

**Arrêt N° 57/18 - IX - COM**

**Audience publique du vingt-six avril deux mille dix-huit**

**Numéro 43321 du rôle**

Composition:

Eliane EICHER, président de chambre,  
Alain THORN, premier conseiller,  
Danielle SCHWEITZER, premier conseiller,  
Josiane STEMPEL, greffier.

**E n t r e :**

la société à responsabilité limitée **A**), établie et ayant son siège social à (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro (...), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

**appelante** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Véronique REYTER, en remplacement de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch-sur-Alzette, du 20 janvier 2016,

comparant par Maître François COLLOT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**e t :**

**B**), avocat, demeurant à (...), pris en sa qualité de curateur de la faillite de la société de droit allemand C), ayant eu son siège social à (...), inscrite au registre de commerce de l'Amtsgericht Saarbrücken sous le numéro (...),

**intimé** aux fins du prédit exploit,

comparant par la société à responsabilité limitée LOYENS & LOEFF Luxembourg S.à r.l, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, représentée aux fins de la

présente par Maître Véronique HOFFELD, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

## LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier de justice du 30 décembre 2014, B), en sa qualité de curateur de la faillite de la société de droit allemand C) (ci-après « C) ») a fait donner assignation à la société à responsabilité limitée A) (ci-après « A) ») à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, aux fins de la voir condamner à lui payer le montant de 96.514,03 euros avec les intérêts légaux à compter de la demande en justice, jusqu'à solde outre une indemnité de procédure de 1.000 euros.

C) faisait valoir qu'elle est une entreprise faisant le commerce et la pose d'armatures en fer, qu'elle a été déclarée en état de faillite par jugement rendu le 18 juillet 2011 par le Amtsgericht Saarbrücken, qu'elle a été chargée en 2010 par A) de la livraison et de la pose d'armatures en fer comme sous-traitant dans le cadre de la réalisation du chantier « *Liaison Micheville Central Gate Phase 5* », que le contrat entre parties était un marché dit « à bordereau de prix », que les factures étaient établies au fur et à mesure de l'avancement des travaux sur la base des métrés et qu'elles étaient payables sous déduction d'une retenue de garantie de 10% du montant des factures, que le chantier avait pris fin en juin 2011, avec une livraison et une pose totalisant 1.391.000 kg pour les armatures en fer et 2.411,37 kg pour les treillis, suivant facture finale n° 2157 du 15 juin 2011.

Selon C), sa créance envers la partie adverse comporterait deux volets, à savoir, d'une part, une créance de 92.059,47 euros, du chef de déductions opérées au titre de garantie sur les factures numéros 1231 à 2157 spécifiées dans son exploit introductif d'instance et, d'autre part, une créance de 15.956,15 euros, du chef d'une facture numéro 2157 du 15 juin 2011, restée impayée.

Du total de ces deux sommes, il conviendrait de déduire les montants de 8.501,59 euros au titre de « *surcoût* » et de 3.000 euros au titre de « *frais de grue* », montants dont C) se reconnaît redevables envers A) dans un courriel daté du 4 juillet 2011.

Il resterait partant un solde de 96.414,03 euros à charge de A).

Selon C), la facture finale aurait été vérifiée et acceptée par A). Entre l'émission de la facture finale et la mise en faillite, des réunions entre parties auraient eu lieu, ainsi que cela résulterait d'un courriel du 4 juillet 2011 dans lequel le gérant de C) demande à A) de libérer les montants retenus à titre de garantie, tout en rappelant qu'il y aurait accord sur les montants restant dus. Or, A) n'aurait jamais réagi à ce courriel de sorte qu'elle en aurait accepté le contenu, le silence valant acceptation en matière de correspondance commerciale.

La demanderesse faisait encore valoir que le curateur de la faillite de C) avait informé les créanciers et débiteurs connus de la déclaration en état de faillite de C), que A) figurait parmi les entités informées, que le 29 juillet 2011, A) avait envoyé à C) une facture à hauteur de 78.100 relative à la mise à disposition d'une grue, que le curateur avait contesté cette facture au motif que la facturation d'une telle prestation ne correspondait pas à ce qui avait été convenu entre parties et que A) n'avait finalement déposé aucune déclaration de créance dans le cadre de la faillite C).

La partie adverse serait dès lors malvenue de réclamer quoique ce soit à C).

A) demandait au tribunal, à titre principal, de dire la demande de C) non fondée. Elle considérait qu'en l'absence de réception définitive des travaux de C), les montants retenus à titre de garanties n'étaient pas exigibles de sorte que la demande de C) devait être rejetée, par application de l'article 7 du contrat de sous-traitance conclu entre parties.

A titre subsidiaire, dans l'hypothèse où la demande principale de C) serait déclarée fondée, A) formait plusieurs demandes reconventionnelles tendant au remboursement de frais supplémentaires engendrés, selon elle, par des retards imputables à C) dans l'exécution des travaux.

Par jugement rendu le 19 novembre 2015, le tribunal a déclaré la demande recevable et partiellement fondée. Il a condamné A) à payer à C) la somme de 91.600,54 euros avec les intérêts légaux à compter du 30 décembre 2014 jusqu'à solde. Le tribunal a, d'autre part, déclaré recevable, mais infondée la demande reconventionnelle. Enfin, il a alloué à C) une indemnité de procédure de 1.000 euros.

Pour statuer ainsi, la juridiction du premier degré a considéré, concernant la demande principale, que l'absence de réception n'était due qu'à l'omission de A) de donner suite à une demande afférente de C) et, concernant la demande reconventionnelle, que A) n'établissait

pas que les différents chefs de préjudice invoqués étaient imputables à C).

Par exploit du 20 janvier 2016, A) a régulièrement relevé appel de ce jugement qui lui avait été signifié le 23 décembre 2015 par C).

L'appelante demande à la Cour de réformer la décision entreprise, de débouter C) de l'ensemble de ses prétentions, et de déclarer fondée la demande reconventionnelle.

En ordre subsidiaire, elle demande à la Cour de faire droit à une offre de preuve par témoins tendant à établir la véracité des affirmations formulées au soutien de sa demande reconventionnelle.

L'appelante fait valoir que, dans un courrier du 4 octobre 2010, elle rendait déjà la partie adverse attentive aux retards dans l'exécution de sa mission contractuelle et aux frais supplémentaires (surcoûts) occasionnés de ce fait, s'élevant à un montant total évalué à 8.501,50 euros, pour lequel elle réclamait l'émission de notes de crédit.

Cette dernière n'aurait jamais émis de note de crédit, mais aurait spontanément déduit ce même montant de sa demande initiale.

D'autre part, l'appelante aurait par la suite dû exposer des frais de location de grue d'un montant total de 78.100 euros.

L'appelante estime que c'est à tort que le tribunal a déclaré fondée la demande principale de C) au motif que l'absence de réception du chantier invoquée par A) pour refuser la libération des garanties serait, selon le tribunal, imputable à A), cette dernière n'ayant pas réagi à une demande de réception formulée par C) dans un courriel du 4 juillet 2011.

L'appelante soutient que ce courriel ne saurait être interprété comme une demande d'établir une réception des travaux finalisés. L'intimée n'aurait demandé que la libération des garanties en raison de sa situation financière catastrophique et non la réception des travaux dont il s'agit.

Pour qu'une réception ait pu avoir lieu, les travaux auraient dû être terminés par C), ce qui n'aurait cependant pas été le cas, A) ayant dû achever les travaux incombant à la partie adverse, dont les frais sont réclamés dans le cadre de la demande reconventionnelle.

Quant à la demande reconventionnelle que l'appelante demande à la Cour d'accueillir par réformation de la décision entreprise, elle expose que celle-ci comprend trois postes.

Il s'agit, en premier lieu, des frais de location de grue pour un montant de 78.100 euros HTVA.

En vertu du seul document contractuel liant les parties, à savoir le contrat de sous-traitance, le sous-traitant devrait assumer tous les frais liés aux travaux sous-traités et notamment les frais de fourniture et de mise en œuvre du matériel (article 4.2) et la décharge des armatures incomberait *expressis verbis* au sous-traitant (article 5).

En vertu du contrat, C) aurait partant dû décharger les armatures livrées avec son propre camion grue et par ses propres soins.

Or, la partie adverse n'aurait jamais disposé d'un camion grue pour effectuer le travail requis et l'appelante aurait souvent dû mettre à disposition son propre camion grue et ses propres ouvriers pour effectuer les travaux de décharge incombant à l'intimée.

Ce serait dans ce contexte que le courrier du 4 octobre 2010 renseignerait des heures supplémentaires.

Ce courrier n'aurait jamais fait l'objet de contestation de sorte qu'il y a aurait lieu de le considérer comme accepté.

En outre A) aurait dû recourir, à plusieurs reprises, à la société D) pour la location de grues en urgence, en raison de la défaillance de C).

Il s'agit, en second lieu, des frais de personnel pour un montant de 11.101,61 euros HTVA.

C) aurait abandonné le chantier au courant du mois de juillet 2011. A) aurait alors dû réaliser dans le courant des mois d'août, septembre et octobre 2011, par son propre personnel, la pose des nombreuses armatures livrées par C) et non encore posées.

Il s'agit, en troisième lieu, des indemnités de retard pour un montant de 23.000 euros.

Les travaux auraient dû être terminés en juin 2011. Or, l'intimée aurait abandonné le chantier en juillet de la même année, et les travaux promis par C) n'auraient pu être terminés par A), agissant en remplacement de l'intimée, que le 31 octobre 2011.

Pour chacun des trois postes susmentionnés, les frais invoqués seraient documentés par les pièces versées en cause. La réalité de ces frais et leur prise en charge par C) résulteraient des attestations testimoniales versées en cause et pourraient être prouvées par l'audition des témoins indiqués dans l'acte d'appel.

L'appelante ajoute que ce moyen de preuve est admissible puisque la matière du litige est commerciale et oppose deux commerçants.

Quant aux moyens opposés par A) à la demande principale, l'intimée fait valoir qu'ils sont à rejeter comme infondés.

L'intimée fait valoir que le contrat versé en cause par la partie adverse n'a pas été signé ni autrement accepté.

Par ailleurs, le contrat versé en cause contiendrait les numéros de référence de deux contrats différents et indiquerait, à la page 2, que le marché a pour objet des « *travaux d'asphalte* ».

L'intimée affirme que les travaux lui incombant auraient été entièrement terminés en juin 2011, « *échéance normale d'achèvement des travaux* ». Il n'existerait pas un début d'élément de preuve pour étayer l'abandon de chantier allégué par l'appelante.

Il n'y aurait certes pas eu réception formelle des travaux litigieux valant agréation, mais il y aurait eu une réception tacite qui se dégagerait des circonstances de l'espèce.

C'est ainsi que C) aurait adressé à l'appelante une facture de clôture (« *Schlussrechnung* ») en date du 15 juin 2011. Or, l'appelante n'aurait jamais protesté contre la qualification de facture de clôture, se contentant de demander une note de crédit pour le montant de 3.163,70 euros, du chef de matériaux livrés mais non posés.

Par ailleurs, un courriel adressé le 4 juillet 2011 par C) à A) faisant état de pourparlers d'arrangement au sujet des frais dont le remboursement est demandé par A) et de la demande de libération des garanties, n'aurait pas été contesté par A).

Il y aurait partant acceptation de la correspondance commerciale et acquiescement au sujet de l'affirmation qu'un accord avait été trouvé sur les points en discussion et qu'en conséquence la libération des garanties devait intervenir incessamment.

L'absence de réception serait dès lors pleinement imputable à A) ainsi que le tribunal l'aurait relevé à juste titre.

Quant à la demande reconventionnelle de A), l'intimée fait valoir, en premier lieu, que l'appelante n'aurait jamais présenté de déclaration de créance au curateur de la faillite C) alors pourtant qu'elle avait été informée de l'ouverture d'une procédure de faillite dès le mois de juillet 2011.

C) se prévaut du règlement CE n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité dont il résulterait que les décisions judiciaires en la matière sont reconnues immédiatement dans les autres Etats parties et que la loi applicable à la procédure d'insolvabilité ou *lex concursus* régit les effets de ladite procédure sur les poursuites individuelles.

Or, la loi allemande, loi applicable en l'espèce à la faillite de l'intimée, ferait obligation aux créanciers de faire une déclaration de créance auprès du curateur de la faillite.

Ce ne serait qu'en cas de contestation de la part du curateur que le créancier pourrait engager une procédure en vue de la reconnaissance de sa créance.

A défaut d'une telle déclaration de créance dans la faillite C), il y aurait lieu de déclarer irrecevable la demande reconventionnelle présentée par A).

En ordre subsidiaire, C) demande à la Cour de déclarer la demande reconventionnelle infondée, par confirmation du jugement déféré.

Concernant les frais de grue, C) soutient que les parties étaient convenues de la gratuité de l'utilisation de la ou des grues de A). Ceci aurait toujours été l'une des conditions contractuelles entre parties, à l'occasion des multiples chantiers sur lesquels ils auraient coopéré. A aucun moment, A) n'aurait signalé à C) le moindre changement concernant les conditions d'utilisation des grues et les frais y relatifs.

L'intimée estime que rien dans le contrat de sous-traitance ne permettrait d'inférer que les frais de grue auraient été mis à charge de l'intimée.

L'appelante ne disposerait pas du moindre élément probant permettant de retenir que C) aurait abandonné le chantier avant d'avoir achevé les travaux auxquels elle s'était engagée.

Les attestations testimoniales et l'offre de preuve par témoins dont se prévaut l'appelante devraient être écartées aux motifs, premièrement,

qu'aucun élément du dossier n'étayerait les affirmations y contenues et, deuxièmement, que celles-ci ne seraient ni pertinentes ni concluantes, en l'absence de pouvoir du chef de chantier de C) aux fins de prendre les engagements invoqués.

Quant à la demande en paiement de l'indemnité de retard, l'intimée demande son rejet aux motifs que pareil retard n'aurait pas été constaté, qu'il laisserait d'être prouvé, et que l'affirmation selon laquelle pareil retard serait imputable à l'intimée laisserait pareillement d'être établie.

Enfin, C) s'oppose à toute compensation judiciaire pour le cas où la demande en paiement de A) serait déclarée fondée, en tout ou en partie, en raison de la suspension des poursuites individuelles et l'interdiction de toute violation du principe d'égalité entre les créanciers chirographaires prévue par la loi allemande, après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

### **Appréciation de la Cour**

Les exigences de sécurité et de rapidité qui président aux transactions commerciales impliquent que soit réduit au minimum, entre commerçants, le temps durant lequel une des parties pourra mettre en doute la véracité des affirmations de l'autre au sujet de l'existence et des modalités de leurs obligations réciproques. Il existe une obligation morale de protester de la part du commerçant contre lequel est dirigée une affirmation inexacte impliquant une obligation de sa part. C'est pourquoi l'acceptation de la teneur de la correspondance commerciale par le silence du destinataire des lettres est couramment admise. Le silence s'interprète alors comme un acquiescement (cf. A. Cloquet, La facture, éd. Larcier, n° 444-445 ; J. Van Ryn et J. Heenen, Principes de droit commercial, tome III, éd. Bruylant, n° 1222).

Il est constant en cause qu'après la fin de l'intervention de l'intimée sur le chantier « *Liaison Micheville, Central Gate Phase 5* » et la réception par l'appelante d'une facture datée du 15 juin 2011, intitulée en caractères gras « *Schlussrechnung* » (cf. pièce n° 48 du classeur de Me Dupong), ce qu'il est permis de traduire par les expressions « *facture finale* » ou « *facture de clôture* », une réunion de pourparlers s'est tenue entre les parties au litige le vendredi 1<sup>er</sup> juillet 2011.

En date du lundi 4 juillet 2011, l'intimée a adressé un courriel à l'appelante (cf. pièce n° 3 de la farde de Me COLLOT), dans lequel elle se réfère à ladite réunion et résume les points essentiels de l'accord intervenu.

L'intimée y fait état, à sa charge, des montants susmentionnés de 8.501,59 euros, au titre de « *surcoût* » et de 3.000 euros, au titre de « *frais de grue* » et, en contrepartie, à charge de la partie adverse, de la libération des retenues de garantie.

En ce qui concerne lesdites retenues de garantie, le seul point d'interrogation soulevé par l'intimée concerne la date de leur libération.

L'appelante ne justifie pas d'une contestation précise de la teneur du courriel du 4 juillet 2011 ni de circonstances propres à expliquer que le silence prolongé gardé suite à la réception de ce courriel s'explique autrement que par une acceptation des affirmations y contenues concernant les obligations respectives de C) et de A).

La contestation opposée en cours d'instance, relative au défaut de réception définitive des travaux de l'intimée, conformément aux exigences de l'article 7 du contrat conclu entre parties, est à rejeter.

En effet, outre que pareille contestation est à écarter comme tardive, l'appelante reste en défaut d'établir que la condition dont elle se prévaut - la nécessité d'une réception définitive des travaux de l'intimée - eût fait partie du contrat conclu avec cette dernière relativement au chantier en cause, car force est de constater que le contrat versé par l'appelante ni pas signé ni paraphé par l'intimée.

D'autre part, les pages composant l'exemplaire versé par l'appelante ne renseignent pas, sur chaque page, un numéro de référence identique, puisque la page 2, sur laquelle figure la précision qu'il s'agit du chantier « *Liaison Micheville - Central Gate Phase 5* », renseigne le numéro de référence 03/2010-5735 tandis que les autres pages, et notamment celle sur laquelle figure l'article 7 invoqué par l'appelante, renseigne un numéro de référence différent, à savoir 02/2011 – 5735.

En conséquence, le jugement dont appel est à confirmer en ce que la demande en paiement de C) a été déclarée fondée.

En ce qui concerne la demande en paiement formée par A), il y a lieu de relever que, malgré les informations portées à sa connaissance quant à l'ouverture de la faillite de C) et la nécessité de procéder, le cas échéant, par voie de déclaration de créance entre les mains du curateur de la faillite, A) ne justifie pas d'une déclaration de créance reprenant ses revendications actuelles.

Par ailleurs, l'appelante reste en défaut d'établir, d'une part, que C), loin d'accomplir sa mission contractuelle en juin 2011, aurait abandonné le chantier en juillet 2011, occasionnant de ce fait à l'appelante des frais

supplémentaires de personnel et des indemnités de retard et, d'autre part, que les frais de décharge des armatures eussent été à charge de l'intimée conformément aux articles 4 et 5 de l'exemplaire du contrat versé par l'appelante, compte tenu du défaut de preuve de leur acceptation relevé ci-dessus.

Aux termes de l'article 351, alinéa 2 du Nouveau Code de procédure civile, « *en aucun cas, une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve* ».

Par carence, il y a lieu d'entendre l'abstention d'une partie à apporter à l'administration de la preuve d'un fait qu'elle allègue le concours qu'elle a la possibilité de fournir. La mesure d'instruction présente, en effet, un caractère subsidiaire (cf. Jurisclasseur, Procédure civile, fasc. 634, 2013, n° 27)

La pertinence de la demande en institution d'une mesure d'instruction s'apprécie au regard des possibilités qui s'offrent par ailleurs au demandeur d'obtenir les éléments de preuve invoqués au soutien de ses prétentions.

Il est rappelé que A) conteste avoir contracté l'engagement de prendre en charge les frais de grue et de démontage auxquels se réfère la demande reconventionnelle formée par A), frais dont elle affirme qu'ils auraient toujours été à charge de A) à l'occasion des chantiers précédents.

Bien que A) se prévale d'un contrat écrit conclu avec C) dans le cadre du chantier en cause, elle ne verse pas aux débats un contrat valant preuve des relations contractuelles litigieuses pour les motifs énoncés plus haut.

Par ailleurs, A) n'a pas opposé de contestation écrite au courriel reçu en date du 4 juillet 2011 ni adressé, par la suite, à son cocontractant des revendications précises concernant les préjudices qu'elle a invoqués pour la première fois en 2015, dans le cadre de sa demande reconventionnelle, pas même par voie de déclaration de créance après réception du courrier qui lui avait été adressé par le curateur de la faillite.

Il en est de même du poste relatif aux indemnités de retard, A) n'ayant formé sa demande afférente que plusieurs années après la fin du chantier sans avoir, au préalable, adressé à C) des revendications indemnitaires chiffrées ni opposé une contestation précise au courriel

du 4 juillet 2011, entre autres concernant la qualification de « Schlussrechnung ».

Les attestations testimoniales E) et F) ainsi que l'offre de preuve par témoins dont se prévaut l'appelante sont à écarter comme n'étant étayées par aucun élément probant que l'appelante avait pourtant la possibilité de fournir, et comme n'étant ni pertinentes ni concluantes, eu égard au défaut de pouvoir du chef de chantier de C) aux fins de prendre les engagements litigieux au nom et pour compte de ladite société.

Il suit de ce qui précède que le jugement est également à confirmer en ce qu'il a rejeté la demande reconventionnelle en paiement de A).

Il est rappelé que le tribunal a condamné A) à payer à C) une indemnité de procédure de 1.000 euros.

L'appelante demande à être déchargée de la condamnation prononcée à son encontre sur base de l'article 240 NCPC et conclut à l'allocation d'une indemnité de procédure de 1.000 euros pour la première instance et de 2.500 euros pour l'instance d'appel.

L'intimée conclut à la confirmation, sur ce point, du jugement entrepris et réclame l'allocation d'une indemnité de procédure de 3.000 euros pour l'instance d'appel.

Chacune des parties conclut au débouté de la demande adverse.

Comme l'appelante succombe à l'instance et devra supporter la charge des dépens, il y a lieu de la débouter de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour la première instance et l'instance d'appel.

Eu égard à l'issue du litige, il convient de confirmer la condamnation intervenue de ce chef en première instance et d'allouer à C) une indemnité de procédure d'un montant identique pour l'instance d'appel.

## PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit l'appel,

le dit non fondé,

confirme le jugement entrepris,

condamne la société à responsabilité limitée A), à payer à la société de droit allemand C), en faillite, représentée par son curateur, B), une indemnité de procédure de 1.000 euros pour l'instance d'appel,

déboute la société à responsabilité limitée A), de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour la première instance et pour l'instance d'appel,

condamne la société à responsabilité limitée A) aux frais et dépens de l'instance et en ordonne la distraction au profit de Me Henri DUPONG, sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Eliane EICHER, président de chambre, en présence du greffier Josiane STEMPER.