

-Arrêt civil-

**Audience publique du vingt-sept avril deux mille six.**

Numéros 27695 et 28439 du rôle

Composition:

Georges SANTER, président de chambre,  
Irène FOLSCHEID, premier conseiller,  
Jean-Paul HOFFMANN, conseiller,  
Carmen FRIES, greffière assumée.

I.

Entre:

**A)**, ingénieur, demeurant à L-(...),

**appelant** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Camille FABER d'Esch-sur-Alzette, en date du 10 mars 2003,

comparant par Maître Vincent LINARI-PIERRON, avocat à la Cour à Luxembourg,

et:

**LE SYNDICAT DE LA COPROPRIETE DE LA RES)**, sise à L-(...), représentée par son syndic actuellement en fonctions, la s.à.r.l. IMMOBILIERE SCHEFFEN, inscrite au registre de commerce sous le numéro B 71 209, établie et ayant son siège social à L-5752 Frisange, 6B, rue de Luxembourg, représentée par ses gérants actuellement en fonctions,

**intimée** aux fins du prêt exploit FABER,

comparant par Maître Jean-Paul NOESEN, avocat à la Cour à Luxembourg,

## II.

Entre:

**B)**, indépendant, demeurant à L-(...),

**appelant** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Michelle THILL de Luxembourg, en date du 21 mars 2003,

comparant par Maître Pierre METZLER, avocat à la Cour à Luxembourg,

et:

**1. LE SYNDICAT DE LA COPROPRIETE DE LA RES)**, sise à L-(...), représentée par son syndic actuellement en fonctions, la s.à.r.l. IMMOBILIERE SCHEFFEN, inscrite au registre de commerce sous le numéro B 71 209, établie et ayant son siège social à L-5752 Frisange, 6B, rue de Luxembourg, représentée par ses gérants actuellement en fonctions,

**intimée** aux fins du prêt exploit THILL,

comparant par Maître Jean-Paul NOESEN, avocat à la Cour à Luxembourg,

**2. La société civile immobilière SCI VERLORENKOST**, établie et ayant son siège social à L-8399 Windhof, 9, rue des Trois Cantons, en faillite, représentée par son curateur à la faillite actuellement en fonctions, **Maître Marguerite RIES**, avocat à la Cour, demeurant à L-1027 Luxembourg, 50 avenue de la gare,

**intimée** aux fins du prêt exploit THILL,

**3. C)**, sans profession, demeurant à L-(...), actuellement sans domicile ni résidence connus,

**intimée** aux fins du prêt exploit THILL,

partie défaillante,

**4. A)**, ingénieur, demeurant à L-(...),

**intimé** aux fins du prêt exploit THILL,

comparant par Maître Vincent LINARI-PIERRON, avocat à la Cour à Luxembourg,

**5. D)**, demeurant à L-(...), ci-avant, actuellement à L-(...),

**intimée** aux fins du prêt exploit THILL,

partie défaillante,

**6. E),** demeurant à L-(...), ci-avant, actuellement à L-(...),

**intimé** aux fins du prêt exploit THILL,

partie défaillante,

**7. F),** juriste, épouse de **E),** demeurant à L-(...), ci-avant, actuellement à L-(...),

**intimée** aux fins du prêt exploit THILL,

partie défaillante,

**8. la société anonyme FORTIS BANQUE Luxembourg S.A.,** anciennement BANQUE GENERALE DU Luxembourg S.A., établie et ayant son siège social à L-2951 Luxembourg, 50, avenue J.F. Kennedy, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 6.481, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

**intimée** aux fins du prêt exploit THILL,

comparant par Maître Claude COLLARINI, avocat à la Cour à Luxembourg.

-----

## LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier des 19 et 20 juillet 2001 le syndicat de la copropriété de la **RES**) a fait comparaître la société civile immobilière Verlorenkost, **B), C), A), D), E), F)** et la Banque Générale du Luxembourg devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, pour s'y entendre condamner solidairement, sinon in solidum, sinon chacun pour le tout, sinon chacun pour une quote-part à fixer par le tribunal, à payer à la partie demanderesse la somme de 15.204.232.- francs.

Le syndicat a exposé à l'appui de cette demande que les copropriétaires de la "**RES**)" ont signé avec les six premières parties assignées différents contrats de vente en l'état futur d'achèvement, que les copropriétaires devaient recevoir délivrance des parties communes au plus tard le 15 décembre 1999; que la Banque Générale du Luxembourg a fourni une garantie d'achèvement; que les parties communes de l'immeuble sont dans un état d'achèvement scandaleux; que l'expert Daniel Godfroy, nommé par ordonnance de référé du 26 juin 2000, chiffre le coût total des travaux d'achèvement à 14.204.232.- francs, montant auquel il y a lieu d'ajouter le coût des travaux de coordination, évalué à un million.

Par jugement rendu le 28 novembre 2002 le tribunal a, entre autres, dit recevable la demande en dommages et intérêts dirigée contre la SCI Verlorenkost, **B), A), E)** et la Banque Générale du Luxembourg, a condamné la société civile immobilière Verlorenkost **B), A), E)** et la Banque Générale du Luxembourg solidairement à payer au syndicat de la copropriété de la **RES**) la somme de 210.774,57 euros, a condamné la société civile immobilière Verlorenkost, **B), A)** et **E)** solidairement à payer au syndicat de la copropriété de la **RES**) la somme de 19.397.- euros et a ordonné une expertise complémentaire confiée à l'expert Daniel Godfroy, aux fins d'établir si un drain existe et, dans l'affirmative, d'élucider pourquoi il ne fonctionne pas.

De ce jugement, signifié le 20 octobre 2003 à la seule Banque Générale du Luxembourg, **A)** a relevé appel par exploit d'huissier du 10 mars 2003. **B)** en a relevé appel par exploit d'huissier du 21 mars 2003.

Ces appels, qui sont réguliers en la forme, ont été joints par le magistrat de la mise en état.

Par conclusions notifiées le 10 mars 2005 la Banque Générale du Luxembourg a interjeté appel incident contre le jugement du 28 novembre 2002 en reprochant aux premiers juges de ne pas avoir fait droit à ses conclusions visant à exclusion de la garantie d'achèvement différents postes retenus par l'expert Daniel Godfroy.

La Cour prend acte et tiendra compte, dans les développements qui suivent, de ce que la Banque Générale du Luxembourg est entretemps devenue Fortis Banque Luxembourg.

Le syndicat oppose l'irrecevabilité de l'appel incident pour être formé par voie de conclusions d'intimé à intimé.

Sauf le cas d'indivisibilité du litige, on ne peut interjeter appel incident d'intimé à intimé (E.D. Proc. civ. et comm., éd. 1956, n° 71).

La société Fortis Banque conclut à la recevabilité de son appel incident, soutenant que le litige est en l'espèce indivisible.

Cette partie admet qu'un litige n'est à considérer comme indivisible que lorsque son objet n'est pas susceptible de division, de telle sorte que si l'arrêt à intervenir sur l'appel d'un des cointéressés était contraire au jugement de première instance, il y aurait impossibilité matérielle d'exécuter simultanément le jugement contre une partie non appelante et l'arrêt contre l'appelant. Elle estime toutefois qu'une telle indivisibilité existe en l'espèce étant donné que la responsabilité incombant aux sieurs **B**) et **A**), tout comme celle incombant éventuellement à Fortis Banque sont inextricablement liées à la responsabilité de la SCI Verlorenkost qui, en sa qualité de vendeur en l'état futur d'achèvement de l'immeuble, est le débiteur principal. Il en résulte, selon Fortis Banque, que la caution et les associés ne pourront être condamnés à payer plus que ce à quoi est tenue la SCI Verlorenkost, ce principe résultant de l'article 2013 du code civil qui dit que le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur principal.

Invoquant deux arrêts rendus par la Cour d'appel les 23 octobre 1974 (23,62) et 5 avril 2000 (31,321), Fortis Banque soutient d'autre part que dans ces affaires la Cour a retenu qu'il n'y a pas d'indivisibilité lorsque plusieurs personnes sont actionnées en réparation de fautes concurrentes commises par elle, que dans le présent litige il n'y a pas fautes concurrentes, mais faute unique de la SCI Verlorenkost, de sorte qu'il y a indivisibilité.

En l'espèce l'objet du litige consiste en une somme d'argent à laquelle plusieurs débiteurs ont été condamnés solidairement. Cet objet n'est pas indivisible et l'impossibilité matérielle d'exécution décrite ci-dessus n'existe pas. Il n'y a même pas impossibilité matérielle d'exécuter simultanément un jugement condamnant la caution solidairement avec le débiteur principal au paiement d'une certaine somme et un arrêt qui, sur appel du seul débiteur principal, décharge ce dernier de la condamnation, l'article 2013 du code civil, qui vise le seul engagement de la caution envers le créancier, étant étranger à cette question.

Le résultat serait fâcheux et c'est pour pallier à pareils inconvénients que la jurisprudence fait produire certains effets à la solidarité en matière d'appel. Mais parmi ces effets ne figure pas la possibilité d'interjeter appel incident d'intimé à intimé (voir Cour 5.4.2000, 31,321).

C'est encore à tort que Fortis Banque estime que s'il n'y a pas indivisibilité du litige lorsque plusieurs personnes sont actionnées en réparation de fautes concurrentes, il y en a forcément lorsque la faute donnant lieu à réparation est unique. Ce n'est pas en effet la cause du litige qui est à cet égard déterminante, mais son objet.

Cette partie appelante fait plaider ensuite qu'il a été décidé qu'il y a indivisibilité entre la demande dirigée contre le garanti et celle dirigée contre le garant, de sorte que l'appel interjeté dans le délai par le garanti conserve les droits du garant et

inversement, renvoyant à des décisions citées à l'Encyclopédie Dalloz, Procédure civile, vo Appel, n° 381.

Les données du présent litige sont étrangères à l'hypothèse de l'appel en garantie qui a fait l'objet des décisions invoquées. En effet, la SCI Verlorenkost n'a pas appelé Fortis Banque en garantie pour être tenue quitte et indemne par elle de condamnations prononcées à son encontre, ni d'ailleurs l'inverse, mais Fortis Banque a émis une garantie bancaire en faveur des différents acquéreurs d'appartements dans la **RES**), en s'engageant envers eux, en qualité de caution solidaire du vendeur, à payer, en cas d'inexécution par ce dernier de ses obligations afférentes, les sommes nécessaires à l'achèvement de l'immeuble, et c'est en cette qualité qu'elle a été assignée par le syndicat de copropriété.

Il n'y a donc pas lieu se référer à la matière de l'appel en garantie, encore que les règles y applicables et leurs raisons d'être rejoignent en somme celles qui existent en matière de solidarité (cf. Garsonnet et César-Bru, Proc. civ. 3<sup>e</sup> éd. T. VI, n° 138; Cass. civ. 2.2.1875, D.P. 1875,1,253).

La société anonyme Fortis Banque fait encore valoir que, même au cas où le litige ne serait pas à déclarer indivisible, la solidarité a en tout état de cause pour effet que l'appel régulièrement relevé par l'un des coobligés solidaires profite aux autres et rend recevable l'appel irrégulier ou tardif interjeté par un autre coobligé. Elle en déduit que son appel incident doit être déclaré recevable.

La règle invoquée s'applique au seul appel principal interjeté par un coobligé solidaire. Si ce dernier n'a pas été intimé par son coobligé appelant, il doit interjeter appel principal pour être présent dans l'instance d'appel, et c'est dans cette démarche qu'il profite de l'appel régulièrement relevé par son coobligé. Toutefois cet appel régulier d'un des débiteurs solidaires ne relève les autres de la déchéance qu'ils auraient personnellement encourue de leur droit d'appeler que dans la mesure où leurs exceptions et défenses leur sont communes avec cet appelant.

En l'espèce, Fortis Banque, intimée par l'appel interjeté par **B**), était présente dans l'instance d'appel. Elle aurait pu interjeter un appel principal, en respectant bien entendu les délais, pour faire valoir ses moyens de défense propres mais, étant présente dans l'instance d'appel, elle n'avait pas besoin d'interjeter un appel principal tardif pour se joindre aux moyens de défense de ses deux coobligés appelants. Elle n'avait pas non plus besoin d'interjeter appel incident pour le faire.

La société anonyme Fortis Banque soutient en dernier lieu que l'irrecevabilité opposée à son appel incident par le syndicat se réduit à un simple problème de forme, étant donné qu'il est reproché à la Banque d'avoir interjeté appel incident d'intimé à intimé par voie de conclusions et non un appel principal, c'est-à-dire par voie d'huissier.

L'interdiction de relever appel incident d'intimé à intimé n'est pas un simple problème de forme, respectivement n'est pas à assimiler à un vice de forme d'exploits ou d'actes de procédure soumis à l'article 264 du nouveau code de procédure civile.

L'appel incident de la société anonyme Fortis Banque est partant à déclarer irrecevable.

Fortis Banque fait valoir en ordre subsidiaire qu'il lui est permis de se rallier et de développer les moyens de défense et exceptions qui lui sont communs avec les appelants principaux et elle estime qu'il en est ainsi de tous les moyens invoqués par elle.

Les critiques dirigées par cette partie contre le jugement du 28 novembre 2002 portent sur les montants dont condamnation. Un caractère commun de ces critiques avec celles soulevées par **A)** et **B)** sera analysé lors de l'examen de ce volet des appels.

**B)** reproche aux premiers juges de ne pas avoir accueilli son moyen de nullité de l'exploit d'assignation pour violation de l'article 154 3) du nouveau code de procédure civile et basé sur le fait que le litige est de nature immobilière et que l'assignation ne comporte pas le numéro cadastral ou à défaut les indications utiles à la désignation des immeubles. **A)** déclare se rallier au moyen de **B)**. C'est à juste titre et pour des motifs que la Cour fait siens que les premiers juges ont rejeté ce moyen.

Les appelants reprennent ensuite leur moyen consistant à dire que l'action contre les associés de la SCI aurait dû être précédée d'une action contre la société elle-même.

Le syndicat fait valoir dans ce contexte qu'il résulte de son assignation introductive d'instance que les associés de la SCI ne sont pas principalement assignés en leur qualité d'associés de la société, mais en leur qualité de vendeurs à titre personnel. Selon le syndicat, les associés, ainsi que les dames **C)** et **D)** sont les vendeurs du terrain, tandis que la société Verlorenkost assume le rôle de constructeur, mais le contrat liant les parties au litige est un contrat de vente en état futur d'achèvement, de sorte que les appelants sont également constructeurs-vendeurs des appartements en nom personnel.

Dans l'acte notarié versé par le syndicat à l'appui de son argumentation est d'abord actée la vente d'une part de terrain par les personnes citées ci-dessus, puis il est dit: "A la suite de ladite vente de quotes-parts du terrain, ladite société civile immobilière "VERLORENKOST SCI" dénommée ci-après "le constructeur" déclare vendre en l'état futur d'achèvement ... dans l'immeuble à appartements à construire sur ledit terrain, dénommée "**RES**)" ... (suit la désignation des lots vendus).

Ainsi que l'ont également relevé les premiers juges, c'est le constructeur, donc la SCI Verlorenkost, qui, en page 6 du contrat s'est obligé "à poursuivre les travaux en vue de porter à l'état de complet achèvement le bâtiment dont font partie les locaux vendus". Etant donné que le syndicat conclut à l'allocation de dommages et intérêts pour inexécution de cette obligation, sa demande ne peut être dirigée contre les vendeurs du terrain en leur qualité de vendeurs.

Les premiers juges ont rejeté le moyen des appelants que le syndicat aurait d'abord dû actionner la société avant de se retourner contre les associés, en relevant que le code civil luxembourgeois ne contient pas une disposition identique à celle introduite par la réforme de 1978 dans l'article 1858 du code civil français, aux termes duquel

les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale, et qu'avant cette réforme la jurisprudence permettait également en France aux créanciers de poursuivre, à leur choix, la société ou les associés.

Les appelants reprochent aux premiers juges d'avoir décidé ainsi, soutenant que la société civile, qui s'est vu reconnaître la personnalité morale, est une personne distincte de celle de ses associés, qu'elle dispose d'un patrimoine propre et doit répondre de ses dettes sur les biens sociaux. Il s'en suit, selon les appelants, qui renvoient à un arrêt du 11 mars 1999 (31,124), que le créancier de la société civile doit d'abord réclamer son dû à la société, avant de pouvoir actionner les associés.

D'après l'article 1863 du code civil: *"Les associés sont tenus envers le créancier avec lequel ils ont contracté, chacun pour une somme et part égales, encore que la part de l'un d'eux dans la société fût moindre, si l'acte n'a pas spécialement restreint l'obligation de celui-ci sur le pied de cette part."*

Notre code ne contient pas de disposition analogue à celle de l'article 1858 du code civil français cité par les premiers juges et qui subordonne l'action contre les associés à une poursuite préalable et vaine de la société.

Il est encore exact, ainsi que l'ont relevé les premiers juges, qu'avant l'introduction de ce texte et nonobstant le fait que la personnalité juridique était depuis longtemps reconnue aux sociétés civiles, la doctrine et la jurisprudence françaises s'accordaient pour dire qu'une action contre la société n'était pas un préalable de celle contre les associés.

Ainsi la Cour d'appel de Paris a dit dans un arrêt du 21 octobre 1942 (Gaz. Pal. 1942,2,229) au sujet de la disposition inscrite à l'article 1863 "qu'il est sans importance, en l'espèce, que la jurisprudence ait ultérieurement reconnu la personnalité morale aux sociétés civiles; que l'article 1863 n'a pas été modifié; que l'obligation qu'il édicte est tellement impérative qu'elle ne peut être supprimée ou restreinte même par les statuts sociaux si les créanciers n'ont pas accepté cette modification; que la création de cette personnalité, s'ajoutant aux dispositions inchangées de l'article 1863, n'a pu avoir pour effet que de donner aux créanciers un nouveau débiteur, sans le substituer à ceux tenus en vertu de ce texte ou le faire reconnaître comme obligé avant eux; ... qu'ainsi le créancier peut poursuivre à son choix ... la Société pour sa dette ou les associés conformément à l'article 1863 ..."

Dans un arrêt du 6 février 1969 (D. 1969,434, note Bernard Bouloc) la Cour de Cassation française a adopté la même solution en retenant que, conformément à l'article 1863 du code civil, "l'engagement personnel de l'associé existant concomitamment avec celui de la société, la cour d'appel ... a pu décider que les créanciers ont la faculté «de poursuivre à leur choix la société ou les associés ... »".

Il est à noter que ces deux décisions utilisent le terme "ou" dans le choix reconnu au créancier.

Dans sa note sous l'arrêt du 6 février 1969, Bernard Bouloc dit que, la solidarité entre associés d'une société civile étant exclue par l'article 1862 du code civil, ceux-ci sont

débiteurs conjoints. "Mais s'ils sont tous débiteurs conjoints, ils ne sont certainement pas débiteurs conjointement avec la société. C'est qu'en effet, le créancier peut réclamer le tout à la société et il n'existe aucune division de la dette entre la société et les associés. On comprend mal dès lors, comment ces derniers pourraient être obligés conjointement avec la société."

Dans le litige tranché par notre Cour d'appel dans son arrêt du 11 mars 1999, invoqué par les appelants, le créancier avait fait plus. Il avait assigné la société civile et ses deux associés en réclamant la totalité de sa créance à la société et encore la moitié de sa créance à chacun des associés, ce qui a porté le montant dont condamnation était demandé au double de sa créance.

Dans cet arrêt il est dit que, nonobstant l'absence au Luxembourg de texte analogue à l'article 1858 du code civil français, la reconnaissance de la personnalité juridique à la société civile a pour conséquence que ses créanciers doivent d'abord réclamer leur dû à la société avant de poursuivre les associés.

Il est dit ensuite que même en admettant la possibilité d'une action contre les associés sans poursuivre d'abord la société, il faut retenir qu'en l'espèce le créancier réclame la totalité de sa créance à la société, demande à l'encontre de laquelle cette dernière ne formule pas de contestation, et que toute condamnation à l'encontre de plusieurs débiteurs doit, pour éviter que le créancier ne se voie conférer des droits allant au-delà de ceux qui sont les siens, intervenir, ou conjointement, ou solidairement, à l'encontre des différents débiteurs. Ayant accueilli la demande contre la société, la Cour a dit que dans ces conditions les demandes dirigées contre les associés sont prématurées et les a de ce fait déclarées irrecevables.

La Cour ne rejoindra pas l'arrêt du 11 mars 1999 en ce qu'il a dit que l'action contre les associés doit être précédée d'une action contre la société, estimant ne pouvoir subordonner cette action, telle qu'elle est instituée par l'article 1863 du code civil, à une condition qui n'est pas prévue par la loi et qui ne résulte par ailleurs pas inéluctablement de la reconnaissance de la personnalité morale aux sociétés civiles.

Il est vrai que le syndicat a dirigé son action contre la société Verlorenkost et contre ses trois associés, mais il conclut en ordre principal à la condamnation solidaire de ces quatre parties, de sorte que pour cette demande principale le problème ci-dessus soulevé ne se rencontre pas.

Les premiers juges ont accueilli la demande principale. Ils ont relevé à ce sujet qu'il est admis que doit être considérée comme civile la société dont l'apport unique est fait d'un terrain sur lequel le promoteur construit une résidence dont les lots sont vendus à plusieurs copropriétaires, qu'il résulte en l'espèce des éléments du dossier que la SCI Verlorenkost n'a pas construit sur son propre terrain, mais sur un terrain appartenant à autrui. Ils ont dit qu'aux termes de l'article 2 du code de commerce toute entreprise de construction est réputée acte de commerce et étant donné que la seule activité de la SCI Verlorenkost était de réaliser des constructions sur un terrain ne lui appartenant pas, son activité est nécessairement commerciale.

Les appelants concluent à la réformation du jugement sur ce point. Ils font plaider que la société Verlorenkost est civile de par sa forme et de par ses statuts sociaux,

que l'activité réelle de la société a respecté strictement cet objet social et qu'on ne peut déduire de la seule construction sur terrain d'autrui que la société serait devenue commerciale. Selon les appelants, une telle qualification est contraire aux articles 1 et 2 du code de commerce qui exigent deux conditions, à savoir la réalisation d'actes de commerce et ce à titre habituel, qu'en l'espèce la construction de la **RES**) était un acte isolé et qu'une société civile peut faire l'un ou l'autre acte réputé commercial, sans pour autant être considérée comme société à caractère commercial.

Il résulte des conclusions des appelants que la SCI Verlorenkost, qui a été constituée par acte notarié du 3 février 1995, n'a commencé ses activités qu'en 1998. Au printemps 1998 commence la construction de la **RES**). A la suite de ce projet de construction la SCI Verlorenkost a été déclarée en état de faillite.

Il est vrai qu'une société civile peut faire l'un ou l'autre acte de commerce isolé, du moment que l'activité civile a un caractère principal (Georges Krieger, La société civile immobilière, n° 85; E.D. Civil, La société civile, n° 97).

Les appelants estiment que la construction de la **RES**) était un acte isolé n'ayant pas d'incidence sur le caractère civil de la société. Mais ils sont en défaut de se prévaloir ne fût-ce que d'un seul exemple d'activité civile exercée par la société. La Cour retient donc avec les premiers juges que la construction entreprise en 1998 était l'unique activité de la société, que son activité était donc exclusivement commerciale, raison pour laquelle elle a par ailleurs pu être déclarée en faillite.

Le jugement est encore à confirmer en ce qu'il a retenu que du fait de cette activité exclusivement commerciale les appelants sont indéfiniment et solidairement tenus du passif social.

Dans son acte d'appel **A**) reproche encore aux premiers juges de ne pas avoir prononcé la jonction avec une assignation en intervention dirigée par exploit d'huissier du 7 décembre 2001 contre différents corps de métiers, et il conclut à voir prononcer cette jonction.

Le jugement entrepris est muet au sujet d'une demande de jonction et la Cour n'est par ailleurs pas saisie d'une affaire d'intervention, de sorte qu'elle ne peut autrement examiner ces conclusions, ni à fortiori y faire droit.

Les appelants **B**) et **A**) reprochent aux premiers juges de ne pas avoir retenu qu'il y a eu en l'espèce réception tacite des lieux du fait de la prise de possession sans réserves de leurs appartements par les copropriétaires et de ne pas avoir rejeté la demande en ce qu'elle concerne les vices apparents.

La réception tacite peut résulter de certains actes, comme la prise de possession, le paiement du prix, mais il faut que ces actes, par les circonstances dans lesquels ils sont intervenus, révèlent la volonté d'agrèer.

Les premiers juges ont constaté dans ce contexte que si certains copropriétaires avaient emménagé dans les lieux, l'intégralité du prix n'avait pas été payé et une action en justice a immédiatement été engagée et décidée dès l'assemblée générale

constitutive. Ils ont dit qu'au vu des déficiences extrêmement graves que le tribunal a pu constater sur place, il n'est pas permis d'admettre que les copropriétaires aient voulu renoncer à une quelconque réclamation de ce chef.

La Cour se rallie à cette appréciation.

Il faut d'ailleurs remarquer que lors de sa visite des lieux, le tribunal a constaté qu'au niveau des parties communes les travaux n'étaient dans une large mesure pas achevés. Or, la réception étant le quitus donné à l'entrepreneur de la bonne exécution de son marché, on peut se demander si une réception est concevable avant l'achèvement des travaux. Il a été dit à ce sujet qu'une réception de l'ouvrage avant l'achèvement complet ou avant qu'il ne soit en état d'être reçu, devrait en tout cas être expresse (E.D. Civil, Vo Contrat d'entreprise, n° 343).

C'est à tort que les appelants soutiennent qu'il aurait appartenu aux copropriétaires de demander dès l'entrée dans les lieux qu'un procès-verbal de réception soit dressé et, le cas échéant, émettre des réserves. Il appartient en effet à l'entrepreneur ou au vendeur de demander la réception après l'achèvement des travaux, et non pas au maître de l'ouvrage ou à l'acquéreur de la demander avant l'achèvement pour y acter des réserves. Le syndicat fait par ailleurs valoir à juste titre que les copropriétaires pris individuellement n'ont pas qualité pour réceptionner les parties communes.

Les appelants contestent ensuite les montants retenus par les premiers juges sur base du rapport d'expertise Godfroy.

Ils soutiennent en premier lieu que depuis la visite à base du rapport d'expertise, respectivement postérieurement au dépôt du rapport, de nombreux travaux ont été exécutés.

Le syndicat réplique que ces parties avaient fait les mêmes affirmations en première instance ce qui a amené le tribunal à se rendre sur les lieux pour y constater que rien n'avait été fait.

L'objection des appelants, d'ailleurs non étayée par le moindre élément probant, est à rejeter.

Les appelants font plaider ensuite que, conformément à sa mission, l'expert devait dresser un décompte entre parties, que ce décompte n'a pas été fait et il n'est pas fait état du montant de 4.500.000.- francs redû par les propriétaires et qui aurait dû être retranché des montants fixés par l'expert.

Dans son rapport intermédiaire l'expert Godfroy note dans la rubrique 5.8., concernant le décompte: " Dans cette affaire, l'expert est en fait saisi de trois dossiers. Deux dossiers concernent des parties privatives (M. Kremer, Mme Weis) et ce propre dossier qui ne concerne que les parties communes de la résidence. Maître Jean-Paul Noesen fait état d'un solde redû par les copropriétaires d'un montant de 4.449.000 francs. Apparemment ce solde est global et englobe parties privatives et parties communes, ce qui fait qu'à ce jour il n'est pas possible pour l'expert de faire le tri au niveau du solde redû par les copropriétaires au niveau des parties communes.

Il faut donc que la partie de Maître Noesen transmette à l'expert si cela existe la ventilation des sommes dues (parties communes et parties privatives)."

Dans son rapport définitif l'expert ne s'exprime plus sur ce point.

Les premiers juges ont rejeté l'objection que l'expert n'aurait pas tenu compte de ce solde en relevant que celui-ci n'est payable qu'à l'achèvement des travaux.

Le syndicat, de son côté, soutient que le solde encore redû est largement compensé par les malfaçons dans les appartements individuels. Il fait plaider d'autre part que ce solde auquel aurait droit la SCI Verlorenkost, respectivement actuellement son curateur, ne peut être réclamé par les appelants, qu'il ne peut d'autre part être opposé à une action émanant du syndicat des copropriétaires qui, quant à lui, ne redoit rien à personne.

S'il est vrai que le solde redû à la SCI Verlorenkost n'est payable en principe qu'à l'achèvement des travaux, toujours est-il que la SCI Verlorenkost ne procédera plus à l'achèvement des travaux et que le syndicat de copropriété se voit allouer les sommes nécessaires à cet achèvement à titre de dommages et intérêts.

Il s'en suit, d'une part, que la SCI Verlorenkost, ne procédant plus aux travaux, ne peut pas avoir droit au paiement de ce solde, que partant une créance correspondante ne peut plus tomber dans la masse de la faillite.

Etant donné, d'autre part, que, conformément à l'article 12 de la loi du 16 mai 1975, le syndicat a qualité pour agir en vue de la sauvegarde des droits afférents à l'immeuble, que dans son action en justice le syndicat représente l'ensemble des copropriétaires, le défendeur à cette action doit pouvoir lui opposer des créances qu'il possède contre les copropriétaires représentés par le syndicat.

Enfin, les personnes actionnées ensemble avec ce défendeur en vue de leur condamnation solidaire sont en droit de faire valoir tout élément de nature à réduire la dette de ce défendeur, à condition qu'il soit inhérent à la dette elle-même, ce qui est le cas en l'espèce.

Les appelants peuvent partant se prévaloir à l'encontre du syndicat des soldes encore redus par les différents copropriétaires à la SCI Verlorenkost afin de voir réduire en conséquence les montants dont condamnation à leur encontre.

D'un autre côté, l'action exercée par le syndicat se rapporte aux seules parties communes et, ainsi que le fait remarquer à juste titre l'expert Daniel Godfroy, le solde redû par les copropriétaires doit englober parties privatives et parties communes et il ne peut être opposé au syndicat, agissant ès-qualité, que la part du solde se rapportant aux parties communes.

D'autre part, les copropriétaires individuels qui ont engagé une action en raison d'inexécutions ou de malfaçons se rapportant à leurs parties privatives sont en droit de se prévaloir de ces inexécutions, respectivement malfaçons et d'imputer les montants justifiés leur redus de ce chef sur le solde redu par eux, sans qu'il y ait lieu de distinguer cette fois entre part commune et part privative de ce solde.

Il y a lieu de renvoyer le dossier à l'expert Godfroy afin de déterminer la part du solde redu par les différents copropriétaires se rapportant aux parties communes après déduction, jusqu'à due concurrence, des soldes redus par les copropriétaires qui ont des revendications justifiées à l'encontre du constructeur, les parties étant invitées à faire parvenir à l'expert les pièces nécessaires à l'accomplissement de sa mission.

Les appelants reprennent ensuite leurs critiques déjà adressées en première instance à l'expert et consistant à dire que celui-ci n'a pas indiqué comment il a évalué les travaux à réaliser et n'a fourni aucun devis estimatif des travaux préconisés.

Les premiers juges ont rejeté ces critiques au motif qu'il aurait appartenu aux défendeurs de contester de manière circonstanciée les calculs en établissant que les montants retenus sont surfaits, que les défendeurs se bornant à se demander si les calculs ne seraient pas éventuellement surfaits, leur contestation n'est pas valable. Les premiers juges sont à confirmer sur ce point.

Les appelants soutiennent d'autre part que c'est à tort que les premiers juges ont entériné les conclusions de l'expert en ce qu'il a retenu un montant de 1.900.000.- francs pour la construction d'un local poubelles qui, selon eux, n'a jamais été prévu. Ils sont rejoints sur ce point par Fortis Banque.

Le syndicat conteste qu'un local poubelles n'ait pas été prévu. Il fait valoir qu'au début ce local devait être installé au deuxième sous-sol, que la Commune de Luxembourg ayant ensuite décidé de faire desservir la résidence non pas par de petites poubelles, mais par de gros conteneurs sur roulettes qu'il est impossible de mettre dans un ascenseur normal, les architectes ont changé les plans de sorte à prévoir un local poubelles derrière la rampe de garage.

A l'appui de ses affirmations le syndicat verse un plan, reçu selon lui par un des derniers acquéreurs d'appartement, sur lequel figure effectivement un local poubelles derrière la rampe de garage.

Dans le jugement du 28 novembre 2002 il est dit à ce sujet que "le tribunal a par ailleurs pu se rendre compte sur place que parmi les innombrables déchets qui entourent la résidence se trouvaient notamment les panneaux en béton destinés à la construction de ce local."

Les appelants n'ont pas autrement rencontré les affirmations du syndicat et constatations des premiers juges, ni versé des pièces de nature à les contredire, de sorte que cette contestation reste non fondée.

La société Fortis Banque fait plaider que le local à poubelles ne rentre pas dans le champ d'application des garanties d'achèvement, étant donné qu'au moment où celles-ci ont été délivrées par la banque, les plans de construction et la notice descriptive des travaux ne prévoyaient pas le local à poubelles dont la construction est actuellement réclamée, mais mentionnaient un local à poubelles dans le bloc B au sous-sol -2 de la résidence et que c'est sur base de ces plans et de cette note descriptive que la banque s'est engagée.

Ce moyen de défense de Fortis Banque n'est pas commun aux appelants **B)** et **A)**, mais constitue un moyen purement personnel à la banque qu'il ne lui est pas permis d'invoquer.

Les appelants soutiennent encore que dans son rapport l'expert Godfroy fait état de constats concernant des parties privatives, en l'occurrence la cave Da Silva, que de telles constatations sont à écarter, la mission de l'expert ayant porté uniquement sur les parties communes.

Dans la description des problèmes d'infiltration existant au sous-sol du bâtiment B, l'expert dit "Le sol des couloirs, lingerie commune, local commun et caves privatives sont très humides et quoique cela ne concerne pas les parties communes, l'expert a constaté au niveau de la cave "**CAVE)**" que l'eau était pratiquement à la surface du carrelage." L'expert en déduit qu'il y a probablement un problème au niveau du drain, ce qui a amené le tribunal à ordonner à ce sujet un complément d'expertise. Les conclusions ci-dessus des appelants sont donc dépourvues de pertinence.

Les appelants contestent la nécessité d'un budget de coordination pour les travaux restant à faire, respectivement le montant de 7.500.- euros retenu à ces fins par les premiers juges. Ceux-ci sont cependant à confirmer sur ce point pour les motifs par eux énoncés.

La société Fortis Banque conclut à voir déduire des montants dont condamnation à son encontre les postes façade côté garage, commande poste garage, alimentation TV et aménagements extérieurs au motif que les travaux y relatifs ne rentrent pas dans le champ d'application de la garantie d'achèvement. Ces conclusions, qui sont encore personnelles à la banque, ne peuvent être accueillies.

Les appelants **B)** et **A)** reprochent enfin aux premiers juges d'avoir prononcé l'exécution provisoire de leur jugement, concluant à la réformation sur ce point.

D'après l'article 590 du nouveau code de procédure civile: "Si l'exécution provisoire a été prononcée hors les cas prévus par la loi, l'appelant pourra obtenir des défenses à l'audience, sur assignation à bref délai ...".

La même condition, à savoir exécution provisoire prononcée hors les cas prévus par la loi, doit être remplie si l'appelant demande la réformation du jugement sur ce point (E.D. Codes annotées, Code de procédure civile, art. 459, nos 1 s).

Les appelants soutiennent dans ce contexte que la mesure n'est ni nécessaire, ni utile et déclarent contester que les conditions de la mesure soient réunies, sans cependant justifier qu'elle aurait été prononcée en dehors des cas prévus par la loi. La Cour constate par ailleurs qu'elle a été ordonnée par une décision motivée en conformité des dispositions de l'article 244 du nouveau code de procédure civile. Elle ne peut donc faire droit à ces conclusions.

Par conclusions prises le 9 septembre 2004 le syndicat relève qu'il s'est avéré au cours de l'expertise complémentaire ordonnée par les premiers juges que la partie adverse n'a pas exécuté la couche principale de l'étanchéisation des terrasses, que

ce poste n'a pas été inclus dans le premier rapport de l'expert Godfroy et que suivant devis de l'entreprise Balthasar le coût afférent se chiffre à un total de 302.284,16 euros. Le syndicat déclare augmenter sa demande en condamnation solidaire, également de Fortis Banque, à concurrence de ce montant.

La société Fortis Banque oppose l'irrecevabilité de cette demande pour être nouvelle en appel. Elle fait encore valoir que le syndicat a formulé la même demande par voie de conclusions notifiées le 1<sup>er</sup> mars 2004 dans le cadre de la première instance toujours pendante.

Le syndicat déclare que cette demande n'a été formulée devant le tribunal où la procédure est toujours pendante qu'à titre purement conservatoire. Il estime cependant qu'en vertu de l'effet dévolutif de l'appel, c'est en ordre principal la Cour qui doit en connaître.

L'effet dévolutif de l'appel ne porte que sur ce qui a été jugé par les premiers juges et non pas sur ce qui est demandé aux premiers juges et non encore jugé par eux (RPDB, Appel en matière civile et commerciale, n° 305 s.).

Etant donné que ce volet de la demande est pendant devant les premiers juges, ensemble d'ailleurs avec l'examen du résultat de la mesure d'instruction ordonnée par eux, la Cour ne peut en connaître.

Maître Marguerite Ries, curateur de la faillite SCI Verlorenkost et **C)** n'ont pas constitué avocat et n'ont pas été assignées à personne, de sorte qu'il y a lieu de statuer par défaut à son égard.

**D)**, qui n'a pas non plus constitué avocat, a été assignée à personne et il y a lieu de statuer contradictoirement à son égard.

#### **Par ces motifs :**

la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière civile, statuant par défaut à l'égard de Maître Marguerite Ries, curateur de la faillite de la SCI Verlorenkost et de **C)**, contradictoirement à l'égard des autres parties et sur le rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit l'appel de **A)** et de **B)**;

dit irrecevable l'appel incident de la société anonyme Fortis Banque Luxembourg;

confirme le jugement entrepris en ce qu'il a dit la demande en dommages et intérêts recevable pour autant qu'elle est dirigée contre la SCI Verlorenkost, **B)**, **A)**, **E)** et la Banque Générale du Luxembourg, actuellement Fortis Banque Luxembourg;

avant tout autre progrès en cause,

nomme expert Monsieur Daniel Godfroy, architecte, demeurant à L-1330, 44, boulevard Grande Duchesse Charlotte, avec la mission:

*de déterminer la part des soldes redus par les différents copropriétaires de la **RES**) qui se rapporte aux parties communes, après déduction, jusqu'à due concurrence, des soldes redus par les copropriétaires qui ont fait valoir des revendications justifiées à l'encontre du constructeur en raison de malfaçons, respectivement inachèvements affectant leurs parties privatives;*

ordonne à **A)** et à **B)** de consigner chacun au plus tard le 26 mai 2006 la somme de 500.- euros à titre de provision à valoir sur la rémunération de l'expert à la Caisse des Consignations 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;

charge Madame le premier conseiller Irène Folscheid 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 avvertir ledit magistrat et ne continuer ses opérations qu'après 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 que l'expert devra déposer son rapport au greffe de la Cour le 29 septembre 2006 au plus tard;

réserve les frais.