- Arrêt civil -

Audience publique du treize décembre deux mille sept.

Numéros 31208 et 31324 du rôle.

Composition:

Irène FOLSCHEID, premier conseiller, président,
Monique BETZ, premier conseiller,
Astrid MAAS, conseiller,
Fabio SPEZZACATENA, greffier assumé.

I.

Entre :

X.), exploitant en nom personnel sous la dénomination l'ATELIER DE CONSTRUCTIONS METALLIQUES **X.**), établi et ayant son siège social à L-(...), (...),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Josiane GLODEN en remplacement de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch-sur Alzette en date du 14 avril 2006,

comparant par Maître Marianne GOEBEL, avocat à la Cour à Luxembourg,

et :

1. la société à responsabilité limitée SOC1.), anciennement SOC1'.) **CONSULT**, établie et ayant son siège social actuellement à L-(...), (...), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit GLODEN,

comparant par Maître Marc KLEYR, avocat à la Cour à Luxembourg,

2. l'ADMINISTRATION COMMUNALE DE LIEU1.), établie en la Mairie de **LIEU1.)** à L-(...), (...), représentée par son Collège de Bourgmestre et Echevins actuellement en fonctions, assignée en la personne de son Bourgmestre,

intimée aux fins du susdit exploit GLODEN,

comparant par Maître Victor GILLEN, avocat à la Cour à Luxembourg.

II.

Entre :

la société à responsabilité limitée SOC1.), anciennement SOC1'.)
CONSULT, établie et ayant son siège social actuellement à L-(...), (...),
représentée par son gérant actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant
Patrick KURDYBAN en remplacement de l'huissier de justice Carlos
CALVO de Luxembourg en date du 15 mai 2006,

comparant par Maître Marc KLEYR, avocat à la Cour à Luxembourg,

et :

1. X.), exploitant en nom personnel sous la dénomination l'ATELIER DE
CONSTRUCTIONS METALLIQUES **X.)**, établi et ayant son siège
social à L-(...), (...),

intimé aux fins du susdit exploit KURDYBAN,

comparant par Maître Marianne GOEBEL, avocat à la Cour à
Luxembourg,

2. l'ADMINISTRATION COMMUNALE DE LIEU1.), établie en la Mairie
de **LIEU1.)** à L-(...), (...), représentée par son Collège de Bourgemstre
et Echevins actuellement en fonctions, assignée en la personne de son
Bourgmestre,

intimée aux fins du susdit exploit KURDYBAN,

comparant par Maître Victor GILLEN, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

En 1998 **X.)** a été chargé par la commune de **LIEU1.)** de la réalisation de trois pontons flottants à **LIEU2.)**, **LIEU3.)** et **LIEU4.)** avec passerelles d'accès pour les besoins du bateau "Princesse Marie-Astrid" aux termes d'un marché public par adjudication restreinte. **X.)** a chargé la société à responsabilité limitée **SOC1'.)** Consult des travaux d'ingénieur-conseil.

Par exploit d'huissier du 22 février 2005 la société **SOC1'.)** Consult a fait comparaître **X.)** et la commune de **LIEU1.)** devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, pour s'y entendre condamner solidairement, sinon in solidum, sinon chacun pour sa part, à payer à la demanderesse la somme de 17.991,12 euros. La société **SOC1'.)** Consult a encore conclu à l'allocation d'une indemnité de procédure de 1.500.- euros.

X.) a formulé une demande reconventionnelle contre la société **SOC1'.)** Consult en paiement de la somme de 3.098,67 euros représentant les pénalités de retard qu'il a déclaré s'être vu appliquer par la commune.

Par jugement rendu le 1^{er} février 2006 le tribunal a condamné **X.)** à payer à la société **SOC1'.)** Consult la somme de 17.991,12 euros avec les intérêts légaux à partir du 9 janvier 2003 jusqu'à solde, a dit non fondée la demande de la société **SOC1'.)** Consult contre la commune de **LIEU1.)**, a dit non fondée la demande reconventionnelle de **X.)**, a condamné **X.)** à payer à la société **SOC1'.)** Consult une indemnité de procédure de 1.000.- euros et a condamné la société **SOC1'.)** Consult à payer à la commune de **LIEU1.)** une indemnité de procédure de 1.000.- euros.

De ce jugement, qui lui a été signifié le 9 mars 2006, **X.)** a relevé appel le 14 avril 2006.

La société **SOC1'.)** Consult, à laquelle le jugement a été signifié le 6 avril 2006, en a relevé appel le 15 mai 2006.

Les deux appels ont été joints par le magistrat de la mise en état.

Par conclusions notifiées le 26 avril 2007 la société **SOC1'.)** Consult a demandé acte qu'elle a procédé à un changement de dénomination sociale et de siège social, qu'elle se dénomme actuellement **SOC1.)** SARL, en abrégé **SOC1.)**, et que le siège social a été transféré à Luxembourg, 155, rue Cents.

La Cour en prend acte et utilisera par la suite la nouvelle dénomination sociale de cette société.

Appel de **X.)**

La commune de **LIEU1.)** conclut à l'irrecevabilité de l'appel de **X.)** en ce qu'il est dirigé contre elle. Elle fait valoir que **X.)** n'a pas entrepris le jugement en ce qu'il a dit la demande de la société **SOC1.)** contre la commune non fondée et en a débouté cette

société, de sorte que la commune n'est pas concernée par l'appel de **X.)** qui doit être déclaré irrecevable pour défaut de motivation, sinon non fondé.

Il s'agit plutôt en l'espèce d'un défaut d'intérêt dans le chef de **X.)** qui n'avait pas à motiver son appel en tant que dirigé contre la commune puisqu'il ne demande rien contre elle. Conformément aux conclusions de la commune il y a lieu de dire cet appel irrecevable.

La commune de **LIEU1.)** est à débouter de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure dirigée contre **X.)**, l'équité ne commandant pas la condamnation de ce dernier à une contribution aux frais non compris dans les dépens exposés par la commune.

X.) reproche aux premiers juges d'avoir rejeté sa contestation du montant de 17.991,12 euros réclamé par la société **SOC1.)**, d'avoir rejeté son moyen de l'exception d'inexécution et d'avoir dit non fondée sa demande reconventionnelle.

Dans le cadre de cet appel, la société **SOC1.)** interjette appel incident en ce que le tribunal n'a pas retenu la qualité de commerçant dans le chef de **X.)** et n'a par conséquent pas fait application du principe de la facture acceptée.

Il y a lieu d'examiner en premier lieu le moyen invoqué par la société **SOC1.)** à l'appui de son appel incident.

A l'appui de ce moyen la société **SOC1.)** soutient que **X.)**, qui se dit artisan, a en fait pris la qualité de commerçant étant donné qu'il s'adonne à la spéculation de manière habituelle et non occasionnelle. Ainsi, selon cette partie, **X.)** occupait à l'époque des faits une dizaine de salariés, il a sous-traité à la société **SOC1.)** la réalisation du calcul statique et s'est procuré toutes les matières premières, tels que le câblage, les fers, le boulonnage et autres pour construire les pontons flottants avec passerelles d'accès, ces achats n'étant pas à considérer comme accessoires étant donné que l'ampleur du travail artisanal de **X.)** n'a pas primé sur les opérations d'achat-vente et que la plus-value réalisée ne résulte pas de ce travail artisanal, mais surtout de l'achat des matériaux en vue de les revendre.

X.) conteste ces affirmations de la société **SOC1.)**. Il fait valoir que si, comme c'est le cas en ce qui le concerne, l'artisan n'exploite pas de magasin et travaille uniquement d'après les commandes que lui passent ses clients, la jurisprudence décide que son activité n'est pas commerciale, parce que la clientèle prend plus en considération l'habileté personnelle de l'artisan que la valeur marchande de la matière première dont l'achat présente un caractère civil, n'étant qu'un accessoire de l'activité et de l'habileté professionnelle de l'artisan. Il soutient que c'est à tort que la société **SOC1.)** se prévaut dans ce contexte d'une sous-traitance des calculs statiques qui ne peut être assimilée à une opération d'achat-vente et donc de spéculation sur le travail d'autrui. Il conteste enfin occuper une dizaine de salariés et verse un courrier du Centre Commun de la Sécurité Sociale du 23 février 2007 renseignant les ouvriers occupés par lui au cours des années 2000 et 2001.

En ce qui concerne les critères de distinction de l'activité artisanale, on s'accorde à reconnaître que deux points de vue principaux doivent servir de référence. D'une part,

l'activité artisanale ne comporte pas de spéculation sur le travail d'autrui et suppose une implication personnelle de la personne qui se prétend artisan. D'autre part, l'activité artisanale ne comporte pas de spéculation sur les matières, puisque les achats pour revendre sont accessoires (E.D. Rép. Com. vo Actes de commerce, no 317).

La Cour rejoint les premiers juges en ce qu'ils ont dit que pour le constructeur métallique, l'achat de fournitures est l'accessoire de son activité qui est celle de la fabrication de constructions métalliques en divers matériaux suivant dessin ou projet moyennant l'apport de son travail manuel.

Si, d'autre part, **X.)** a fait appel à la société **SOC1.)** pour effectuer les calculs statiques, c'est parce que la collaboration avec un bureau d'ingénieurs conseils lui a été imposée par la commune. Cette collaboration n'entre pas en ligne de compte dans la détermination de la qualité de commerçant ou d'artisan de **X.)**.

Il résulte enfin du courrier du Centre Commun que pendant la première moitié de l'année 2000 **X.)**, dont la société **SOC1.)** ne conteste pas l'apport de travail personnel, a occupé trois ouvriers et pendant de très courtes périodes, à savoir entre le 1^{er} janvier et le 26 février, puis entre le 8 mai et le 22 juin, quatre ouvriers. A partir de la mi-juillet 2000 il n'a plus occupé qu'un seul ouvrier, de même que pendant toute l'année 2001.

La Cour déduit de ce courrier que si, pendant la première moitié de l'année 2000, **X.)** a occupé plusieurs ouvriers, c'était en raison de la commande de la commune qu'il n'arrivait pas à satisfaire sans faire appel à une main d'œuvre supplémentaire et sans qu'on puisse en déduire une spéculation sur cette main d'œuvre.

C'est donc à bon droit que les premiers juges ont dit qu'une qualité de commerçant de **X.)** n'est pas établie et que la théorie de la facture acceptée ne peut jouer.

Devant les premiers juges **X.)** a contesté le montant de 17.991,12 euros lui réclamé par la société **SOC1.)** pour les travaux lui confiés. Il a soutenu que les parties ont convenu un prix de 500.000.- francs HTVA, soit 12.394,68 euros.

Les premiers juges ont relevé que le dossier de soumission renseigne un prix de 648.000.- francs HTVA pour les travaux d'ingénierie, que les parties conviennent qu'aucun contrat écrit n'a été conclu entre elles. Ils ont dit que **X.)** ne prouve, ni n'offre en preuve les modalités de l'accord intervenu entre lui et la société **SOC1.)**, que le seul fait que la "demande de décompte" présentée par la société **SOC1.)** le 5 juillet 2002 et le courrier de rappel du 19 août 2002 concernant un montant de 12.394,68 euros HTVA, correspondant à la somme de 500.000.- francs, en l'absence de tout autre élément, n'établit pas à suffisance de droit les allégations de **X.)**. Ils ont donc décidé de se rapporter au prix renseigné dans le dossier de soumission et de conclure qu'il a été convenu entre parties de fixer les travaux d'ingénierie au prix de 648.000.- francs HTVA, soit 725.760.- francs TTC, correspondant aux 17.991,12 euros réclamés.

Il n'appartient toutefois pas à **X.)** d'établir que le montant lui réclamé par la société **SOC1.)** n'a pas été convenu entre parties mais, conformément à l'article 1315, alinéa 1^{er} du code civil, il appartient à la société **SOC1.)**, qui réclame paiement de ce montant, d'établir qu'il a été convenu.

C'est à tort que la société **SOC1.)** se réfère, en vue d'établir le prix convenu entre elle et **X.)**, au dossier de soumission qui renseigne pour les travaux d'ingénierie un prix de 648.000.- francs et qui règle les relations entre la commune et **X.)**, auxquelles la société **SOC1.)** n'est pas partie. C'est donc encore à tort que cette société estime que l'attestation testimoniale versée par **X.)** afin d'établir qu'un prix de 500.000.- francs a été convenu doit être déclarée irrecevable comme prouvant contre et outre un écrit.

Au point 3.4 du dossier de soumission il est dit sous l'intitulé "Travaux d'ingénieur": *"Pour le dimensionnement, la construction, le suivi du projet et la réalisation des débarcadères, l'entrepreneur s'associera avec un bureau d'ingénieurs conseils, membre de l'ordre des architectes et ingénieur-conseil au Grand-Duché."*

X.) ne devait donc pas confier ces travaux à la société **SOC1.)**, mais s'associer avec elle en vue de leur exécution, ce qui implique un apport de travail personnel de sa part dans le cadre de ces travaux. La Cour relève dans ce contexte que dans ses conclusions du 21 juin 2006 la société **SOC1.)** dit qu'elle avait déposé en février 1999 des plans correspondant aux prescriptions du dossier de soumission et aux normes techniques en vigueur et ajoute "A ce moment, la société **SOC1.)** Consult SARL avait déjà rempli ses obligations contractuelles à l'égard de Monsieur **X.)** et était en droit de facturer ses honoraires". Au point 3.4 du dossier de soumission il est dit entre autres: *"// assurera le suivi des travaux aussi bien en atelier qu'au chantier."* Il faut donc admettre que dans les relations entre **X.)** et la société **SOC1.)**, ce suivi était à assurer par **X.)** et il n'y a aucune raison d'admettre sur base du dossier de soumission que le prix convenu entre la commune et **X.)** devait revenir dans son intégralité à la société **SOC1.)**.

En instance d'appel la société **SOC1.)** formule une offre de preuve par témoin aux fins d'établir que le prix fixé entre parties était de 17.991,12 euros.

Cette offre de preuve est d'ores et déjà contredite par l'attestation testimoniale versée par **X.)** et dans laquelle **A.)** déclare que le prix convenu entre parties était de 500.000.- francs, ainsi que par la "Demande de décompte" du 5 juillet 2002 et le rappel du 19 août 2002, émanant de la société **SOC1.)**, et qui renseignent un prix global de 12.394,68 euros HTVA, respectivement 13.882,04 euros TTC.

Par réformation du jugement entrepris il y a donc lieu de dire que le prix convenu entre parties pour les travaux d'ingénieur confiés à la société **SOC1.)** est de 13.882,04 euros.

X.) soutient ensuite que c'est à tort que les premiers juges ont rejeté son moyen de l'exception d'inexécution, alors que les prestations fournies par la société **SOC1.)** n'étaient pas conformes aux exigences du dossier de soumission.

Dans ses conclusions prises en instance d'appel **X.)** décrit longuement les différents reproches qu'il formule à l'encontre du travail de la société **SOC1.)**, reproches que cette société conteste en détail dans ses conclusions en réponse, versant à l'appui de ses contestations un avis technique du bureau d'ingénieurs (...).

Les discussions entre parties sont de nature essentiellement technique et la Cour ne peut les départager sans avoir recours à un homme de l'art. Il y a donc lieu d'ordonner une expertise en réservant la demande reconventionnelle de **X.)**.

X.) propose comme expert **D.)** des Ateliers **D.)** de **LIEU5.)**. La société **SOC1.)** s'oppose à la nomination de cet expert. Elle est d'avis qu'il y a lieu de nommer un ingénieur-conseil et non pas quelqu'un spécialisé en construction métallique, étant donné que la partie adverse soutient que les plans n'étaient pas conformes. Elle propose le bureau d'ingénieur Simon & Christiansen.

L'observation de la société **SOC1.)** n'est pas dénuée de pertinence et la Cour nommera l'expert proposé par cette partie.

Appel de la société **SOC1.)**

La société **SOC1.)** a sollicité la condamnation solidaire, sinon in solidum avec **X.)**, sinon pour sa part, de la commune de **LIEU1.)** à lui payer la somme de 17.991,12 euros. Elle a basé cette demande sur les articles 51 et suivants du règlement grand-ducal du 10 janvier 1989 portant exécution du chapitre 2 de la loi du 4 avril 1974 concernant le régime des marchés publics de travaux et de fournitures, ainsi que sur les dispositions de la loi du 23 juillet 1991 ayant pour objet de réglementer les activités de sous-traitance.

Les premiers juges ont dit que les articles 51 à 54 du règlement grand-ducal du 10 janvier 1989 sont relatifs à la réception et au paiement des travaux et fournitures pour le compte du secteur communal, que ces dispositions ne régissent cependant que les relations entre le commettant, la commune de **LIEU1.)**, et l'adjudicataire, **X.)**, et qu'on ne peut les étendre aux relations entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant de l'adjudicataire.

Ils ont dit que l'article 7 de la loi du 23 juillet 1991 dispose que *"le sous-traitant est payé directement par le maître de l'ouvrage pour la part de marché ou du contrat dont il assure l'exécution"*, que toutefois d'après l'article 6, la loi ne trouve pas application lorsque le sous-traitant n'a pas été accepté ni les conditions de paiement agréés par le maître de l'ouvrage.

Sur base du dossier de soumission ils ont considéré la première condition comme remplie en l'espèce. Concernant la seconde ils se sont référés aux travaux parlementaires dont ressort que l'agrément des conditions de paiement concerne les modalités de calcul et de versement des avances, des révisions de prix, des pénalités, des primes ainsi que la date d'établissement des prix. Ils ont dit qu'il ne résulte d'aucun élément du dossier que la commune de **LIEU1.)** a agréé les conditions de paiement de la société **SOC1.)**, qu'en vertu de l'article 6 de la loi du 23 juillet 1991, cette loi n'est pas applicable, l'acceptation du sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement étant deux formalités indissociables et obligatoires, mais autonomes.

A l'appui de son appel la société **SOC1.)** soutient qu'il résulte du dossier de soumission que la commune avait expressément agréé **SOC1.)** comme ingénieur-conseil et avait accepté que cette dernière facture ses honoraires au montant de 17.991,12 euros. Elle soutient qu'aucun contrat écrit de sous-traitance ne fut signé entre elle et **X.)**, que l'absence de conditions de paiement particulières dispensait dès lors la société **SOC1.)** de les faire accepter par la commune et que la facturation et les paiements des honoraires devaient s'effectuer conformément aux usages en la matière, c'est-à-dire conformément aux articles 51 et suivants du règlement grand-ducal du 18 janvier 1989.

La commune de **LIEU1.)** conclut à la confirmation du jugement sur ce point. Elle fait plaider que la deuxième condition édictée à l'article 6 de la loi du 23 juillet 1991 est essentielle, car le maître de l'ouvrage doit connaître le moment d'exigibilité de la créance du sous-traitant pour pouvoir exécuter son obligation, si elle existe. Selon la commune, elle n'a appris la demande d'acompte émise par la société **SOC1.)** le 29 mars 2000 que suite à la communication des pièces par le mandataire de cette société, et elle avait réglé le solde transactionnel de la facture à **X.)** en date du 5 février 2002, dans l'ignorance complète des conditions de paiement de la société **SOC1.)** qui ne s'est adressée pour la première fois à la commune que par lettre du 2 septembre 2002 pour lui réclamer le paiement de ses honoraires en affirmant que **X.)** n'honorerait pas ses obligations contractuelles.

Le jugement est à confirmer sur ce point pour les motifs y énoncés. En effet, et abstraction faite de ce qu'il résulte de l'attestation testimoniale **A.)** et des factures de la société **SOC1.)** citées plus haut que le prix convenu entre parties était différent de celui figurant sous la rubrique "Travaux d'ingénieur" du dossier de soumission, les conditions de paiement ne se limitent pas au seul prix convenu. La société **SOC1.)** ne peut donc se retrancher derrière l'absence de convention écrite entre elle et **X.)** pour se prétendre affranchie des obligations lui incombant afin de pouvoir bénéficier des dispositions de la loi du 23 juillet 1991.

Son appel est partant à dire non fondé, y compris en ce qu'il concerne les indemnités de procédure demandées, respectivement allouées en première instance.

Dans le cadre de cet appel la société **SOC1.)** et la commune de **LIEU1.)** concluent à l'allocation d'une indemnité de procédure.

La société **SOC1.)**, qui succombe dans son appel et est à condamner aux frais et dépens engendrés par cet appel, ne peut prétendre à une indemnité de procédure et sa demande est à dire non fondée.

La demande dirigée par la commune contre la société **SOC1.)** est à accueillir et il y a lieu de condamner cette société au paiement de la somme de 2.000.- euros au titre d'une participation aux honoraires d'avocat.

Par ces motifs :

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

dit l'appel de **X.)** irrecevable en ce qu'il est dirigé contre la commune de **LIEU1.)** et le condamne aux frais engendrés par cet appel, dont distraction au profit de Maître Vic Gillen, sur ses affirmations de droit;

déboute la commune de **LIEU1.)** de sa demande dirigée contre **X.)** sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile;

reçoit les appels pour le surplus;

dit non fondé l'appel dirigé par la société **SOC1.)** contre la commune de **LIEU1.);**

condamne la société **SOC1.)** à payer à la commune de **LIEU1.)** une indemnité de procédure de 2.000.- euros et la condamne aux frais et dépens engendrés par son appel, dont distraction au profit de Maître Vic Gillen, sur ses affirmations de droit;

statuant sur l'appel dirigé par **X.)** contre la société **SOC1.):**

dit que le prix convenu entre **X.)** et la société **SOC1.)** pour les travaux d'ingénieur lui confiés est de 13.882,04 euros;

nomme expert le bureau d'ingénieurs Simon & Christiansen s.a. établi à L-8303 Capellen, 85-87, Parc d'Activités Capellen,

avec la mission de revoir les travaux d'ingénieur réalisés par la société **SOC1.)** dans le cadre de la construction de trois pontons flottants avec passerelles d'accès à **LIEU4.), LIEU3.)** et **LIEU2.),** en examinant les critiques leur adressés par **X.)** dans ses conclusions prises en instance d'appel ainsi que les réponses données à ces critiques par la société **SOC1.);**

ordonne à **X.)** de consigner au plus tard le 11 janvier 2008 la somme de 1.500.- 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 9 mai 2008 au plus tard;

réserve la demande reconventionnelle de **X.)** et les frais.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Madame le premier conseiller Irène FOLSCHEID, en présence du greffier assumé Fabio SPEZZACATENA.