentions adverses pour être non justifiées. Elle demande à se voir décharger de la condamnation à payer une indemnité de procédure à la

société **SOC.2.) I**, à voir condamner cette dernière à lui payer une indemnité de procédure de 5.000.-euros pour la première instance ainsi que de 5.000.-euros pour l'instance d'appel.

La société **SOC.2.) I** conclut à la confirmation de l'ordonnance entreprise.

Elle fait valoir que la jurisprudence luxembourgeoise admettrait la compétence du juge des référés en présence d'une clause d'arbitrage, sans condition d'urgence, contrairement au droit français. Etant dérogatoire au droit commun, la clause compromissoire devrait s'interpréter restrictivement. Elle porterait uniquement sur le fond de l'affaire et rendrait seulement le tribunal incompetent sur le principal et à défaut de manifestation expresse, on ne saurait déduire de la clause compromissoire la renonciation par les parties à se pourvoir en référé.

Elle fait valoir que l'indication d'une base légale comme fondement de la demande ne serait pas requise au titre de l'article 153 du NCPC et que par ailleurs l'appelante ne se serait nullement méprise sur l'objet de la demande formulée à son encontre.

Quant au bien-fondé de la demande, elle estime que la question de savoir si la résiliation des contrats est abusive ou non relèverait du fond du litige et échapperait ainsi à la compétence du juge des référés. Dans la mesure où les contrats ne pourraient plus recevoir exécution, il serait incontestable que le solde d'acompte payé à hauteur de 122.520,09 euros ne pourrait plus être déduit de futures factures. Il devrait partant être remboursé. A titre subsidiaire, elle conclut à la confirmation des développements de l'ordonnance entreprise quant à la répétition de l'indu et à l'absence de cause de l'acompte réglé.

A défaut de preuve, elle conteste que l'acompte aurait servi à payer les sous-traitants.

Elle conteste finalement l'indemnité de procédure réclamée par l'appelante et conclut à se voir allouer une indemnité de procédure de 3.000.- euros.

Appréciation de la Cour :

Quant à l'exception de compétence tirée de la clause d'arbitrage :

Il est constant en cause que les parties ont entendu soustraire leurs différends à la compétence des tribunaux judiciaires, étant donné qu'aux termes de l'article 20 des deux contrats d'entreprise signés entre parties le 7 décembre 2018, « *tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci seront tranchés définitivement suivant le Règlement d'arbitrage du centre d'arbitrage de la Chambre de Commerce du grand-Duché de Luxembourg par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce Règlement* ».

Tel que relevé à juste titre par le juge de première instance, la jurisprudence luxembourgeoise retient que « *l'attribution de compétence à des arbitres est dérogatoire au droit commun. Pareille clause d'arbitrage doit s'interpréter restrictivement et porter uniquement sur le fond de l'affaire, et on ne saurait en déduire une renonciation par les parties à se pourvoir en référé. Le caractère provisoire des ordonnances de référé rend inopérant les conventions d'arbitrage en matière de référé* » (Bulletin du Cercle François Laurent IV 1989 – Le référé ordinaire en droit luxembourgeois par Emile Penning, n°11 p.14 ; Cour d'appel 3 juin 2009, n°34203 du rôle).

Le principe sus-énoncé se fonde sur trois arrêts des 5 décembre 1988 (n°10606 du rôle), 30 janvier 1989 (n°11039 du rôle) et 25 juin 1991 (n°13074 du rôle). Ces arrêts ont été rendus à la suite de la réforme de la procédure des référés par le Règlement grand-ducal du 25 novembre 1983, lequel est largement inspiré des textes régissant le référé dans le Nouveau code de procédure civile français, l'arrêt du 5 décembre 1988 faisant notamment expressément référence à la jurisprudence française. Il en résulte que la jurisprudence luxembourgeoise en la matière s'oriente largement à la lumière de la jurisprudence française.

Or, tel que relevé par un auteur luxembourgeois (Bulletin du Cercle François Laurent II 1997, Patrick KINSCH, La législation luxembourgeoise en matière d'arbitrage, p 71) si la doctrine française ne conteste guère l'opportunité de la compétence du juge des référés pour ordonner des mesures d'instruction *in futurum*, la question du référé-provision restait discutée à cette époque. « *les auteurs favorables à l'affirmation de la compétence du juge des référés estiment que le référé-provision est de nature à moraliser les relations juridiques en permettant au créancier d'obtenir rapidement un titre sanctionnant l'existence d'une obligation incontestable ; les adversaires de cette compétence font observer que le référé-provision n'est malgré l'apparence, pas une véritable mesure provisoire et que le fait de reconnaître la compétence du juge des référés*

pour allouer une provision au créancier, nonobstant clause compromissoire, entraîne le risque réel que le référé-provision se substitue en fait à l'arbitrage ». L'auteur indiquait encore qu'il existait déjà à l'époque en jurisprudence française une tendance à subordonner à une condition – normalement étrangère à ce type de référé – d'urgence la recevabilité d'une demande en référé-provision en présence d'une clause compromissoire.

Cette exigence que la condition d'urgence soit remplie pour que le recours au référé-provision soit possible en présence d'une clause compromissoire se trouve actuellement fermement ancrée en droit français, étant donné que tant la première et deuxième chambre civile que la chambre commerciale de la Cour de cassation française soumettent, dans le cas d'un litige qui relève au fond d'un tribunal arbitral, le recours au juge des référés à la condition d'urgence que ne requièrent pourtant ni l'ancien article 809 alinéa 2 (équivalent à l'article 933, alinéa 2 du NCPC luxembourgeois), ni l'ancien article 873, alinéa 2 du NCPC français (équivalent à l'article 933, alinéa 1^{er} du NCPC luxembourgeois) (L'arbitrage interne, Panorama de la jurisprudence récente par Jacques ETIENNE, conseiller à la Cour de cassation, article publié sur le site internet de la Cour de cassation française le 25 août 2016).

Actuellement, l'article 1449 du Code de procédure civile français dispose que : *« L'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'Etat aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire. »*

Sous réserve des dispositions régissant les saisies conservatoires et les sûretés judiciaires, la demande est portée devant le président du tribunal judiciaire ou de commerce, qui statue sur les mesures d'instruction dans les conditions prévues à l'article 145 et, en cas d'urgence, sur les mesures provisoires ou conservatoires sollicitées par les parties à la convention d'arbitrage. »

Désormais, la condition d'urgence, exigée auparavant par la jurisprudence, se trouve inscrite dans le texte légal applicable en la matière et la jurisprudence française se montre particulièrement rigoureuse dans l'appréciation de la condition d'urgence en cas de référé-provision (Revue de l'arbitrage 2020, n°2, Observations de Jérôme BARBET, avocat au barreau de Paris, relatives à l'articulation entre l'arbitrage et le référé, analysant les arrêts CA Paris, 26 septembre 2019, CA Paris 26 juin 2019, CA 6 juin 2019, CA Lyon 17 septembre 2019, CA Paris 27 février 2020, CA Limoges 11 avril 2019 et CA Paris 31 octobre 2019).

Il est admis que l'exigence de cette condition de l'urgence conduit à la conciliation des principes qui a priori s'affrontent, à savoir d'une part, le respect de la volonté des parties, lesquelles ont entendu soustraire leurs litiges à une juridiction étatique et d'autre part, la nécessité d'accorder au créancier qui se heurte à la passivité abusive d'un débiteur incontestable d'obtenir par provision une somme dont il est, sans contestation sérieuse, titulaire (Jacques VUITTON et Xavier VUITTON, Les référés, 2^{ième} édition Litec, n°806 et suivants). L'exigence de l'urgence a encore être qualifiée de saine, étant donné que les parties, qui ont dénié toute compétence au juge étatique pour trancher un éventuel litige entre elles, ne sauraient être admises à faire appel à lui, quand bon leur semble, sans qu'une circonstance particulière, empêchant d'attendre une décision arbitrale, puisse le justifier. A défaut d'urgence, il appartient logiquement au créancier de mettre en œuvre la procédure de constitution du tribunal arbitral qu'il a choisi et de lui demander d'intervenir à titre provisoire (Jacques VUITTON et Xavier VUITTON, Les référés, 2^{ième} édition Litec, n°841).

Dès lors qu'en l'espèce, aucune justification plausible de procéder à une différenciation en droit luxembourgeois par rapport au droit français n'est avancée par l'intimée, et dans la mesure où en droit luxembourgeois tant la réforme des textes applicables en matière de référé que la jurisprudence luxembourgeoise s'inspirent des textes et jurisprudences françaises en la matière, il y a lieu de suivre l'évolution du droit français en la matière, afin de concilier les mêmes principes juridiques existant en droit Luxembourg, à savoir, le respect de la volonté des parties, et la nécessité d'accorder au titulaire d'une créance non sérieusement contestable la possibilité de recouvrer rapidement et par provision cette somme.

Il y a en conséquence lieu de retenir que si rien ne s'oppose en droit luxembourgeois à la coexistence de la compétence du juge de référés avec l'existence d'une clause d'arbitrage, cette compétence ne se justifie dans le cadre d'un référé-provision qu'à la condition qu'il y ait urgence pour le juge étatique d'intervenir.

La Cour constate cependant en l'espèce, que l'intimé n'invoque aucune urgence à se voir allouer la provision sollicitée et qu'une telle urgence ne résulte par ailleurs pas des éléments du dossier.

Dans ces conditions, il y a lieu, par réformation de l'ordonnance entreprise, de retenir que la clause d'arbitrage invoquée par l'**SOC.1.)** (LUX) fait obstacle à la compétence du juge des référés à connaître de la demande en provision de la société **SOC.2.)** I et que ce dernier aurait dû se

déclarer incompétent pour connaître de cette demande, en l'absence de preuve que la condition d'urgence se trouve remplie en l'espèce.

Au vu de l'issue du litige, il y a lieu de décharger l'**SOC.1.)** (LUX) de toutes les condamnations intervenues à son encontre en première instance et de faire droit à sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel à concurrence de 1.000.- euro, tandis que la demande de la société **SOC.2.)** I en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel est à rejeter.

PAR CES MOTIFS :

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé, statuant contradictoirement,

déclare l'appel recevable;

le déclare fondé ;

réformant :

dit que le juge des référés est incompétent pour connaître de la demande ;

décharge la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** (LUX) de toutes les condamnations intervenues à son encontre en première instance ;

condamne la société anonyme **SOC.2.)** I à payer à la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** (LUX) une indemnité de procédure de 1.000.- euros pour l'instance d'appel ;

condamne la société anonyme **SOC.2.)** I aux frais et dépens des deux instances.