

Audience publique du dix mai deux mille.

Numéros 21656 et 21860 du rôle.

Composition:

Irène FOLSCHEID; premier conseiller; président;
Monique BETZ; premier conseiller;
Marie-Anne STEFFEN; conseiller;
Martine SOLOVIEFF; avocat général;
Paul WAGNER; greffier assumé.

I

Entre:

1) la société *SOC 1)* s.à r.l. et Cie, société en commandite simple, établie et ayant son siège social à L- (...), (...), représentée par son gérant commandité la société *SOC 1)* s.à r.l., celle-ci représentée par son gérant actuellement en fonctions,

2) la société *SOC 2)* s.à r.l. et Cie, société en commandite simple, établie et ayant son siège social à L- (...), (...), représentée par son gérant commandité la société *SOC 1)* s.à r.l., celle-ci représentée par son gérant actuellement en fonctions,

les deux comparant par Maître André MARC, avocat à la cour à Luxembourg,

appelantes aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg en date du 5 décembre 1997,

et:

1) le FONDS POUR LE LOGEMENT A COUT MODERE, établissement public, poursuites et diligences du président de son comité directeur, Monsieur *A.)*, établi et ayant son siège social à L-2420 Luxembourg, 6, avenue Emile Reuter,

comparant par Maître Albert RODESCH, avocat à la Cour à Luxembourg,

2) **SOC 3)** S.A., établie et ayant son siège social à L- (...), (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

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

3) **BUREAU D'ETUDES SOC 4)** s.à r.l., ingénieurs-conseils, établie à L- (...), (...), représentée par son ou ses gérants actuellement en fonctions, établie et ayant son siège social à L- (...), (...),

comparant par Maître Alain RUKAVINA, avocat à la Cour à Luxembourg,

4) **SOC 5)** S.A., établie et ayant son siège social à L- (...), (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

comparant par Maître Philippe DUPONT, avocat à la Cour à Luxembourg,

intimés aux fins du prédit exploit BIEL.

II

Entre:

1) le **FONDS POUR LE LOGEMENT A COUT MODERE**, établissement public, poursuites et diligences du président de son comité directeur, Monsieur **A)**, établi et ayant son siège social à L-2420 Luxembourg, 6, avenue Emile Reuter,

comparant par Maître Albert RODESCH, avocat à la Cour à Luxembourg,

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Rita HERBER d'Esch-sur-Alzette en date du 16 décembre 1997,

et:

1) **SOC 3)** S.A., établie et ayant son siège social à L- (...), (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

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

2) **BUREAU D'ETUDES SOC 4)** s.à r.l., ingénieurs-conseils, établie à L- (...), (...), représentée par

son ou ses gérants actuellement en fonctions, établie et ayant son siège social à L- (...) , (...)

comparant par Maître Alain RUKAVINA, avocat à la Cour à Luxembourg,

3) *SOC 5*) S.A., établie et ayant son siège social à L- (...) , (...) , représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

comparant par Maître Philippe DUPONT, avocat à la Cour à Luxembourg,

4) la société *SOC 1*) s.à r.l. et Cie, société en commandite simple, établie et ayant son siège social à L- (...) , (...) , représentée par son gérant commandité la société *SOC 1*) s.à r.l., celle-ci représentée par son gérant actuellement en fonctions,

5) la société *SOC 2*) s.à r.l. et Cie, société en commandite simple, établie et ayant son siège social à L- (...) , (...) , représentée par son gérant commandité la société *SOC 1*) s.à r.l., celle-ci représentée par son gérant actuellement en fonctions,

sub 4 à 5 comparant par Maître André MARC, avocat à la cour à Luxembourg,

intimés aux fins du prédit exploit HERBER.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 13 mars 1996 la société à responsabilité limitée et Cie, société en commandite simple *SOC 1*) et la société à responsabilité limitée et Cie, société en commandite simple *SOC 2*) ont fait comparaître le Fonds pour le Logement à coût modéré, établissement public, devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile pour s'entendre condamner à lui payer la somme de 80.000.000.- francs à titre de dommages et intérêts et celle de 70.772.150.- francs à titre de rémunération de prestations supplémentaires.

Par exploit d'huissier du 21 mars 1997 le Fonds pour le Logement à coût modéré à fait intervenir dans ce litige la société anonyme *SOC 3*) , la société à responsabilité limitée Bureau d'Etudes *SOC 4*) et la société anonyme *SOC 5*) afin de tenir le Fonds quitte et indemne de toute condamnation qui serait prononcée à son égard.

A l'appui de leur demande les sociétés *GROUPE 1*) ont exposé qu'au début des années 1990 le Fonds a entamé le projet d'un important lotissement sur le site appelé

" : PROJET A à LIGAN) et a chargé la société SOC3)
- de la réalisation du projet d'aménagement au plan architectural, la société SOC5) de la mission de direction et d'organisation du chantier et le bureau d'études SOC4) de la mission d'ingénieur du génie civil des constructions du projet; que début 1993 le Fonds a lancé un appel d'offres sur base d'un cahier des charges établi par les architectes, cahier des charges qui a imposé le délai d'un an pour le chantier de gros-œuvre portant sur les lots A-Est et A-Ouest; que les entreprises GROUPE A) ayant présenté l'offre la plus basse, elles ont obtenu la soumission par contrat signé le 5 mai 1993; que le début des travaux a été fixé au 17 mai 1993 et leur fin au 17 mai 1994; qu'en réalité les travaux ne furent achevés qu'au mois de décembre 1995, ceci en raison du fait qu'à la date fixée pour le début des travaux les plans d'exécution n'étaient pas prêts, que pendant toute la durée des travaux la planification à établir par le bureau d'architectes continuait à accuser des retards de plus en plus considérables, partiellement encore accrus en raison de modifications apportées par le Fonds; que, d'autre part, le projet suivant détail finalement voulu par le maître de l'ouvrage nécessitait de nombreux avenants et commandes supplémentaires; qu'en raison du fait que le chantier a pris plus du double du temps initialement prévu les sociétés GROUPE A), qui ont par ailleurs droit à la rémunération des prestations supplémentaires, ont subi un important préjudice suite au retard qu'ont pris les travaux, ayant entraîné une indisponibilité des ressources humaines, techniques et matérielles de leurs entreprises.

Par conclusions prises en première instance le 25 avril 1997 les sociétés GROUPE A) ont déclaré porter leur demande en dommages et intérêts à la somme de 190.959.000.- francs, ce montant étant composé dans les motifs des conclusions de la somme de 2.500.000.- francs à titre de frais de garantie bancaire et de retenue de garantie, de celle de 88.459.000.- francs à titre de frais subis suite à la non productivité des ouvriers et celle de 100.000.000.- francs à titre de préjudice apporté à la structure financière de l'entreprise.

Par jugement rendu le 23 septembre 1997, le tribunal a déclaré irrecevable le demande tendant au paiement de la somme de 2.500.000.- francs du chef de frais de garantie bancaire et de frais de retenue de garantie, a dit non fondée la demande tendant au paiement de la somme de 188.459.000.- francs du chef de dommages et intérêts, a dit que la demande en intervention du Fonds suit le même sort que la demande des sociétés GROUPE A) pour autant qu'elle tend à la condamnation du Fonds au paiement des sommes de 2.500.000.- francs et 188.459.000.- francs et a, relativement à la demande en rémunération de prestations supplémentaires, nommé un expert avec la mission "de contrôler les factures n° 17.7.1995/35, 17.7.1995/40, 17.7.1995/41, 17.7.1995/42 et de déterminer si ces factures concernent des prestations rendues nécessaires en raison de la complexité du chantier et en dehors des travaux fixés par le contrat de soumission, le cahier de charges et le bordereau de prix relatifs au projet PROJET A) ".

De ce jugement, leur signifié les 18 et 19 novembre 1997, les sociétés GROUPE A) ont relevé appel par exploit d'huissier du 5 décembre 1997.

Par exploit d'huissier du 16 décembre 1997 le Fonds a dirigé un appel contre les sociétés **SUC 3)**, **SUC 4)** et **SUC 5)**, pour voir dire qu'au cas où l'appel des sociétés **BRUPEA)** serait déclaré recevable et fondé ils sont tenus d'intervenir dans l'instance d'appel pour tenir le Fonds quitte et indemne de toute condamnation prononcée à son encontre.

Le Fonds a, d'autre part, interjeté appel incident contre le jugement du 23 septembre 1997 dans la mesure où les demandes des sociétés **BRUPEA)** formées en cours d'instance et portant sur les montants de 88.459.000.- francs et 100.000.000.- francs n'ont pas été déclarées irrecevables, et dans la mesure où les premiers juges ont ordonné une expertise relativement à la demande en rémunération de prestations supplémentaires au lieu de dire cette demande d'ores et déjà non fondée.

Les trois sociétés mises en intervention ont également interjeté appel incident sur ce dernier point, concluant à voir dire la demande en rémunération de prestations supplémentaires non fondée et, en ordre subsidiaire, à se voir mettre hors cause en cas de maintien de la décision relative à l'expertise portant sur les travaux supplémentaires.

Tous ces appels, non autrement critiqués sur ce point, sont à déclarer recevables et il y a lieu de joindre les instances introduites par les deux appels principaux.

Les sociétés **BRUPEA)** reprochent d'abord aux premiers juges d'avoir déclaré irrecevable leur demande en dommages et intérêts de 2.500.000.- francs pour les frais de garantie bancaire et de retenue de garantie. Le Fonds de son côté, conclut à voir dire irrecevable, comme nouvelle, toute la demande formée en première instance par conclusions du 25 avril 1997.

Les premiers juges, après avoir rappelé que si un demandeur ne peut en cours d'instance ni substituer à l'action engagée une demande qui en diffère par son fondement, sa cause ou son objet, ni changer le caractère, la base ou la nature juridique de l'action, il peut cependant former une demande additionnelle ayant la même cause que la demande originaire, ayant pour origine le même fait et reposant sur les mêmes moyens, ont dit que les demandes formées par conclusions du 25 avril 1997 pour autant qu'elles tendent à la réparation du préjudice prétendument subi par les parties demanderesse, en l'occurrence les demandes en paiement des montants de 88.459.000.- francs et de 100.000.000.- francs, ne constituent pas des demandes nouvelles, procédant des mêmes faits et cause et reposant sur les mêmes moyens que la demande initiale, que, par contre, la demande relative aux frais de garantie bancaire et de retenue de garantie n'étant pas précisée plus amplement, le tribunal est dans l'impossibilité de contrôler si elle diffère ou non par son fondement, sa cause ou son objet de la demande initiale, de sorte qu'elle doit être déclarée irrecevable.

La Cour se rallie aux premiers juges pour dire que le demandeur peut toujours en cours d'instance modifier et augmenter sa demande initiale, du moment que la demande principale et la demande additionnelle ont la même cause, ont pour origine le même fait et reposent sur les mêmes moyens. Une telle demande additionnelle range parmi les demandes incidentes lesquelles, conformément à

l'article 337 du code de procédure civile peuvent être formées par voie de simples conclusions (E.D. Proc. civ. et comm., éd. 1955, vo Conclusions, nos 31 s.; Glasson et Tissier, Proc. civ. 3^e éd. T.1 nos 234 s.). En l'espèce, l'augmentation du montant des dommages et intérêts réclamés en raison des faits reprochés au Fonds dans l'exploit introductif d'instance constitue une simple demande additionnelle.

C'est cependant à tort que les premiers juges ont déclaré irrecevable, pour les motifs par eux énoncés, la demande portant sur les frais de garantie bancaire et de retenue de garantie. Il résulte en effet clairement du dispositif des conclusions du 25 avril 1997 que ces frais, évalués à 2.500.000.- francs, constituent, à l'instar des montants de 88.459.000.- francs et 100.000.000.- francs, un des éléments du préjudice prétendument subi par les parties demanderesses et chiffré par elles au montant total de 190.959.000.- francs. Par réformation du jugement entrepris la demande additionnelle formée dans ces conclusions est partant à dire recevable dans son intégralité.

Devant les premiers juges le Fonds ainsi que les sociétés mises en intervention, tout en contestant avoir été à l'origine des retards accusés par les travaux lesquels, selon eux, sont dus à la désorganisation des entreprises *62007EM* et au fait que, sans doute en raison de difficultés financières, celles-ci ont à un certain moment retiré du chantier une bonne partie de leur personnel, ont opposé à la demande en dommages et intérêts plusieurs dispositions du contrat de soumission, figurant parmi les clauses contractuelles générales, à savoir:

la disposition contenue sub 1.2 du chapitre 2, figurant à la page CC.32:

"L'entrepreneur commencera les travaux à la date fixée par le planning contractuel et les poursuivra régulièrement de façon qu'ils soient terminés dans le délai convenu:

Il n'aura droit à aucun dédommagement au cas où les travaux se feraient à une date autre que celle indiquée dans les documents d'adjudication."

celle figurant sub 1.2 du même chapitre à la page CC.33 sous l'intitulé "Interruption pour intempéries":

"Cette interruption ne donne lieu à aucune indemnisation aux entrepreneurs."

la disposition 1.1 du chapitre 3, figurant à la page CC.49:

"Le coordinateur soumettra pour le corps de métier concerné le planning particulier extrait du planning général des travaux. Ce planning sera, tout en respectant les considérations précitées, à détailler ou à compléter par le soumissionnaire afin de tenir compte de ses modes d'exécution propres. Le document ainsi établi et accepté par la direction des travaux constituera la base du planning contractuel. Le planning établira les dates auxquelles les délais précités démarreront. Si, pour des raisons dues au déroulement général des travaux, ces dates devaient être redéfinies, l'entrepreneur n'aura droit à aucune revendication supplémentaire de quelque nature que ce soit. Les durées restent toujours à respecter."

la disposition 1.3 in fine du chapitre 3, figurant à la page CC.50:

"Une indemnité pour bénéfice non réalisé ou perte subie ne pourra en aucun cas être exigée, même si l'entrepreneur, par suite de la non-observation des délais par d'autres entreprises respectivement par les bureaux d'études commis par le Maître de l'Ouvrage subissait des retards dans l'exécution de ses propres travaux.

Dans ce cas, il ne lui sera accordé qu'un report du délai d'achèvement, en rapport avec le retard subi."

Les premiers juges ont rejeté le moyen des sociétés **62007E1** consistant à dire que les clauses en question sont inscrites dans un contrat d'adhésion et ne leur sont dès lors pas opposables en relevant que, même si le contrat de soumission semble avoir été préétabli par le Fonds, il ne constitue pas la standardisation d'une relation contractuelle contractée par un nombre élevé d'adhérents, que, par ailleurs, la jurisprudence n'a jamais consacré la conception du contrat d'adhésion et que c'est du côté de la technique contractuelle qu'elle a poursuivi les intérêts de ceux qui risquent d'être victimes de contrats dits d'adhésion en se demandant si l'adhérent a pu avoir vraiment conscience de clauses qui peuvent paraître léonines ou draconiennes, auquel cas il est considéré comme les ayant acceptées ou si, au contraire, il les a ignorées et n'a donc pas pu véritablement s'engager à les respecter. Ils ont dit qu'en l'espèce les sociétés demanderesse ont signé le contrat de soumission dans le cadre de l'exercice de leur profession et ne sauraient dès lors être considérées comme n'ayant pas agi en pleine connaissance de cause de sorte qu'elles doivent être considérées comme ayant pleinement accepté les clauses dont elle doivent partant assumer les conséquences.

Les appelantes, tout en maintenant leur moyen tiré du contrat d'adhésion, invoquent à l'appui d'une inopposabilité des clauses invoquées par les parties intimées, dont ce ne sont en somme que les deux dernières qui intéressent le présent litige, les articles 1135-1, 1134 et 1174 du code civil.

La société **50251** oppose l'irrecevabilité des moyens tirés des articles 1134 et 1174 du code civil comme constituant une base juridique nouvelle par rapport à la première instance.

Ces conclusions sont à rejeter. En effet les moyens nouveaux sont toujours permis en appel. Les moyens sont les arguments de fait ou de droit susceptibles de justifier la demande sans la modifier (E.D. Proc. civ. et comm. éd. 1955, vo Demande nouvelle, nos 81 s.). En l'espèce, en opposant au moyen opposé à leur propre demande, laquelle demeure inchangée, des arguments de droit tirés de dispositions légales non invoquées en première instance, respectivement non implicitement compris dans ceux opposés en première instance, les appelantes n'ont fait qu'invoquer des moyens nouveaux lesquels sont recevables.

Avant de répondre aux moyens des appelants il y a lieu de retracer certains détails des pourparlers ayant précédé la signature du contrat de soumission.

Ainsi qu'il a été dit ci-dessus, les clauses incriminées figurent parmi les "Clauses Contractuelles Générales" du contrat de soumission.

Dans le rapport de la réunion du 16 avril 1993, à laquelle a participé un représentant des sociétés appelantes, il est dit sub 3.2: "*Remise d'une version révisée (15-4-93) des clauses contr. générales et des clauses contr. particulières.*"

Par lettre du 21 avril 1993 les sociétés ~~GRUPE~~ |a informent le Fonds que: "*Par la présente, nous avons l'honneur de vous signaler notre accord sur le remplacement du cahier des charges remis lors de l'ouverture de soumission par votre nouveau cahier des charges du 15/04/93. Nous acceptons donc pleinement les modifications et les conditions du nouveau cahier des charges.*"

Par lettre du 5 mai 1993 le Fonds passe commande pour la réalisation des travaux. Cette lettre, signée pour accord par les sociétés appelantes, porte sub "Conditions de paiement": "*Contrairement aux stipulations de l'article 3.1 du cahier général des charges, une retenue de garantie de 5% est effectuée sur chaque paiement jusqu'à la réception définitive.*" Dans cet article 3.1, figurant parmi les clauses contractuelles générales, la retenue était de 10%, soit 5% jusqu'à la pré-réception et 5% jusqu'à la réception définitive.

Il s'en suit que, contrairement à l'argumentation développée par les sociétés ~~GRUPE~~ |, les clauses contractuelles générales du contrat de soumission ne constituent pas "un document type proposé par le Fonds ayant invariablement le même contenu", mais, bien que élaborées par le Fonds, elles ont constitué une base de discussion et étaient susceptibles de modifications sur demande du cocontractant, et ont d'ailleurs en fait été modifiées. Etant donné, d'autre part, qu'une proposition de modification émanant du cocontractant présuppose l'examen des clauses contractuelles générales, il faut admettre que les sociétés appelantes ont procédé à cet examen dès avant la réunion du 16 avril 1993 dans laquelle il est question de la version révisée des clauses contractuelles générales, qu'elles ont donc pris connaissance des clauses actuellement incriminées, lesquelles précèdent la clause modifiée.

Abstraction faite de ce que les sociétés appelantes sont en défaut d'expliquer en quoi la simple qualification de contrat d'adhésion du contrat de soumission conclu entre parties leur permettrait de contester l'applicabilité des clauses leur opposées par le Fonds, ni ce contrat de soumission, ni ses clauses contractuelles générales ne rentrent dans la définition donnée par la doctrine au contrat d'adhésion qui est celui dont la conclusion n'est pas précédé d'une discussion entre parties, dont le contenu est préétabli et imposé par l'une des parties, le cocontractant n'ayant d'autre choix que d'adhérer à ces stipulations ou de renoncer à contracter. (JCL Civ. art. 1101 à 1108, nos 60 s.; Marty et Raynaud, D.C. Les obligations, 2^e éd. T.1, nos 129 s.; Starck, Roland, Boyer, Obligations, 2. Contrat, 5^e éd. nos 131 s.) Rentrent dans la catégorie de ces contrats les contrats de transport, d'assurance, d'abonnement ou de banque, mais certes pas un contrat de soumission conclu entre un établissement public et un entrepreneur, précédé d'une discussion de ses clauses et conditions.

Les appelantes invoquent ensuite l'article 1135-1 du code civil, aux termes duquel:

"Les conditions générales d'un contrat préétablies par l'une des parties ne s'imposent à l'autre que si celle-ci a été en mesure de les connaître lors de la signature du contrat et si elle doit, selon les circonstances, être considérée comme les ayant acceptées.

Sauf acceptation spéciale par écrit, sont toujours inopposables les clauses qui prévoient en faveur de celui qui a établi les conditions générales des limitations de responsabilité ..."

Faisant valoir qu'il résulte des travaux préparatoires de la loi du 15 mars 1987 ayant introduit l'article 1135-1 dans le code civil, que cette disposition s'applique également aux relations entre commerçants, les sociétés (6 R O U P E A) soutiennent qu'à défaut d'acceptation spéciale par elles des clauses incriminées, celles-ci leur sont inopposables.

Il résulte aussi des travaux préparatoires (Doc. parl. n° 2217, Commentaire des articles, p. 10) ce que le législateur entend par conditions générales préétablies par l'une des parties. En effet, à propos de l'article 1135-1 il est dit:

"Le code civil ignore la notion de "conditions générales" en tant que catégorie spécifique de clauses contractuelles. Or, la standardisation d'une multitude de contrats conclu sur une grande échelle a rendu indispensable le recours à des clauses-types réglementant les aspects essentiels de ces contrats dans leurs moindre détail. En raison du volume de ces "conditions générales", elles ne sont souvent pas reprises dans le contrat individuel qui se borne à y renvoyer ... S'il ne faut pas être d'un formalisme extrême, en exigeant chaque fois la négociation des "conditions générales", on pourra admettre l'opposabilité sur base de l'article 1135 CC en tant que clauses d'usage, mais en exigeant que la partie à laquelle on les oppose ait eu la possibilité de les accepter tacitement en pleine connaissance de leur contenu. Et il faudra exiger de celui qui les a stipulés qu'il ait facilité leur connaissance par celui auquel il entend les opposer."

Les conditions générales préétablies visées par l'article 1135-1 du code civil sont partant les conditions générales de caractère réglementaire, imposées par une partie au consommateur, respectivement au commerçant moins fort, non susceptibles de discussion, voire de modification et l'article 1135-1 a pour but de subordonner l'opposabilité de ces conditions générales préétablies à leur acceptation en pleine connaissance de cause.

Abstraction faite de ce que dans le marché conclu entre le Fonds et les sociétés (6 R O U P E A), celles-ci ne peuvent guère être considérées comme le commerçant moins fort – l'exemple donné par le législateur (Doc. parl. 2217, Exposé des motifs, p.6) est celui du commerçant détaillant ne pouvant traiter à des conditions différentes de celles proposées par son propre fournisseur – les clauses contractuelles générales du contrat de soumission conclu entre parties ne sont pas des conditions préétablies au sens de l'article 1135-1 du code civil. Ces clauses ont été soumises aux appelantes pour examen et discussion, elles ont été discutées et révisées sur leur demande. Si les sociétés (6 R O U P E A) n'ont pas, pour des raisons qui leur sont propres, demandé une modification, voire la suppression des clauses actuellement querellées, elles ne peuvent être admises, après avoir formellement accepté par lettre du 21 avril 1993 les clauses contractuelles

générales révisées, plaider leur inopposabilité sur base de l'article 1135-1, alinéa 2 du code civil.

Les sociétés appelantes soutiennent, d'autre part, que si l'article 1134 du code civil dispose que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, il prévoit également qu'elles doivent être exécutées de bonne foi et que le juge peut, sans dénaturer le contrat, refuser dans certains cas d'appliquer des clauses draconiennes ou léonines comme étant contraires à l'obligation de bonne foi dans l'exécution des contrats. Selon les sociétés (GROUPE) le Fonds a en l'espèce gravement manqué à son obligation d'exécution de bonne foi en ne veillant pas à la remise, en temps utile, des plans à l'entrepreneur et il ne saurait à titre de sanction se prévaloir des clauses litigieuses.

Dans ces clauses l'entrepreneur s'est engagé à ne pas faire valoir de revendications supplémentaires, respectivement à ne pas réclamer d'indemnisation si pour des raisons dues au déroulement général des travaux, les dates établies par le planning général devaient être redéfinies et si, par suite de la non-observation des délais par d'autres entreprises ou par les bureaux d'études, parmi lesquels figure bien évidemment le bureau d'architectes, il subissait des retards dans l'exécution de ses propres travaux.

Les sociétés appelantes qui se prévalent à l'appui de leur demande en dommages et intérêts essentiellement de retards mis par le bureau d'architectes à fournir à l'entrepreneur les plans nécessaires à l'exécution des travaux de gros-œuvre – ce qui, d'ailleurs, en présence des affirmations contraires faites à ce sujet par les parties au litige et contenues dans la correspondance échangée entre elles, laisse d'être établi et n'est pas offert en preuve – ne sauraient, pour se soustraire aux clauses valablement contractées par elles, ériger les retards reprochés au bureau d'architectes en exécution de mauvaise foi par le Fonds de ses obligations contractuelles, devant entraîner un refus d'application de ces clauses.

Les sociétés (GROUPE) font enfin plaider que les clauses litigieuses, notamment celle stipulant que si pour des raisons dues au déroulement général des travaux, les dates du planning devaient être redéfinies, l'entrepreneur n'aura droit à aucune revendication supplémentaire, doivent être annulées en vertu de l'article 1174 du code civil pour constituer des clauses purement potestatives, étant donné qu'il en résulterait que le Fonds, débiteur de l'obligation de remettre les plans et de respecter le planning contractuel, pourrait à son gré différer l'exécution de son obligation ad infinitum "pour des raisons dues au déroulement général des travaux".

D'après l'article 1174 du code civil "*Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige*". Or, dans les clauses litigieuses le Fonds n'a contracté aucune obligation de sorte que l'article 1174 du code civil ne saurait trouver application.

La Cour n'a enfin pas à analyser autrement l'argumentation des parties appelantes que les clauses exclusives ou limitatives de responsabilité sont inopérantes en cas de faute grave, faute par ces parties d'indiquer en quoi consisterait en l'espèce la faute grave invoquée.

Il s'en suit que c'est à bon droit que les premiers juges ont rejeté la demande en dommages et intérêts.

A l'appui de son appel incident portant sur la disposition du jugement du 23 septembre 1997 ayant ordonné une expertise sur la question des prestations supplémentaires réclamées par les sociétés (BOUPEL), le Fonds déclare reprendre les moyens figurant dans ses conclusions notifiées en première instance le 9 juin 1997, moyens auxquels se rallient les sociétés (SOL 3) et (SOL 4) ..

Dans ces conclusions le Fonds prend position comme suit relativement aux quatre factures produites par les sociétés (BOUPEL):

quant à la facture relative à l'installation du chantier (11.662.150.- francs): le cahier des charges prévoit en page 25, rubrique soumission, n° 5.4: "tous travaux, prestations et fournitures accessoires nécessaires au parfait achèvement des ouvrages sont à comprendre dans le prix", d'autre part, l'installation du chantier est également comprise intégralement dans le cahier des charges - voir page 33 du cahier des charges, rubrique 1.3, sous: organisation (en ce qui concerne cette dernière affirmation, la Cour tient à remarquer qu'à l'endroit indiqué il n'en est pas question).

quant aux trois autres factures: les petites quantités sont clairement comprises dans le prix intégral. Il est renvoyé à cet égard à la page CA 43 du cahier général des charges où il est dit: "Les travaux en régie sont réduits au strict minimum et ne doivent être exécutés que sur autorisation écrite et préalable de la part de la direction des travaux. Les fiches de régie détaillées sont à présenter pour signature à la direction des travaux au moins une fois par semaine. A défaut, les fiches de régie ne peuvent être prises en considération." En l'espèce aucune fiche de régie n'a été présentée ni à fortiori signée.

Dans une lettre adressée le 9 mars 1995 au Fonds les sociétés (BOUPEL) annoncent les revendications supplémentaires faisant l'objet des factures litigieuses et les justifie entre autres par la complexité du projet non connue lors de la soumission et par conséquent ignorée dans le bordereau de soumission à la base du contrat.

Lors de la réunion du 15 mars 1995, cette lettre est discutée entre les parties. D'après le rapport de cette réunion:

"Monsieur (B) énonce ses revendications financières pour ce projet et fait connaître le contenu de sa lettre du 09.03.1995 adressée au Fonds.

Monsieur (A) réplique que les possibilités financières sont très limitées étant donné que les logements côté Est ont tous été vendus sur base des prix de soumission des trois premières firmes.

...

La question est posée sur quelle base de principe les offres complémentaires sont à traiter; soit sur base du cahier des charges, soit sur base d'une position qui convient aux différentes parties.

...
Monsieur C) (du bureau d'architectes) répond qu'il y avait une sous-estimation des difficultés d'exécution de la part de l'entreprise, que le principe de la complexité était toujours connu (exemple Soc 3) avait estimé le degré de complexité à 5, B) au degré 3 en réalité le degré est de 6 ou 7) mais non estimé à sa juste valeur par toutes les parties.

...
Les prix complémentaires sont à aviser dans les prochains jours, notamment

- les petites quantités
- l'application du supplément pour coffrage vue
- le point C5 de la lettre du 9.3.1995."

D'autre part, dans une lettre adressée le 17 juillet 1995 par le Fonds aux sociétés (Soc 1) les informant des suites réservées à ses différentes offres, se trouve sous la rubrique "Offres dont le prix est contesté respectivement précisé" le poste suivant:

(...) -01 16.01.95 Frais complémentaires pour l'installation de chantier
Veuillez ventiler ces frais suivant positions qui
constituent la base du contrat ...

La Cour déduit des renseignements fournis par ces pièces que, contrairement à ce qu'il plaide actuellement, le Fonds ne s'est pas opposé au principe même d'un droit à la rémunération de prestations supplémentaires, que, d'autre part, l'existence d'un degré de complexité supérieur à celui initialement prévu est reconnu. Elle se rallie partant à la décision des premiers juges relative à la nomination d'un expert avec la mission énoncée dans le jugement.

Cette mission ne comporte pas, ainsi que le suppose le bureau d'études Soc 4), une analyse en droit du contrat de base et des commandes subséquentes, mais uniquement un examen technique de la complexité du chantier et des travaux effectués en dehors de ceux prévus dans le contrat de base.

Il y a cependant lieu de rectifier la mission de l'expert en ce sens que la première des factures soumises à son examen porte le numéro 17.7.95/39 et non pas le numéro 17.7.95/35 indiqué dans cette mission.

Les trois sociétés mises en intervention concluent enfin à se voir d'ores et déjà mettre hors cause dans le litige portant sur les prestations supplémentaires, la société anonyme Soc 5) faisant valoir qu'elle n'était pas liée, de près ou de loin, à la vérification des quantités commandées de sorte qu'elle ne saurait être tenue de tenir le Fonds quitte et indemne en cas de condamnation de celui-ci au paiement de prestations supplémentaires, les architectes contestant toute faute dans leur chef en relation avec les suppléments et Soc 4) ; faisant plaider que si un paiement pour travaux supplémentaires est dû, le Fonds a bénéficié de ces travaux et n'a donc pas subi un dommage.

Le Fonds s'oppose à la mise hors cause des sociétés Soc 3) et Soc 4), soutenant que si les factures des sociétés (Soc 1) concernaient des prestations rendues nécessaires en raison de la

complexité du chantier et en dehors des travaux initialement prévus, la responsabilité de l'architecte et de l'ingénieur serait engagée, l'architecte ayant eu pour mission, entre autres, de présenter un dossier complet "avec toutes les données individuelles pour la mise en œuvre", celle de l'ingénieur ayant comporté "l'établissement, respectivement la collaboration à l'établissement du devis détaillé par position et vérification de l'estimation du coût définitif de construction ventilé par corps de métier".

Compte tenu de ces objections, il y a lieu de maintenir ces deux sociétés dans le litige. Il y a par contre lieu de faire droit à la demande de mise hors cause de la société anonyme *Soc 5* , à laquelle le Fonds ne s'est pas opposé.

Il n'est enfin pas inéquitable que chacune des parties à l'instance d'appel supporte ses frais non compris dans les dépens. Les demandes basées sur l'article 131-1 code de procédure civile sont partant à dire non fondées.

PAR CES MOTIFS:

la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, le Ministère Public entendu en ses conclusions,

reçoit les appels, principaux et incidents, en la forme;

joint les numéros 21656 et 21860 du rôle;

dit recevable dans son intégralité, la demande additionnelle formée par conclusions du 25 avril 1997, portant à 190.959.000.- francs le montant réclamé à titre de dommages et intérêts;

dit cette demande en dommages et intérêts non fondée;

confirme la décision de nomination d'un expert sauf à préciser que les factures énumérées dans cette mission portent les numéros 17.07.1995/39, 17.07.1995/40, 17.07.1995/41 et 17.07.1995/42;

dit non fondées les demandes des sociétés *Soc 3*) et *Soc 4*) tendant à se voir d'ores et déjà mettre hors cause et fondée celle de la société *Soc 5*) tendant aux mêmes fins;

partant met hors cause la société anonyme *Soc 5*) , et condamne le Fonds pour le Logement à coût modéré aux frais de première instance de sa demande dirigée contre cette société, dont distraction au profit de Maître Philippe Dupont;

confirme le jugement pour le surplus et renvoie l'affaire devant les premiers juges;

dit non fondées les demandes formées en instance d'appel sur base de l'article 131-1 du code de procédure civile;

fait masse des frais et dépens de l'instance d'appel, et les impose pour moitié aux sociétés *ΒΙΩΡΕΑ*) et pour moitié au Fonds, dont distraction au profit de Maîtres André Marc, Albert Rodesch, Marc Baden, Alain Rukavina, Philippe Dupont sur leurs affirmations de droit.