

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Jugement en matière Civile No. 2024TADCH01/00108

Numéro TAD-NUMERO1.) du rôle

Audience publique du mardi, 9 juillet 2024.

Composition:

Brigitte KONZ,
Lexie BREUSKIN,
Gilles PETRY,

Présidente,
Vice-Présidente,
Premier Juge.

Pit SCHROEDER,

Greffier

E N T R E

PERSONNE1.), sans état actuel connu, demeurant à D-ADRESSE1.) ;

partie demanderesse aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick MULLER de Diekirch du 18 août 2021 ;

comparant par **Maître Denis WEINQUIN**, avocat à la Cour, demeurant à Schieren, assisté de la société à responsabilité limitée F&F Legal, inscrite au Barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-1720 Luxembourg, 6, rue Heine, immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B230842, représentée aux fins des présentes par Maître Tom FELGEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

E T

l'**SOCIETE1.)**, établie à L-ADRESSE2.), représentée par son collègue des bourgmestre et échevins, sinon par son bourgmestre, actuellement en fonctions ;

partie défenderesse aux fins du prédit exploit MULLER ;

comparant par **Maître Trixi LANNERS**, avocat à la Cour, demeurant à Diekirch.

LE TRIBUNAL :

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction rendue en date du 31 juillet 2023.

Par exploit d'huissier de justice du 18 août 2021, PERSONNE1.) a fait donner assignation à l'SOCIETE1.) ci-après la Commune à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de ce siège aux fins de voir :

déclarer la demande recevable en la forme et fondée au fond ;

condamner l'SOCIETE1.) à payer à la partie demanderesse le montant de 54.000 EUR avec les intérêts légaux courant à partir du courrier daté du 14 mai 2020 sinon de la demande en justice, ainsi de payer une indemnité de procédure de 10.000 EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile ;

condamner l'SOCIETE1.) à payer à la partie demanderesse les frais engendrés par les honoraires d'avocat s'élevant à 10.000 EUR augmentés de la taxe sur la valeur ajoutée sur base de l'arrêt du 9 février 2012 de la Cour de cassation luxembourgeoise sur base duquel « les frais et honoraires d'avocat peuvent donner lieu à indemnisation sur la base de la responsabilité civile en dehors de l'indemnité de procédure » ;

condamner la partie défenderesse à tous les frais et dépens de l'instance ;

Les faits et les moyens des parties

Les faits

L'SOCIETE1.) a attribué à la société SOCIETE2.) S.A. ci-après la société SOCIETE2.) actuellement en faillite depuis le 13 décembre 2017, un chantier concernant l'extension d'un réservoir d'eau sur le territoire de la commune à ADRESSE3.) pour un montant de 903.016,28 euros travaux à effectuer en deux phases, dans la première devait être construit un nouveau réservoir d'eau et dans la deuxième l'assainissement de l'ancien réservoir.

A ce moment de la faillite, le 13 décembre 2017 les travaux de la première phase n'étaient pas achevés et étaient affectés de vices et malfaçons, le chantier a été en arrêt.

PERSONNE1.) est l'ancien administrateur délégué de la société SOCIETE2.) en faillite.

Afin de garantir la réalisation des travaux par la société SOCIETE2.) en faillite deux garanties ont été constituées.

Par une lettre de garantie n°33824 du 4 mai 2015 la SOCIETE3.) (ci- après la Mutualité) s'est engagée à rembourser, à première demande, tout montant que la Commune aura réglé jusqu'au montant de 54,000.

Par « *Bürgschaftslinie* » non datée PERSONNE1.) a signé suivant l'article 13 de ce document « *auf eigenen Namen eine gesamtschuldnerische Bürgschaft der Bürgschaftslinie* ».

Sur mandat du 13.4.2018 de la commune le bureau d'expertise WIES, après une visite des lieux, a effectué un Etat des lieux se basant sur une « *Bestandaufnahme vom 30/5/2018* » et

comprenant une « *Auflistung basierend auf der Mängeliste vom 13/3/ 2019 von SOCIETE2.) S.A. ».*

Le 5 mai 2020 la Commune a sollicité la libération par la SOCIETE3.) de la garantie de 54.000 euros que cette dernière avait signée au profit de la société SOCIETE2.) en faillite avec information au curateur Me Eveline KORN, notamment de libérer la totalité du montant garanti soit le montant de 54.000 € qui est payé après un courrier de relancement de la Commune du 16 juillet 2020.

Les courriels versés adressé à la Mutualité, dont un portant une mention manuscrite « *Zahlungsvereinbarung* » avant paiement, émanent d'une adresse email PERSONNE1.) S.à.r.l.

Le 9 avril 2020 PERSONNE2.) contrôle une facture SOCIETE4.) intervenue sur le chantier après la faillite.

Le 12 août 2020 la SOCIETE3.) demande à PERSONNE1.) de remplir son obligation de paiement. Les extraits versés à titre de preuve de paiement, à part un extrait portant le nom de PERSONNE3.), les autres virements n'indiquent ni le nom du titulaire du compte, ni le bénéficiaire.

Le 16 novembre 2020 le bureau d'expertise WIES établit un rapport d'expertise.

Les prétentions et moyens des parties

PERSONNE1.)

PERSONNE1.) fait valoir que la Commune aurait demandé de manière indue la libération de la garantie par la Mutualité et demande à la Commune de lui payer le montant de 54.000 €

PERSONNE1.) base sa demande, principalement, sur l'article 1382 et ss du Code civil et, subsidiairement, sur base de l'article 1166 du même code. (action oblique)

L'SOCIETE1.)

La Commune demande de déclarer irrecevable l'assignation et critique la qualité et l'intérêt à agir de PERSONNE1.) sinon de la déclarer non fondée et partant la rejeter. Elle fait valoir que PERSONNE1.) n'aurait pas souscrit le cautionnement avancé par lui au profit de la SOCIETE3.) et n'aurait pas prouvé avoir désintéressé la SOCIETE3.).

Elle formule une demande en allocation d'une indemnité de procédure de 10.000 €

La recevabilité

PERSONNE1.) formule une demande en condamnation de La Commune à lui payer le montant de 54.000 euros correspondant au montant allégué payé par lui à la SOCIETE5.) à titre de caution de la société SOCIETE2.) en faillite de la retenue de garantie faite à la Commune, *avec les intérêts courants à partir du 14 mai 2020 sinon de la demande en justice jusqu'à solde.*

Cette demande est contestée quant à sa recevabilité pour défaut de qualité.

Quant au défaut de qualité à agir

L'existence de la qualité d'agir en tant que condition de recevabilité de l'action, s'apprécie au jour de la demande en justice ; elle doit être réalisée à ce stade pour que l'action soit recevable. (Thierry HOSCHEIT : le droit judiciaire privé au Grand-duché de Luxembourg, no. 899 page 463).

L'intérêt à agir est défini comme le profit, l'utilité ou l'avantage que l'action peut procurer au plaideur. Cet intérêt existe lorsque le résultat de la demande est de nature à modifier ou à améliorer la condition juridique du demandeur. Il suffit que le demandeur affirme que tel est le cas. L'existence du droit ou de la lésion invoquée influe non pas sur la recevabilité de la demande, mais sur son bien-fondé. L'existence réelle du droit invoqué n'est pas appréciée au stade de la recevabilité de la demande.

L'intérêt à agir existe lorsque le résultat de la demande introduite est de nature à modifier ou à améliorer la condition juridique du demandeur, respectivement lorsque la demande est de nature à présenter pour lui une utilité ou un avantage. La doctrine considère que la qualité à agir n'est qu'un aspect particulier de l'intérêt à agir et est absorbée par celui-ci. La qualité d'agir est le pouvoir en vertu duquel une personne exerce une action en justice ou se défend contre une action en justice pour faire connaître l'existence d'un droit méconnu ou contesté (cf. Solus et Perrot, Droit judiciaire privé, tome I, n° 262). A donc qualité pour agir toute personne qui a un intérêt personnel au succès ou au rejet d'une prétention. Toute personne qui prétend qu'une atteinte a été portée à un droit lui appartenant et qui profitera personnellement de la mesure qu'elle réclame, a un intérêt à agir en justice et donc qualité pour agir. La qualité pour agir constitue pour le sujet de droit l'aptitude à saisir la justice dans une situation donnée. La qualité à agir est le titre auquel on figure au procès. Elle n'est donc pas une condition particulière de recevabilité de la demande, mais uniquement la condition de son succès au fond, ou, en d'autres termes, de son bien-fondé (cf. TAL, n° 194/2004 du 10 mars 2004).

La qualité est le pouvoir en vertu duquel une personne exerce une action en justice ou se défend contre une action en justice. Il s'agit donc du titre qui donne à une personne le pouvoir d'exercer en justice le droit dont elle demande la sanction ou de se défendre à une action en justice.

Il est en effet de principe que celui qui a un intérêt personnel au succès ou au rejet d'une prétention a qualité pour agir. Toute personne qui prétend qu'une atteinte a été portée par une personne à un droit lui appartenant et qui profitera personnellement de la mesure qu'elle réclame, a un intérêt personnel à agir en justice contre cette personne qui ne pourra opposer un défaut de qualité dans son chef pour en tirer un moyen d'irrecevabilité.

La qualité dans le chef du demandeur n'est ainsi pas une condition particulière de recevabilité de l'action lorsque l'action est exercée par celui-là même qui se prétend titulaire du droit. De même la qualité de défendeur n'est pas une condition particulière de recevabilité lorsque l'action est exercée contre celui qui est supposé être le débiteur du droit.

L'existence effective du droit invoqué par PERSONNE1.) n'est en effet pas une condition de recevabilité de la demande, mais uniquement la condition de son succès au fond, ou, en d'autres termes, de son bien-fondé,

Il convient encore de rappeler que toute personne qui prétend qu'une atteinte a été portée à un droit lui appartenant et qui profitera personnellement de la mesure qu'elle réclame, a un intérêt personnel à agir en justice et donc qualité à agir. La qualité à agir constitue ainsi pour le sujet de droit l'aptitude à saisir la justice dans une situation concrète donnée. L'existence effective du droit invoqué n'est pas une condition de recevabilité de la demande, mais uniquement la condition de son succès au fond ou en d'autres termes de son bien-fondé (Cour d'appel 20 mars 2002, numéro du rôle 25592).

L'intérêt est en principe une condition suffisante pour être investi du droit d'agir. Le recours à la justice ne doit en effet être ouvert que si son auteur peut espérer en retirer un certain avantage, ceci afin d'éviter un encombrement inutile des tribunaux. S'il apparaît que l'exercice d'une action en justice ne présente aucune utilité pour un plaideur, le juge peut déclarer la demande irrecevable, se dispensant par là même de statuer sur le fond. L'intérêt constitue une condition générale d'existence de l'action, il est exigé de toute partie au procès.

En termes généraux, on retient que l'intérêt à agir existe lorsque le résultat de la demande introduite est de nature à modifier ou à améliorer la condition juridique du demandeur, respectivement lorsque la demande est de nature à présenter pour lui une utilité ou un avantage.

Concernant la notion de qualité à agir, il échet de relever que celui qui se prétend titulaire du droit litigieux a la qualité pour agir, c'est-à-dire la qualité pour saisir le juge afin qu'il se prononce sur l'existence et l'étendue de ce droit.

La question de savoir s'il est réellement titulaire de ce droit n'a aucune incidence au stade de la recevabilité, cette question relevant du fond et n'étant pas à examiner au stade de la recevabilité de l'action.

Dans cette logique, il est admis que la qualité à agir n'est qu'un aspect particulier de l'intérêt à agir et est absorbée par celui-ci (cf. Thierry HOSCHEIT, *Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg*, éd. P. BAULER, p. 462 et s.).

En l'occurrence, PERSONNE1.), en concluant à la l'admission de ses prétentions à la base de sa demande en paiement, tend à faire progresser la demande en paiement entre les parties.

En l'espèce, PERSONNE1.) reproche à La Commune d'avoir fait indûment un appel à garantie envers la SOCIETE3.) qui s'est retourné contre lui, il agit à l'encontre de La Commune afin d'obtenir la condamnation de cette dernière au paiement de dommages et intérêts respectivement du montant payé par lui à la SOCIETE3.).

En l'espèce, au vu des principes exposés ci-dessus, il faut retenir que PERSONNE1.) a un intérêt matériel de voir engager la responsabilité de la partie défenderesse tel que sollicité en cause.

Le moyen d'irrecevabilité tiré du défaut de qualité dans le chef de PERSONNE1.) n'est dès lors pas fondé, étant donné que sa demande tend à obtenir la condamnation de La Commune.

Il ressort de ce qui précède que PERSONNE1.) a qualité et intérêt pour agir contre la Commune et il y a lieu de rejeter, quant à cette demande, le moyen d'irrecevabilité soulevé par la partie défenderesse ;

Le moyen d'irrecevabilité soulevé est dès lors à rejeter et la demande est à déclarer recevable.

Cependant la question reste ouverte si PERSONNE1.) est réellement titulaire des droits qu'il invoque ?

Le FOND

Remarques préliminaires

Conformément à l'article 58 du Nouveau Code de procédure civile

« Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention. ».

L'article 1315 du Code civil prévoit que

« Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

Ces preuves ne sont pas rapportées par PERSONNE1.).

Dans l'assignation PERSONNE1.) fait valoir qu'il s'est porté caution envers la SOCIETE3.) pour la société la société SOCIETE2.) en faillite.

Le cautionnement invoqué par PERSONNE1.)

Aux termes de l'article 2011 du code civil dispose que *« celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même, » ;*

L'article 2016 du Code civil dispose que :

« (1) Le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette, même aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution.

(2) Lorsque le cautionnement est contracté par une personne physique, celle-ci est informée par le créancier de l'évolution du montant de la créance garantie et de ses accessoires au moins annuellement à la date convenue entre les parties ou, à défaut, à la date anniversaire du contrat, sous peine de déchéance de tous les accessoires de la dette, frais et pénalités.

(3) Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation. ».

PERSONNE1.) ne conteste ni la validité de l'obligation pour laquelle il s'est porté caution, ni la réalité de la garantie accordée par la Mutualité envers Commune dont le remboursement a été réclamé.

Il est constant en cause que l'acte souscrit avec la Mutualité n'est pas daté, pour un montant précis de 375.000 euros respectivement pour le compte de quelle autre entité à part la Mutualité il s'est porté caution.

Le cautionnement est le contrat par lequel une personne, la caution (PERSONNE1.) s'engage à l'égard d'un créancier (la Commune ou la Mutualité) à payer la dette d'un débiteur (la société SOCIETE2.) en faillite, ou la Mutualité) appelé débiteur principal, au cas où celui-ci serait défaillant.

Ces conditions ne sont pas remplies en l'espèce.

En effet, par la « *Bürgschaftlinie* » non datée signée par PERSONNE1.), il s'engage suivant l'article 13 de ce document « *auf eigenen Namen eine gesamtschuldnerische Bürgschaft der Bürgschaftlinie* ». Le nom de la société SOCIETE2.) en faillite ou de la Commune ne sont pas indiqués dans ce document.

Au vu des termes employés, le cautionnement souscrit par PERSONNE1.) est à qualifier d'indéfini.

Si le cautionnement est en principe un contrat civil, il convient de relever qu'il perd ce caractère lorsque, commerçant ou non-commerçant, celui qui l'a consenti avait un intérêt personnel de nature patrimoniale dans l'opération commerciale qui motive le cautionnement (cf. CA, 27 février 1996, n° 18089 du rôle).

En l'occurrence, il échet de rappeler que PERSONNE1.) était administrateur délégué, le tribunal ignore s'il était également salarié de la société SOCIETE2.) en faillite.

Il est, partant, évident qu'PERSONNE1.) aurait pu avoir un intérêt personnel de nature patrimoniale dans l'opération garantie, probablement la double couverture de la garantie de la société SOCIETE2.) en faillite envers la Mutualité. Cependant aucune mention dans cet acte invoqué par lui ne le confirme.

Il en découle que le cautionnement indéfini souscrit par PERSONNE1.) revêt un caractère commercial.

L'article 2016 du Code civil s'applique tant au cautionnement commercial, qu'au cautionnements civil, pour autant qu'il s'agit d'un cautionnement indéfini, tel qu'en l'espèce (cf. CA, 17 juin 2020, n° CAL-2018-00748 du rôle).

Suivant les dispositions de l'article 1315 du Code civil, il appartient à la caution qui oppose au créancier le caractère disproportionné de son engagement de le prouver. Faute de définition de la disproportion manifeste, son appréciation est une question de fait qui relève du pouvoir souverain des juges du fond.

Dans l'appréciation de la disproportion doivent être pris en compte non seulement les revenus de la caution, mais aussi les autres éléments de son patrimoine, notamment ses immeubles, ainsi que son passif existant. Dès lors que, compte tenu des droits dont il est grevé, du passif existant et des charges connues, le patrimoine de la caution couvre le montant de ses engagements, ceux-ci sont jugés non disproportionnés. La jurisprudence considère qu'il y a

disproportion manifeste dès que l'engagement de la caution, même modeste, ne lui laisse pas, compte tenu de ses autres charges, un minimum vital pour subvenir à ses besoins (cf. Juriscl. civ., *Articles 2288 à 2320*, fasc. 70, n° 80).

Les mêmes réflexions s'imposent quant paiement prétendument indûment réclamé par la Commune à la Mutualité, fondant le droit de PERSONNE1.) à en réclamer le remboursement sur les bases invoquées contre la Commune.

Il s'ensuit qu'PERSONNE1.) n'a pas établi à suffisance l'existence d'une disproportion de son engagement de caution par rapport à ses engagements contractés envers la Mutualité pour un montant de 375.000 euros ni qu'il serait en droit d'en réclamer le montant de 54.000 euros à la Commune.

D'ailleurs la Commune a contesté tout manquement à ses obligations lors de l'exécution de l'appel à garantie envers la Mutualité. Il résulte des pièces versées que la Mutualité a communiqué tant à PERSONNE1.) qu'elle serait obligé à satisfaire la lettre de garantie n° 33824 qu'au curateur.

PERSONNE1.) n'a pas contesté avoir réceptionné ces informations.

Il en découle qu'il a connu le montant de la dette de la Mutualité du fait de la défaillance de la société SOCIETE2.) en faillite à l'égard de la Commune.

D'ailleurs le débiteur de l'appel à garanti envers la Commune pour la société SOCIETE2.) en faillite, à savoir la Mutualité, a payé.

En sus, il ressort de la mise en demeure, qu'aussi après le prononcé du jugement de faillite de la société SOCIETE2.) du 13 décembre 2017, PERSONNE1.) a, dans l'année, été informé pour le montant de la créance s'élevant à 54.000 euros. Il a été d'accord à rembourser à la Mutualité par un acompte de 30.000 et ensuite de 1.000 euros par mois

Tel que relevé ci-avant PERSONNE1.) s'est engagé à titre personnel envers la MUTUALITE, l'acte visé ne comporte aucune mention qu'il l'aurait souscrit au nom et pour le compte la société SOCIETE2.) en faillite ou même en sa qualité d'administrateur de cette dernière mais uniquement « *auf eigenen Namen* », et ce pour un montant supérieur au montant actuellement en cause de 54.000 euros.

Les paiements à partir des comptes SOCIETE6.), à part une pièce portant le nom de PERSONNE3.), n'établissent pas pour les autres extraits le nom du titulaire du compte (la société SOCIETE2.) en faillite, SOCIETE7.) ou PERSONNE1.)) ou celui du bénéficiaire mais uniquement qu'il s'agit du compte de PERSONNE3.).

Les dispositions légales et réglementaires d'ordre public relatives aux marchés publics appliquées au présent litige en l'absence de contrat d'entreprise écrit versé, et il y a lieu de s'y référer.

La retenue de garantie légale est prévue par les articles 124 et 125 du règlement grand-ducal modifié du 8 avril 2018 portant exécution de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics.

L'article 124 dispose que « *Des ordonnances de paiement correspondant aux constats sont émises au profit de l'adjudicataire, sous déduction de 10 pour cent qui sont retenus en garantie lorsqu'il s'agit de marchés de travaux ou de fournitures* » et l'article 125 que « *À la demande de l'adjudicataire, la retenue de garantie de 10 pour cent peut être remplacée par une garantie bancaire ou émanant d'une mutualité de cautionnement.* »

Il convient également de rappeler que par le procédé de la retenue de garantie, le maître d'ouvrage retient un certain pourcentage de la somme qu'il doit payer en vue de s'assurer de la bonne finition des imperfections et malfaçons pendant un délai de garantie (cf. Cour d'appel, 4ème chambre, 18 mars 2009, n°32061 du rôle). Cette somme a donc précisément pour but de servir de caution à l'exécution du marché et d'assurer la bonne exécution des prestations conformément à ce qui avait été convenu entre les parties.

Conformément aux dispositions de l'article 1315 du Code civil, il appartient à la Commune qui a réclamé la libération de la retenue de garantie effectuée, de rapporter la preuve de l'existence d'une retenue de garantie et de son quantum, ainsi que la preuve que les conditions de la libération de cette retenue de garantie ont été remplies, ce qu'elle a prouvé par ce qui précède et à PERSONNE1.) de contredire les éléments ci-dessus ce qu'il n'a pas fait.

Pour le surplus, après la faillite, le 13 décembre 2017 les travaux de la première phase n'étaient pas achevés et étaient affectés de vices et malfaçons, le chantier a été en arrêt tel que confirmé après une visite des lieux par le bureau d'expertise WIES, qui a effectué un Etat des lieux se basant sur une « *Bestandaufnahme vom 30/5/2018* » et comprenant une « *Auflistung basierend auf der Mängeliste vom 13/3/2019 von SOCIETE2.) S.A.* » ainsi que le 16 novembre 2020 par un rapport d'expertise.

Le 9 avril 2020 SOCIETE8.) a contrôlé une facture SOCIETE4.) intervenue sur le chantier après la faillite de sorte que tant le non-achèvement que des vices et malfaçons sont établis par ces pièces.

Par une lettre de garantie n°33824 du 4 mai 2015 la SOCIETE3.) s'est engagée à rembourser, à première demande, tout montant que la Commune aura à régler jusqu'au montant de 54.000 euros, montant que par courrier du 5 mai 2020 avec information au curateur Me Eveline KORN, qui ne s'est pas opposé à libération du montant de 54.000 euros qui a été payé après un courrier de relancement de la Commune du 16 juillet 2020.

Il résulte des pièces versées de part et d'autre, que le chantier a été arrêté, la firme de construction SOCIETE4.) a continué le chantier, qu'aucune réception des travaux de la société SOCIETE2.) en faillite n'a eu lieu mais bien au contraire une première partie de la garantie a été libérée à la suite des état des lieux et du rapport d'expertise précités.

Si PERSONNE1.) sollicite la condamnation de la Commune au paiement du montant de 54.000 euros, le tribunal relève cependant qu'il ne verse aucune pièce ni aucun document ou éléments de preuve qui prouve que le montant réclamé a été payé par la Commune de façon non justifiée.

En l'espèce, le tribunal a retenu précédemment que la responsabilité de la société SOCIETE2.) en faillite dans le non-achèvement et les désordres constatés par l'état des lieux et l'expertise n'est pas dénué de fondement. Le curateur de la société SOCIETE2.) en faillite ne s'étant d'ailleurs pas opposé à la libération.

Dans ces circonstances, il convient de retenir que l'argumentation à la base de la demande dont PERSONNE1.) se prétend titulaire du droit de réclamer le montant de 54.000 euros à la Commune en contestant que la libération de la retenue de garantie n'est pas fondée. Si une libération doit avoir lieu, celle-ci pourra intervenir au plus tôt une fois les travaux de redressement effectués.

Quant à l'action fondée à titre principal sur les articles 1382 et suivants du Code civil

Cette action est à rejeter PERSONNE1.) n'ayant établi ni offert en preuve une faute et le lien causal entre une prétendue faute dans le chef de la Commune dans l'appel en garantie respectivement par après.

Bien au contraire il fait exposer qu'au moment de la faillite la phase 1 qu'il prétend être couvert par la garantie n'était pas encore terminée au moment de la faillite, alors quand la Commune a demandé à la Mutualité le 5 mai 2020 de remplir l'obligation de débiteur principal et donc le montant garanti sur base de divers travaux d'achèvement et de réfection prévus faits par la société de construction SOCIETE4.) relatif à l'extension du réservoir, après l'achèvement de ces travaux, demande à laquelle la Commune a joint 2 factures, ces affirmations ne paraissent pas dénuées de fondement ni injustifiées.

Il expose encore que la société SOCIETE2.) en faillite représentée par son curateur n'aurait émis aucune contestation et serait restée passive. Le tribunal en déduit que l'appel à garantie a été considéré justifié par le curateur.

La demande est à rejeter sur cette base.

Quant à l'action fondée à titre subsidiaire sur l'article 1166 : Action oblique

Aux termes de l'article 1166 du Code civil, les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne.

L'action oblique est destinée à lutter contre l'inertie d'un débiteur qui négligerait de faire valoir les droits qu'il détient à l'encontre de tiers.

Le créancier qui exerce l'action oblique doit non seulement démontrer que son débiteur est titulaire du droit qu'il entend mettre en œuvre par ce biais, mais encore qu'il s'abstienne de l'exercer.

L'action oblique permet ainsi à un créancier de se substituer à son débiteur inactif afin d'exercer, en son nom et pour son compte, ses droits et actions de nature patrimoniale à l'encontre de tiers.

L'action oblique, parfois qualifiée « *d'action indirecte* », contraint ainsi celui contre lequel elle est dirigée à s'exécuter au profit du débiteur : la reconstitution du patrimoine de ce dernier profite alors à l'ensemble des créanciers, et non pas seulement à celui qui a pris l'initiative de l'action oblique. Dès lors, l'action oblique, si elle aboutit, aura pour seul effet de ramener dans le patrimoine du débiteur les biens recouverts au moyen de l'action oblique. Le créancier agissant ne bénéficiera d'aucun privilège particulier sur ces biens du fait de son action.

Se pose donc la question si PERSONNE1.) est titulaire du droit qu'il invoque ?

En l'espèce, PERSONNE1.) ne formule aucune demande au nom et pour le compte de la société SOCIETE2.) en faillite tendant à voir condamner la Commune à payer à la société SOCIETE2.) en faillite un quelconque montant que cette dernière se serait abstenu de faire valoir.

Il réclame en nom personnel au contraire la condamnation de la Commune à lui payer directement une quote-part de la prétendue dette qu'il aurait payé.

L'exercice de l'action étant réservé au demandeur ayant qualité de créancier, est dès lors irrecevable, alors qu'il n'a pas qualité de créancier ni à l'égard de la société SOCIETE2.) en faillite, le cautionnement duquel il prétend tenir ses droits envers la Commune ayant été écarté pour ces motifs alors qu'il n'a pas établi être titulaire des droits qu'il a invoqué à cet égard.

Les créanciers de la société SOCIETE2.) en faillite de la Commune ne disposent d'aucune action directe à l'encontre de la Commune pour se faire payer une créance contractée par la société SOCIETE2.) en faillite, la demande est à rejeter.

Par ailleurs, le préjudice invoqué par PERSONNE1.), dont il réclame l'indemnisation découlerait, d'après ses allégations non confortées par des éléments de preuve, qu'après la mise en faillite de la société SOCIETE2.), le paiement réclamé par la Commune serait la conséquence directe des agissements fautifs de la Commune ; or ce préjudice invoqué, en admettant qu'il soit rapporté, affecterait la société SOCIETE2.) en faillite et non pas son administrateur.

Conformément aux dispositions de l'article 444 du code de commerce, le failli, à compter du jugement déclaratif de la faillite, est dessaisi de plein droit de l'administration de tous ses biens, même de ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite, et c'est le curateur et lui seul qui représente aussi bien le failli que la masse de ses créanciers.

En l'espèce, la société SOCIETE2.) en faillite ayant été déclarée en état de faillite le 13 décembre 2017, c'est exclusivement son curateur qui a qualité pour agir en son nom et pour son compte, de sorte que le moyen d'irrecevabilité de la demande de PERSONNE1.) pour défaut de qualité dans son chef est fondé quant au fond de la demande.

En l'espèce, PERSONNE1.) reproche à la Commune d'avoir fait indûment un appel à garantie envers la SOCIETE3.) sur base divers vices affectant les travaux effectués par la société SOCIETE2.) en faillite et agit à l'encontre de la Commune afin d'obtenir la condamnation de cette dernière au paiement de dommages et intérêts respectivement du montant payé par lui à la SOCIETE3.).

En l'espèce, au vu des principes exposés ci-dessus, il faut retenir que PERSONNE1.) n'a pas un intérêt matériel et personnel de voir engager la responsabilité de la partie défenderesse tel que sollicité en cause.

Au vu de tout ce qui précède la question restée ouverte si PERSONNE1.) est réellement titulaire de ce droit qu'il invoque doit être répondu par la négative de sorte que sa demande est non fondée.

Le moyen d'irrecevabilité du défaut de qualité est dès lors à admettre quant au fond.

Les demandes accessoires

Quant à la demande de PERSONNE1.) d'une indemnité pour frais et honoraires d'avocat sur base de la responsabilité délictuelle, cette demande est à rejeter alors qu'il n'est pas établi en quoi la défenderesse ait commis une faute par le seul fait de résister à la demande ;

Sa demande en allocation d'une indemnité de procédure est à rejeter au vu de l'issue du procès

Quant à la demande en obtention d'une indemnité de procédure de la Commune, celle-ci est à déclarer non fondée en principe la condition de l'iniquité n'ayant pas été établie.

PAR CES MOTIFS

le Tribunal d'arrondissement de Diekirch, siégeant en matière civile et en première instance, statuant contradictoirement ;

déclare la demande de PERSONNE1.) non fondée ;

déboute PERSONNE1.) de ses demandes en allocation d'une indemnité pour frais et honoraires d'avocat sur base de la responsabilité délictuelle et d'une indemnité de procédure ;

déboute l'SOCIETE1.) de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure.

Ainsi prononcé en audience publique au Palais de Justice à Diekirch par Nous, Brigitte KONZ, Présidente du Tribunal d'Arrondissement, assistée de la Greffière Cathérine ZEIMEN.

La Greffière
Cathérine ZEIMEN

La Présidente du Tribunal
Brigitte KONZ