

Jugement Commercial (IIIe chambre)
no 36/2017

Audience publique du vendredi, trois mars deux mille dix-sept

Numéro du rôle : 178.206

Composition :

Fabienne GEHLEN, vice-président,
Séverine LETTNER, juge,
Marc PUNDEL, juge délégué,
Yves ENDERS, greffier.

E N T R E :

la société anonyme **SOC1.)** SA, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),

appellante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Laura GEIGER de Luxembourg du 28 juin 2016,

comparant par Maître Tom FELGEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

E T :

la société anonyme **SOC2.)** Luxembourg SA, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),

intimée aux fins du prédit exploit de l'huissier de justice suppléant Laura GEIGER,

comparant par Maître Jean MINDEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

F A I T S :

L'affaire inscrite sous le numéro 178206 du rôle fut appelée à l'audience publique du mardi, 12 juillet 2016, lors de laquelle elle fut fixée au 7 février 2017 pour plaidoiries.

A cette audience, l'affaire fut utilement retenue et les débats eurent lieu comme suit :

Maître Tom FELGEN, avocat à la Cour, comparant pour la partie appelante, donna lecture de l'acte d'appel et développa les moyens de sa partie.

Maître Jean MINDEN, avocat à la Cour, comparant pour la partie intimée, répliqua.

Sur ce, le tribunal prit l'affaire en délibéré et il rendit à l'audience publique du vendredi, 3 mars 2017 le

J U G E M E N T Q U I S U I T :

Par requête déposée le 8 janvier 2015 au greffe de la justice de paix de et à Esch-sur-Alzette, la société anonyme **SOC2.) LUXEMBOURG SA** (ci-après : la société **SOC2.))** a sollicité la convocation de la société anonyme **SOC1.) SA** (ci-après la société **SOC1.))** devant le tribunal de paix d'Esch-sur-Alzette pour l'entendre condamner à lui payer un montant de 229.693,98 euros, sinon tout autre montant même supérieur à établir par expertise, avec les intérêts légaux à partir du 15 juillet 2014, date d'une mise en demeure, jusqu'à solde. Elle a encore demandé une indemnité de procédure de 6.000.- euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile, ainsi que la condamnation de la société **SOC1.)** au paiement des frais et dépens de l'instance.

La société **SOC2.)** a fondé son action sur les articles 1235 et 1376 du code civil ayant trait à la répétition de l'indu.

A l'appui de sa demande, elle a exposé que suivant contrat de bail commercial du 9 mai 2000, elle a pris à bail « un complexe de bureaux et un hall semi-industriel, situé dans la zone d'activité de **LIEU1.)** » en construction moyennant un loyer de base de 985.000 LUF indexé HTVA. Par avenant non daté, les parties ont convenu d'augmenter le loyer de base à concurrence de 36.537 LUF HTVA et par convention, intitulée « convention n° 1 », elles ont convenu d'une augmentation supplémentaire de loyer de 59.400 LUF payé une fois par an pendant quinze ans, que par erreur elle aurait payé cette augmentation de loyer mensuellement, de sorte à avoir effectué un trop-payé de 229.693,98 euros depuis le mois de mai 2002.

Elle a encore exposé que par avenant du 6 décembre 2011, suite à l'absorption de la société anonyme **SOC3.) S.A.**, par la société **SOC1.)**, celle-ci a repris le contrat de bail du 9 mai 2000 « aux mêmes conditions que le contrat initial, en tenant compte de tous

les avenants qui auraient été signés entre-temps » et que les parties ont adapté le 1^{er} paragraphe de l'article III relatif au loyer en fixant le loyer à 33.901,08 euros HTVA. Cette adaptation, qui ne devait tenir compte que de l'évolution de l'indice et de la conversion en euros, pâtit de la même erreur de calcul que les mensualités payées depuis le mois de mai 2002. C'est lors des négociations de la dernière convention « avenant n° 3 », signée le 28 mars 2014 et ayant eu pour objet de fixer le loyer mensuel à 33.613,26 euros HTVA à partir du 1^{er} avril 2014, qu'elle s'est rendue compte que chaque mois entre le 1^{er} mai 2002 et le 1^{er} avril 2014 elle a payé un loyer trop élevé.

La société **SOC1.)** après avoir soulevé l'exception de prescription quinquennale et le principe de la facture acceptée, a contesté la demande en répétition de l'indu en faisant valoir que le prix de la location convenu entre parties était un « loyer global », qui résulterait non seulement d'accords écrits mais aussi oraux, et qui a toujours été facturé mensuellement d'une manière globale sans opérer une quelconque ventilation entre le contrat de bail et les différents avenants y relatifs.

A titre subsidiaire, elle a fait valoir que même à supposer que la société **SOC2.)** ait commis une erreur au sujet du montant du loyer, cette erreur serait inexcusable et ne donnerait pas droit à répétition.

Par jugement du 27 janvier 2016, le tribunal de paix d'Esch-sur-Alzette, siégeant en matière de bail commercial, statuant contradictoirement et en premier ressort, a sursis à statuer afin de permettre aux parties de conclure sur la compétence matérielle du juge de paix, siégeant sur le fondement de l'article 3,3° du nouveau code de procédure civile, et a refixé à cette fin l'affaire à une audience ultérieure.

Par jugement du 11 mai 2016, le tribunal de paix d'Esch-sur-Alzette s'est déclaré compétent pour connaître de la demande, l'a dit recevable et fondée et a partant condamné la société **SOC1.)** à rembourser à la société **SOC2.)** la somme de 229.69,98 euros avec les intérêts légaux à partir du 15 juillet 2014, date d'une mise en demeure par lettre recommandée, jusqu'à solde. Il a encore condamné la société **SOC1.)** au paiement d'une indemnité de procédure de 1.500.- euros ainsi qu'au paiement des frais et dépens de l'instance.

De ce jugement, la société **SOC1.)** a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier de justice du 28 juin 2016.

La société **SOC1.)** demande, par réformation du jugement entrepris, à voir déclarer l'action en paiement de la société **SOC2.)** irrecevable sur base de l'article 2277 du code civil en ce qui concerne les prétendus suppléments de loyer versés jusqu'au mois de janvier 2010, sinon sur base de l'article 189 du code de commerce en ce qui concerne les prétendus suppléments de loyer versés jusqu'au mois de janvier 2005. A défaut, elle demande à voir déclarer la demande non fondée au regard de la théorie de la facture acceptée, sinon à voir déclarer qu'elle n'a opéré ni paiement indu ni commis une quelconque erreur en réglant le montant du loyer, partant à voir déclarer la

demande en répétition de l'indu non fondée et à être déchargée de toute condamnation prononcée à son encontre.

A titre subsidiaire, elle demande à voir constater qu'en tout état de cause, le montant du loyer a été arrêté de manière indubitable à compter de l'avenant au contrat de bail du 6 décembre 2011, de sorte que seuls les prétendus suppléments de loyers antérieurs à cette date pourraient être mis en compte dans le calcul de la somme redue à la société **SOC2.)**.

A titre tout à fait subsidiaire, elle demande à voir dire que la société **SOC2.)** a engagé sa responsabilité sur base des articles 1382 et 1383 du code civil, de sorte que le préjudice subi par la société **SOC1.)** de ce chef devra être indemnisé à hauteur de 31% de la somme réclamée, sinon tout autre montant même supérieur à juger par le tribunal.

Elle demande enfin une indemnité de procédure de 2.500.- euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile pour chacune des deux instances, la condamnation de la société **SOC2.)** au paiement d'un montant de 5.000.- euros à titre d'honoraires d'avocat, augmenté de la taxe sur la valeur ajoutée, ainsi que la condamnation de la société **SOC2.)** au paiement des frais et dépens des deux instances avec distraction au profit de son mandataire.

La société **SOC2.)** conclut à la confirmation pure et simple du jugement entrepris par adoption des motifs du juge de première instance.

Elle réclame une indemnité de procédure de 2.500.- euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile pour l'instance d'appel.

Moyens et prétentions des parties :

A l'appui de son appel, la société **SOC1.)** expose que c'est à tort que le juge de première instance n'a pas retenu l'exception de prescription prévue à l'article 2277 du code civil, qui prévoit une prescription de cinq années pour les actions en paiement des loyers et des fermages.

Elle expose que si des suppléments de loyers ont été versés, c'est en application du contrat de bail et des avenants y relatifs signés entre parties que ces paiements ont eu lieu, matière pour laquelle une prescription abrégée est prévue à l'article 2277 du code civil.

Dès lors la société **SOC2.)** serait forclosé à agir en ce qui concerne les prétendus suppléments versés au-delà du mois de janvier 2010, la requête introductive d'instance ayant été déposée le 8 janvier 2015 au greffe de la justice de paix d'Esch-sur-Alzette.

A titre subsidiaire, la société **SOC1.)** soulève l'irrecevabilité de la demande sur base des dispositions de l'article 189 du code de commerce, qui prévoit une prescription décennale.

Elle fait grief au juge de première instance d'avoir omis de statuer sur ce moyen soulevé lors des plaidoiries de première instance.

Les parties au litige étant commerçantes, la demande de la société **SOC2.)** serait forclosée pour tous les loyers qui remontent au-delà du mois de janvier 2005, la requête en matière de bail commercial ayant été déposée en date du 8 janvier 2015.

Au fond, la société **SOC1.)** conteste la demande en répartition de l'indu formulée par la société **SOC2.)**, au motif que celle-ci reste en défaut de rapporter la preuve d'une erreur dans son chef.

Elle reproche au juge de première instance de ne pas avoir retenu que les factures acceptées par la société **SOC2.)** correspondent, et pour l'objet du bail et pour le montant du loyer, en tous points à ce qui a été convenu entre parties. Dès lors le moyen tiré de la théorie de la facture acceptée basée sur l'article 109 du code de commerce serait fondé.

Elle fait grief au premier juge, bien qu'ayant retenu le principe de la facture acceptée, d'avoir retenu que le prix mensuel du bail indiqué sur les factures ne correspondait pas au prix convenu entre parties.

Elle fait plaider que pendant treize années la société **SOC2.)** a procédé au paiement des factures sans émettre la moindre contestation. Les avis d'indexation du loyer ont été régulièrement adressés à la société **SOC2.)** et ont fait l'objet de vérification avant paiement. Enfin, le prix du loyer correspond au prix du marché et a été validé et confirmé par la signature de l'avenant du 6 décembre 2011 prévoyant un montant global pour le loyer.

A titre subsidiaire, pour le cas où le tribunal retiendrait qu'il y a eu des paiements indus, la société **SOC1.)** donne à considérer que par avenant du 6 décembre 2011, le montant du loyer a été définitivement et incontestablement arrêté d'un commun accord entre parties, de sorte que seuls les prétendus suppléments indus antérieurs à cette date seraient sujets à restitution.

A titre plus subsidiaire, la société **SOC1.)** soutient que la responsabilité de la société **SOC2.)** est engagée sur base des articles 1382 et 1383 du code civil.

Elle affirme que la société **SOC2.)** aurait commis une erreur grossière et inexcusable en procédant, pendant treize années, au paiement d'un loyer qu'elle estime trop élevé sans jamais émettre la moindre contestation. Cette erreur lui aurait directement et indéniablement causé un préjudice, alors qu'elle a été imposée sur le montant des

loyers perçus à hauteur d'environ 31% de sorte qu'il y aura lieu de réduire le montant redu en vertu de l'article 1235 du code civil.

La société **SOC2.)** soutient que c'est à bon droit que le juge de première instance a qualifié le paiement litigieux d'indu objectif et que par conséquent, la preuve d'une erreur dans son chef n'était pas nécessaire.

Elle conteste l'application des prescriptions abrégées quinquennale, sinon décennale invoquées par la société **SOC1.)**, alors que le juge de première instance a, à juste titre, retenu que l'action en répétition de l'indu relève des quasi-contrats soumis à la prescription trentenaire de droit commun.

La société **SOC2.)** fait plaider que la théorie de la facture acceptée ne saurait s'appliquer à la présente espèce alors que son silence suite à la réception des factures trouverait son origine dans l'erreur existante dans son chef.

Elle conteste encore toute faute délictuelle dans son chef ainsi que l'existence d'un lien causal entre une prétendue faute et le préjudice allégué par la société **SOC1.)**. La demande en indemnisation basée sur les articles 1382 et 1383 du code civil serait dès lors non fondée.

Motifs de la décision :

Il est constant en cause que suivant contrat de bail du 9 mai 2000, la société anonyme **SOC3.)** SA a donné en location à la société **SOC2.)** l'intégralité d'un complexe de bureaux et un hall semi-industriel en construction situé dans la zone d'activité de **LIEU1.)**, pour un loyer de base mensuel fixé à 985.000 LUF indexé HTVA.

Par avenant n°1 non daté, les parties ont convenu du paiement d'un loyer supplémentaire de 36.537 LUF augmenté de la TVA pendant une durée de quinze années.

Par convention n° 1 du 19 juillet 2001, les parties ont convenu que les frais relatifs aux travaux supplémentaires seraient supportés pour moitié, soit à hauteur d'un montant de 655.139 LUF directement par la société **SOC2.)**, et pour l'autre moitié, par le biais d'une augmentation du loyer annuel, calculée avec un taux de rendement de 9%, soit un montant de 59.400 LUF.

Le 25 décembre 2011 le projet de fusion tenu en date du 19 octobre 2011 entre la société anonyme **SOC3.)** SA et la société **SOC1.)** a été ratifié.

Suite à cette fusion la société **SOC1.)** S.A. et la société **SOC2.)** ont signé l'avenant du 6 décembre 2011 aux termes duquel elles ont convenu que la société **SOC1.)** S.A. reprend le contrat de bail signé en date du 9 mai 2000 aux mêmes conditions que le contrat initial, et en tenant compte de tous les avenants qui ont été signés entre-temps. Elles ont précisé que :

« Le 1^{er} paragraphe de l'article III relatif au loyer, exprimé en francs luxembourgeois, est adapté comme suit conformément à la dernière indexation du 1^{er} août 2011 :

« La présente location est consentie et acceptée moyennant un loyer mensuel du montant suivant : 33901,08 (trente-trois mille neuf cent et un euros et huit cents) + TVA 15% (taux actuellement en vigueur de 5.085,16 euros ».

Tous les autres avenants, clauses, ou articles au contrat initial, signés entre les parties le 9 mai 2000 restent inchangés. »

Enfin, par avenant n° 3 signé le 28 mars 2014, les parties ont révisé le loyer mensuel de base et l'ont fixé à la somme de 33.613,26 euros à augmenter de la TVA, à partir du 1^{er} avril 2014. Cette révision du loyer venant en remplacement de toutes les clauses et accords précédents relatifs au loyer.

Par courrier électronique du 25 mars 2014, la société **SOC2.)** a informé la société **SOC1.)** qu'après analyse du détail de la facturation des loyers elle a constaté une erreur dans les paiements et dans l'exécution de l'avenant no 1 du 19 juillet 2001. Elle explique que les parties auraient convenu d'une augmentation annuelle du loyer d'un montant de 59.400 LUF, mais que le loyer a été facturé mensuellement de sorte que pendant la période de mai 2002 à mars 2014 inclus, elle aurait payé un montant mensuel indexé de $(24.417,51+905,73+1.472,49 =) 26.795,73$ euros x $784,53/620,10 = 33.901,08$ euros, soit un montant total de 229.693,98 euros HTVA au-delà de ce qui était réellement dû.

Par courrier du 3 avril 2014, la société **SOC1.)** a contesté tout paiement indu dans le chef de la société **SOC2.)**, ainsi que toute erreur de consentement dans le chef de celle-ci au motif que l'avenant du 6 décembre 2011 prévoyait un loyer global de 33.901,08 euros plus TVA reflétant tout ce qui a été fixé par écrit dans les contrats et avenants sans opérer une distinction entre plusieurs éléments/avenants.

- Quant à la prescription de la demande

La société **SOC1.)** fait grief au juge de première instance en ce qu'il n'a pas retenu que l'action en remboursement de la société **SOC2.)** serait prescrite sur base de l'article 2277 du code civil, sinon sur base de l'article 189 du code de commerce.

Elle estime que l'action en remboursement introduite par la société **SOC2.)** suivant requête déposée au greffe de la justice de paix d'Esch-sur-Alzette le 8 janvier 2015 serait prescrite au-delà du 8 janvier 2010 sur base de la prescription quinquennale édictée à l'article 2277 du code civil, sinon à compter du 8 janvier 2005 sur base de la prescription décennale édictée à l'article 189 du code de commerce.

La société **SOC2.)** soutient que c'est à bon droit que le juge de première instance a retenu que la demande est soumise à la prescription trentenaire, volet d'ailleurs non

attaqué par l'acte d'appel. Elle conteste l'application de la prescription décennale à défaut d'obligation commerciale dans le chef la société **SOC1.**), condition d'application des dispositions de l'article 189 du code de commerce.

Le moyen tiré de la prescription s'analyse en une fin de non-recevoir qui peut être soulevée en tout état de cause et même pour la première instance d'appel (Cour d'appel du 1^{er} février 2006, numéro 30119 du rôle).

Aux termes de l'article 2277 alinéa 2 du code civil, se prescrivent par cinq ans les actions de paiement des arrérages des rentes perpétuelles et viagères et de ceux des pensions alimentaires ; des loyers et fermages ; des intérêts des sommes prêtées, et généralement de tout ce qui est payable par années ou à des termes périodiques plus courts.

La prescription de cinq ans établie par cette disposition ne s'applique qu'autant que la prestation présente le double caractère de périodicité et de fixité.

Or, si ce texte s'applique aux charges stipulées payables au moyen d'une provision mensuelle payée en même temps que le loyer, en raison notamment de la périodicité de cette dette, il ne s'applique cependant pas à l'action en répétition des loyers, respectivement de charges indûment versés qui relève du régime spécifique des quasi-contrats (JCL Code civile, art.2270 à 2278, Fas.100, n^{os} 126 et 142, p.18 et suivantes).

Par ailleurs, et comme le soulève à bon droit la société **SOC2.**), il ne s'agit pas en l'occurrence d'une action en recouvrement de loyers impayés mais bien d'une action en remboursement de loyers payés indûment.

L'action en répétition de l'indu relevant du régime spécifique des quasi-contrats et ne se trouve partant pas soumise à une prescription abrégée des articles 2277 du code civil et 189 du code de commerce.

Le présent droit à réparation naît d'une action en répétition de l'indu, soumise à la prescription de droit commun (TAL 21 mars 2002, n^o 69273 du rôle, JCL civil, v^o Prescription et possession, art. 2270 à 2278, Fas. 100, n^{os} 122 et 146).

Contrairement aux conclusions de la société **SOC1.**), c'est partant à bon droit que le juge de première instance a rejeté l'exécution tirée de la prescription de l'action en répétition de l'indu.

Il y a partant lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a retenu que l'action en répétition de l'indu est soumise à la prescription trentenaire et que la demande, est partant recevable.

- Quant au fond :

L'action en répétition de l'indu trouve son fondement dans l'article 1235 du code civil qui pose le principe que « tout paiement suppose une dette et ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition ». La répétition de l'indu est règlementée par les articles 1376 à 1381 du code civil.

Aux termes de l'article 1376 du code civil, celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu.

La doctrine et la jurisprudence distinguent traditionnellement entre l'indu objectif et l'indu subjectif.

L'indu objectif, que l'on peut qualifier d'absolu, correspond à l'hypothèse où la dette n'existe pas du tout : le versement est sans cause pour les deux parties, il n'y avait ni dette ni créance. Le « solvens » a donc payé à tort et « l'accipiens » a reçu sans titre. Dans le cas de l'indu subjectif, il n'existait aucun rapport d'obligation, aucune dette entre le « solvens » et « l'accipiens ». Le débiteur paie ce qu'il doit à une personne autre que le véritable créancier, ou bien c'est le véritable créancier qui reçoit ce qui lui est dû, mais le « solvens » est une personne autre que le débiteur (STARCK, ROLAND et BOYER, Droit civil des obligations, Tome 3, Régime général, 6^e édition, n°277).

En l'espèce, c'est à bon droit que le juge de première instance a retenu que la demande introduite par la société **SOC2.** se situe dans le cadre de l'indu objectif, alors qu'elle affirme que le paiement à hauteur de 229.693,98 euros au profit de la société **SOC1.** était sans cause, et que pour cette partie, il n'y a ni dette ni créance, partant qu'elle a payé une somme supérieure à celle due.

C'est enfin à bon droit que le juge de première instance a retenu que la charge de la preuve de l'existence d'un paiement sans cause incombe au demandeur, c'est-à-dire en l'espèce la société **SOC2.** (JCL, droit civil, art. 1376 à 1281, fasc. unique, n°105).

C'est encore à bon droit que le premier juge a retenu qu'en cas de répétition de l'indu objectif, la preuve d'une erreur du solvens n'est pas exigée. Celui-ci n'a d'autre preuve à apporter que celle de l'existence d'un paiement indu, c'est-à-dire d'un paiement sans cause et la circonstance que le paiement indu est intervenu à la suite d'une faute du solvens est indifférente (Cass. 3^e civ. 17.2.1994, D.1994. I.R. p.117 ; Cass.com. 15.10.1966, D.1996, I.R. p. 243 ; Cour 23.5.2001, P.32, 139 ; Jacques Mestre dans RTDC 1999, p.102 ; Cour, 11 novembre 2004 n° su rôle 26688).

La jurisprudence retient que, dans le cas de l'indu objectif, la faute du « solvens » ne constitue pas un empêchement à son action en répétition. La jurisprudence aussi bien que la doctrine s'accordent pour retenir que les fautes commises par le solvens et le préjudice subi par l'accipiens donnent lieu à l'attribution de dommages-intérêts, sans pouvoir faire obstacle à la demande en répétition (STARCK, ROLAND et BOYER, op. cité, n°303 et décisions y citées ; C. Appel Bruxelles 15 octobre 1996, RDCB 1997, p.748 ; idem Bruxelles 6 mai 1998, RDCB 1999, p.688).

L'éventuelle faute ou erreur dans le chef de de la société **SOC2.)** ne constitue donc pas une fin de non-recevoir dans son chef.

La société **SOC1.)** s'oppose à la demande adverse en se basant sur le principe de la facture acceptée, affirmant que les loyers dont la société **SOC2.)** réclame la restitution ont fait l'objet de factures acceptées en raison de leur paiement sans réserves.

La société **SOC2.)** conteste qu'il y ait eu facture acceptée au motif que le silence gardé par elle suite à la réception des factures résidait dans son erreur.

Conformément à l'article 109 du code de commerce, la preuve des achats et ventes entre commerçants se fait notamment au moyen d'une facture acceptée. Cette acceptation peut être expresse ou tacite.

Ce texte a une portée générale et s'applique non seulement aux ventes commerciales mais à tous les autres contrats revêtant un caractère commercial tels que les contrats relatifs à des prestations de service.

L'acceptation tacite est celle qui résulte de tout fait autre que le langage direct. En ce qui concerne l'acceptation des factures, ces faits sont principalement le silence du client, la réception du document, le paiement de tout ou partie du montant de la facture, et la disposition des choses facturées, par le client. Ces circonstances et d'autres équivalentes, quand elles sont admises comme preuve de l'acceptation, le sont à titre de présomption (voir A. Cloquet, La facture, n^{os} 436 et 437).

A l'égard d'un client commerçant le juge pourra autoriser les modes de preuve du droit commercial, dont le principe de la facture acceptée. Mais c'est là pour le juge une simple faculté, que la doctrine et la jurisprudence recommandent au juge de n'exercer qu'avec une grande circonspection.

Au premier stade, il s'agit de prouver l'acceptation de la facture, le juge peut admettre ou refuser la présomption comme preuve de cette acceptation. Il apprécie souverainement s'il y a lieu d'admettre ce mode de preuve et si les faits avancés à titre de présomption atteignent à ses yeux la signification d'une acceptation de la facture (voir A. Cloquet, La facture, n^{os} 326 et 467).

Les présomptions ordinaires et les présomptions légales que le législateur n'a pas voulu irréfragables, (tel que c'est le cas pour la facture acceptée), peuvent être renversées par la preuve contraire. Cette preuve contraire peut être faite par toute voie de droit, c'est-à-dire également par les présomptions de l'homme (voir A. Cloquet, La facture, n^o 473).

La société **SOC1.)** soutient qu'en l'espèce il y a facture acceptée dans le chef de la société **SOC2.)**, alors qu'elle n'a émise aucune contestation avant le 25 mars 2014 et a

procédé au paiement de 144 loyers avant de s'apercevoir d'une prétendue erreur de facturation.

La société **SOC2.)** affirme qu'elle ne se serait pas rendue compte de ce que la société **SOC1.)** procédait à une facturation mensuelle de l'augmentation de loyer bien qu'il ait été convenu qu'elle était payable annuellement. Elle ne se serait rendue compte de cette erreur que lors des négociations de la dernière convention conclue entre parties au mois de mars 2014.

En l'espèce, la clause litigieuse relative à l'augmentation du loyer se trouve dans la convention n° 1 non datée et portant le cachet de la date du 19 juillet 2001.

Aux termes de cette clause, « *Les parties conviennent que les suppléments tels que repris dans le courrier émis par le cabinet (...), et annexé à la présente, sont pris en charge comme suit :*

*50%, soit LUF 655.139,- seront facturés par les fournisseurs à **SOC2.)** en direct
50%, soit LUF 59.400,- feront l'objet d'une augmentation de loyer annuel calculé avec un taux de rendement à 9% ».*

Les parties sont en désaccord quant à l'interprétation à donner à cette clause. La société **SOC1.)** conclut au paiement mensuel du supplément de loyer, tandis que la société **SOC2.)** conclut au paiement annuel.

Il résulte de l'article III « Loyer » du contrat de bail du 9 mai 2000 que le loyer est payable mensuellement, tandis que dans la clause litigieuse de la convention n° 1 portant le cachet du 19 juillet 2001, il est expressément stipulé que le paiement de 50% des travaux supplémentaires, soit 59.400 LUF fera l'objet d'une augmentation du loyer annuel.

Contrairement aux affirmations de la société **SOC1.)**, l'avenant du 6 décembre 2011, signé suite à la fusion entre la société anonyme **SOC3.)** SA et la société **SOC1.)**, ne déroge pas aux dispositions antérieures ayant lié la société anonyme **SOC3.)** SA et la société **SOC2.)**. En effet, le prédit avenant dispose dans son point II, premier alinéa, que la reprise du bail par la société **SOC1.)** se faisait « *aux mêmes conditions que le contrat initial, en tenant compte de tous les avenants qui auraient été signés entre-temps* » documentant ainsi que le contrat de bail tel que initialement contracté avec la société anonyme **SOC3.)** S.A. était repris par la société **SOC1.)**. L'objet de cet avenant visait entre autre l'adaptation du loyer, exprimé jusque-là en francs luxembourgeois, en euros suivant la dernière indexation du 1^{er} août 2011. Il n'en résulte pas que les parties y ont redéfini un loyer mensuel et ont consenti à un loyer « global » mensuel, ce qui est encore corroboré par les décomptes d'indexation de loyer opérant une ventilation entre les différents éléments à savoir « *complexe de bureau et hall industriel* », « *aménagement de la cuisine* » et « *suppléments (convention 27/06/ 2001)* ».

En effet, les parties ont toujours pris note de préciser dans les différents avenants conclus successivement, que les conditions antérieures relatives au loyer restaient inchangées. Les avenants ne tenant compte que de la volonté des parties qui au fur et à mesure de l'achèvement de la construction des lieux loués ont noté leur accord par écrit dans un avenant supplémentaire, en respectant les termes antérieurement fixés. Au fil du temps elles n'ont jamais annulé les dispositions antérieures prises relatives au loyer dont les premières datent de 2001 et cela jusqu'à la conclusion du dernier avenant pris en date du 28 mars 2014 (no 3).

C'est en effet cet avenant du 28 mars 2014 qui prévoit un loyer « global » mensuel et précise expressément qu'il annule et remplace toutes les dispositions antérieures relatives au loyer. Or, force est de constater que cet avenant lui-même stipule que ces changements relatifs au loyer ne sont appliqués qu'à partir du 1^{er} avril 2014, de sorte qu'on ne saurait leur prêter un quelconque effet rétroactif avant cette date.

Au vu des éléments qui précèdent, le tribunal déduit que la société **SOC2.)** a rapporté la preuve de l'absence de cause de ses paiements, de sorte que le principe de la facture acceptée ne saurait être opposé à la demande en répétition de l'indu.

Au vu des développements qui précèdent, il y a lieu de confirmer jugement en ce qu'il a déclaré la demande fondée pour un montant de 229.693,98 euros, avec les intérêts au taux légal à partir du 15 juillet 2014, date d'une mise en demeure par lettre recommandée, jusqu'à solde.

Il s'ensuit que la base subsidiaire de la demande de la société **SOC1.)** n'est pas fondée l'avenant du 6 décembre 2011 ne dérogeant pas aux dispositions antérieures relatives au loyer liant les parties.

La société **SOC1.)** demande en dernier ordre de subsidiarité à voir réduire les montants redus à la société **SOC2.)** au motif qu'elle a été imposée sur base des loyers indûment reçus à hauteur d'indexation de 31%. Elle base sa demande sur les articles 1382 et 1382 du code civil

La société **SOC2.)** conteste toute faute dans son chef, ainsi que l'existence d'un préjudice et d'un lien causal.

Il est de principe que l'erreur commise lors du paiement de l'indu peut, en application des articles 1382 et 1383 du code civil, engager la responsabilité civile du solvens et donner lieu au paiement de dommages-intérêts en cas de préjudice subi par celui qui a reçu l'indu (Cour d'appel 23 mai 2001, P. 31, p. 139; Cour d'appel 11 novembre 2004, numéro du rôle 26688).

Il faut dès lors que la société **SOC1.)** prouve l'existence d'une faute dans le chef de la société **SOC2.)**, d'un préjudice dans son chef et d'une relation causale entre ces deux éléments.

En l'espèce la société **SOC1.)** a commis une faute en facturant des loyers supplémentaires non contractuellement fixés entre parties, que cette faute respectivement la mauvaise interprétation de la clause litigieuse par la société **SOC1.)** est à l'origine de son propre préjudice allégué, et est partant en relation directe avec le préjudice allégué.

Il s'ensuit que la demande de la société **SOC1.)** basée sur la responsabilité contractuelle n'est pas non plus fondée.

- Quant à la demande en paiement des frais d'avocat

La société **SOC1.)** réclame encore un montant de 5.000.- euros au titre des honoraires d'avocat qu'elle a dû exposer.

De prime abord le tribunal note qu'à l'appui de sa demande la société **SOC1.)** ne verse aucune pièce, en l'occurrence un mémoire d'avocat avec preuve de paiement.

La circonstance que l'article 240 du nouveau code de procédure civile permet au juge, sur le fondement de l'équité, d'allouer à une partie un certain montant au titre des sommes non comprises dans les dépens, dont les honoraires d'avocat, n'empêche pas une partie de réclamer ces honoraires au titre de réparation de son préjudice sur base de la responsabilité contractuelle ou délictuelle, à condition d'établir les éléments conditionnant une telle indemnisation, à savoir une faute, un préjudice et une relation causale entre la faute et le préjudice (cf. JCl. Proc. civ. fasc. 524, nos 6 et suivants).

En effet, par arrêt du 9 février 2012, la Cour de cassation (rôle n° 5/12) a condamné la solution de droit français suivant laquelle les frais et honoraires d'avocat ne constituent pas un préjudice réparable au titre de la responsabilité civile. Suivant cette décision, les frais et honoraires d'avocat peuvent donner lieu à indemnisation sur base de la responsabilité civile de droit commun en dehors de l'indemnité de procédure. La Cour a, en effet, retenu que les frais non compris dans les dépens, donc également les honoraires d'avocat, constituent un préjudice réparable et peuvent être remboursés sur base de la responsabilité pour faute des articles 1382 et 1383 du code civil.

La demande de la société **SOC1.)** est dès lors recevable.

Or tel qu'il résulte des développements qui précèdent la société **SOC1.)** a commis une faute en relation directe avec son propre préjudice.

Il s'ensuit que la demande est non fondée.

- Quant aux indemnités de procédure

La société **SOC1.)** demande, par réformation du jugement entrepris, pour la première instance une indemnité de procédure de 2.500.- euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Il y a lieu de préciser que le jugement entrepris du 11 mai 2016 a rejeté la demande de la société **SOC1.)** pour être non fondée.

L'application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile relève du pouvoir discrétionnaire du juge (Cour de Cass. Française, 2ème chambre, arrêt du 10 octobre 2002, Bulletin 2002, II, n° 219, p. 172, arrêt du 6 mars 2003, Bulletin 2003, II, n° 54, p. 47).

Au vue de l'issue du litige il y a lieu de confirmer le jugement entrepris sur ce point et de déclarer la demande de la société **SOC1.)** en obtention d'une indemnité de procédure de 2.500.- euros pour la première instance, non fondée.

Pour l'instance d'appel, la société **SOC1.)** et la société **SOC2.)** demandent chacune une indemnité de procédure de 2.500.- euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

La Cour de Cassation a admis le caractère cumulable de l'indemnité de procédure, trouvant son origine dans une responsabilité sans faute et du remboursement intégral des honoraires d'avocat à titre de dommages et intérêts, procédant d'une faute (Cass., 9.2.2012, no 5/12, JTL 2012, p.54 cité par Georges Ravarani, La responsabilité civile des personnes privées et publiques, p.1127). Il s'agit donc de demandes différentes par leur objet.

La demande de la société **SOC1.)** est dès lors recevable.

Cependant au vu de l'issue de l'instance d'appel, la demande de la société **SOC1.)** en allocation d'une indemnité de procédure est à rejeter et il y a lieu de la condamner aux dépens de l'instance d'appel.

A défaut d'avoir rapporté l'iniquité requise par l'article 240 du nouveau code de procédure civile, la demande de la société **SOC2.)** n'est pas fondée.

PAR CES MOTIFS :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, troisième chambre, siégeant en matière de bail commercial et en instance d'appel, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel en la forme,

le dit non fondé,

confirme le jugement entrepris du 11 mai 2016,

dit recevable mais non fondée la demande de la société anonyme **SOC1.) SA** en indemnisation des frais engendrés par les honoraires d'avocat,

partant en déboute,

dit recevable mais non fondée la demande de la société anonyme **SOC1.) SA** en obtention d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile pour l'instance d'appel,

partant en déboute,

dit recevable mais non fondée la demande de la société anonyme **SOC2.) LUXEMBOURG SA** en obtention d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile pour l'instance d'appel,

partant en déboute,

condamne la société anonyme **SOC1.) SA** aux frais et dépens de l'instance d'appel.