

Jugement civil no 8 / 2012 (XVIIe chambre)

Audience publique du mercredi, onze janvier deux mille douze.

Numéro 131707 du rôle

Composition:

Marianne HARLES, vice-président,
Marie-Anne MEYERS, premier juge,
Charles KIMMEL, juge,
Pascale HUBERTY, greffier assumé.

E n t r e

la société à responsabilité limitée COGECO, établie et ayant son siège social à L-5810 Hespérange, 43, rue de Bettembourg, représentée par son gérant actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le n°0102047,

demanderesse aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 7 juillet 2010,

défenderesse sur reconvention

comparant par Maître Nicolas DECKER, avocat, demeurant à Luxembourg,

e t

1) **A.**), sans état connu, demeurant à L-(...), (...),

2) **B.**), sans état connu, demeurant à L-(...), (...),

défendeurs aux fins du prédit exploit BIEL,

comparant par Maître François PRUM, avocat, demeurant à Luxembourg.

3) la société anonyme VSX, établie et ayant son siège social à L-1371 Luxembourg, 5, Val Sainte Croix, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce de Luxembourg sous le n°B 129925, actuellement sans siège social connu,

défenderesse aux fins du prédit exploit BIEL,

demanderesse par reconvention

comparant par Maître François PRUM, avocat, demeurant à Luxembourg.

L e T r i b u n a l

Vu l'ordonnance de clôture du 9 novembre 2011.

Entendu le rapport fait en application de l'article 226 du nouveau code de procédure civile.

Entendu la société à responsabilité limitée COGECO par l'organe de son mandataire Maître Arnaldina FERREIRA DA SILVA en remplacement de Maître Nicolas DECKER, avocat constitué.

Entendu **A.)**, **B.)** et la société anonyme VSX par l'organe de son mandataire Maître Jean-Claude BOUR, avocat, en remplacement de Maître François PRUM, avocat constitué.

Suivant commande du 19 décembre 2006 et sur base d'un bordereau de soumission établi par le bureau d'architecte BALLINI, PITT & PARTNERS, la société à responsabilité limitée COGECO a été chargée d'effectuer des travaux de gros-œuvre sur le chantier de construction de la résidence dénommée VSX Val Sainte Croix sise à Luxembourg, 5, Val Sainte Croix pour un montant de 1.281.927,40 euros. Le contrat de construction a été signé par **A.)** et son épouse **B.)**. Les factures de la société COGECO ont été adressées à la société anonyme VSX, dont **A.)** et **B.)** sont les représentants.

Par exploit de l'huissier de justice du 7 juillet 2010, la société à responsabilité limitée COGECO a fait donner assignation à **A.)**, à **B.)** et à la société anonyme VSX à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, aux fins de les voir condamner solidairement, sinon in solidum, sinon chacun pour le tout à payer à la requérante le montant de 62.564,12 euros, avec les intérêts légaux à partir de la mise en demeure du 10 février 2010, sinon à partir de la demande en justice jusqu'à solde, de voir dire

que le taux de l'intérêt sera augmenté de trois points à compter du premier jour du quatrième mois qui suit la signification du jugement à intervenir et de leur voir accorder une indemnité de procédure de 5.000 euros.

A l'appui de sa demande, la société COGECO expose qu'elle a exécuté les travaux qui lui avaient été commandés et que les factures qu'elle a émises entre le mois de novembre 2007 et le mois de janvier 2010 ont été toutes approuvées par l'architecte **C.**). Elle estime que sur 63 factures, les parties défenderesses ont indument retenu des escomptes et que cinq factures des mois de novembre et décembre 2009 n'ont pas été payées, faisant qu'un montant total de 62.564,12 euros reste impayé. Elle conclut au bien-fondé de sa demande en paiement sur base de l'article 109 du code de commerce.

Dans un premier corps de conclusions, les parties défenderesses se rapportent à prudence de justice quant à la recevabilité de l'assignation et elles sollicitent la communication des factures figurant dans le listing de l'assignation. Dans des conclusions subséquentes, les parties défenderesses soulèvent l'incompétence du tribunal, sinon l'irrecevabilité de la demande au vu de la clause d'arbitrage prévue au contrat. **A.)** et **B.)** concluent à être mis hors cause au motif qu'ils n'ont pas contracté à titre personnel. Subsidiairement, en ce qui concerne le fond, les parties défenderesses font valoir qu'il y a lieu à application du taux d'escompte de 3% convenu entre parties. Elles se rapportent à prudence de justice quant au bien-fondé de la demande adverse relative au paiement des cinq factures.

Par conclusions notifiées le 20 janvier 2011, la société VSX formule une demande reconventionnelle contre la société COGECO du chef de pénalités de retard en application des dispositions contractuelles liant les parties, et plus particulièrement en application des articles 104-11.02 et 104-11.07 du cahier des conditions générales et de l'article 200.10 des conditions particulières. Elle sollicite à ce titre le paiement de la somme de 111.471,95 euros, avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde. Elle conclut à la compensation entre les créances réciproques. Par conclusions notifiées le 21 juin 2011, la société VSX formule une demande reconventionnelle additionnelle en paiement de la somme de 8.574,96 euros correspondant aux frais qu'elle a déboursés pour la réalisation des travaux de remise en état ou de finition qui étaient contractuellement dévolus à la société COGECO.

Pour autant que de besoin, les parties défenderesses offrent de prouver les faits suivants par l'audition de témoins :

*« La société VSX représentée par Monsieur et Madame **A.) - B.)** ont chargé le cabinet d'architecte BALLINI et PITT d'établir un bordereau de soumission pour des travaux de gros-œuvre relatif à une résidence dénommée VSX Val Sainte Croix à Luxembourg.*

Un bordereau de soumission avec cahier des charges (cahier des conditions générales) a été établi par le cabinet d'architecte BALLINI ET PITT.

La société COGECO s'est montrée intéressée par le projet et a été sélectionnée par VSX pour réaliser les travaux de gros-œuvre en question. Ainsi, COGECO a signé le bordereau de soumission des travaux le 3 novembre 2006. Les travaux portaient sur la somme totale de 1.288.752,03 euros HTVA.

Il était prévu que COGECO affecte à ces travaux de gros-œuvre entre 9 et 14 personnes. COGECO affirmait aussi en acceptant le bordereau de soumission avoir eu connaissance de toutes les pièces du dossier de soumission et s'engageait à exécuter les travaux de fournitures conformément aux conditions du dossier de soumission et avec le personnel précité.

La durée prévue des travaux était fixée à 150 jours ouvrables.

Or, le chantier a pris un retard considérable et ne s'est pas limité à 150 jours ouvrables tels que fixés contractuellement.

Les travaux ont débuté le 1^{er} octobre 2007 pour se terminer le 20 octobre 2010. Entre temps, le chantier a pris un retard chronique et différents courriers ont été adressés par l'architecte BALLINI ET PITT afin de mettre en garde COGECO de ces problèmes sur chantier.

A titre d'exemple non exhaustif, le 7 juillet 2008, BALLINI ET PITT écrivait à COGECO que le planning des travaux pour la dalle du rez-de-chaussée n'était pas respecté. Il a été constaté que seuls 3 ou 4 ouvriers de COGECO étaient présents sur chantier pour le mois de juillet 2008 ce qui avait contribué au dépassement du délai.

Le 25 septembre 2008, BALLINI ET PITT indiquait à COGECO que l'électricien ne pouvait poser des spots alors que COGECO n'avait pas préparé les installations nécessaires pour ce faire. De même le 11 novembre 2008, BALLINI ET PITT sommait COGECO de déblayer immédiatement les terrasses sur le 3^{ème} étage pour permettre au couvreur (...) d'intervenir et de réaliser les travaux de toiture.

Le 4 décembre 2008, BALLINI ET PITT indiquait à nouveau avoir constaté que seulement 4 ouvriers de COGECO étaient présents sur le chantier de sorte que les travaux prenaient du retard. L'architecte indiquait d'ailleurs que les travaux de béton étaient arrêtés depuis une semaine ce qui avait entraîné l'impossibilité pour la société ISOLETANCHE de procéder aux travaux d'étanchéité au niveau des fenêtres du rez-de-chaussée.

Une réception provisoire a néanmoins été organisée par le cabinet d'architecte en présence des parties, le 25 septembre 2009, dans laquelle il a été constaté que différents travaux n'avaient pas encore été exécutés par COGECO.

Ainsi dans ce constat de réception provisoire était précisé que des travaux restaient en souffrance, à savoir :

- tranchée et ensuite remblais pour la canalisation d'eau pluviale, eaux usées, raccord électrique, PTT, etc. ...*
- les cloisons dans les deux appartements au rez-de-chaussée et fermeture des gaines dans tous les appartements et raccords horizontaux au sous-sol et aux étages (canal + tuyaux de ventilation)*
- les remblais en général et compactage en dessous de l'endroit pour les terrasses au rez-de-chaussée ouest*
- les réparations du mur en pierre côté rue (gauche et droite) aux frais de COGECO*
- préparer les fonds pour les terrasses au rez-de-chaussée*
- béton sur balcon latéral au rez-de-chaussée*
- 2 regards à terminer. Compactage et hauts fourneaux pour l'emplacement du parking*
- Façade côté rue : bordure et gravier à poser ...*

COGECO est parti du chantier en date du 22 octobre 2010. Or, les remblais et aménagements extérieurs n'étaient pas encore commencés. Selon l'architecte, ces travaux nécessitaient 20 jours ouvrables de travaux.

Les travaux effectués par COGECO ont nécessité 434 jours ouvrables. Or, contractuellement le délai fixé était de 150 jours ouvrables de sorte que COGECO a dépassé le délai de 284 jours.

Quant aux conditions de paiements, il a toujours été convenu entre COGECO et VSX que les factures adressées par COGECO et visées par l'architecte, seraient payées sous déduction d'un escompte de 3%.

Les factures de novembre 2007 à octobre 2009 ont toutes été payées sous déduction d'un escompte de 3% sans que COGECO ne proteste ni ne réclame. »

*La société COGECO réplique que l'exception d'incompétence n'a pas été soulevée in limine litis, de sorte que les parties défenderesses sont irrecevables à invoquer la clause compromissoire. Elle fait en outre valoir que la convention a été conclue par les époux **A.) - B.)** et que la société VSX est seulement intervenue en cours de l'exécution du chantier en se présentant comme son cocontractant. Bien que la société COGECO admet que la société VSX soit actuellement également son contractant, elle est d'avis que la clause compromissoire n'est pas opposable à celle-ci, étant donné qu'elle n'a pas signé le contrat. Au fond, elle s'oppose à la mise hors cause des époux **A.) -***

B.) au motif qu'ils se sont engagés aux termes du contrat. Elle conclut au bien-fondé de sa demande à l'égard des trois parties défenderesses, sans qu'il n'y ait lieu à application d'un escompte, étant donné que les factures n'ont pas été réglées dans le délai imparti.

Quant à la demande reconventionnelle en paiement de pénalités de retard, la société COGECO fait état de travaux supplémentaires et de conflits avec les voisins et elle conteste par conséquent toute inexécution fautive qui lui soit imputable. Elle estime en plus que la société VSX ne peut pas réclamer des pénalités de retard prévues par un contrat qu'elle n'a pas signé. Finalement elle invoque le procès-verbal de réception provisoire aux termes duquel la société VSX a renoncé à demander des pénalités de retard.

En ce qui concerne la demande reconventionnelle en paiement de dommages et intérêts pour les désordres affectant l'ouvrage, la société COGECO soulève qu'il s'agit d'une demande nouvelle qu'il y a lieu de rejeter. Elle fait valoir que « reconvention sur reconvention ne vaut » et que la société VSX aurait dû présenter sa demande reconventionnelle dans son intégralité au moment de la formuler par voie de conclusions. Elle estime qu'il faut appliquer les mêmes principes au défendeur qu'au demandeur et qu'admettre le contraire est contraire au principe de l'égalité des armes entre parties au procès. Subsidiairement elle conteste cette demande tant dans son principe que dans son quantum, aucune malfaçon lui imputable ne serait établie.

Quant à l'offre de preuve, la société COGECO conclut à ne pas y faire droit, étant donné qu'elle n'est ni pertinente, ni concluante et qu'elle tend en partie à prouver contre un écrit. Par ailleurs, les témoins y proposés seraient les architectes chargés de l'exécution du chantier, de sorte que la société COGECO relève l'intérêt évident de ceux-ci à l'issue du litige et elle met en doute leur impartialité.

Quant à la compétence

Les parties défenderesses invoquent l'article 107.05.03 du cahier des conditions générales qui prévoit que les litiges entre parties sont à soumettre à un collège de trois arbitres. Elles estiment qu'en l'absence de procédure de saisine des arbitres, la demande de la société COGECO est à déclarer irrecevable et que le tribunal est incompétent pour connaître du litige.

La société COGECO est d'avis que l'exception d'incompétence n'a pas été soulevée in limine litis.

Les parties défenderesses répliquent que le moyen constitue une fin de non-recevoir qui a été soulevée avant toute défense au fond, de sorte qu'elles sont recevables à invoquer ce moyen.

Aux termes de l'article 107.05.03 du cahier des conditions générales, il est prévu ce qui suit :

« Tous les différends à naître du présent contrat ou à son occasion, seront, à défaut de règlement amiable, résolus par voie d'arbitrage.

Les différends seront soumis à un collège de trois arbitres, chaque partie désignant un arbitre. Faute par une des parties d'avoir désigné son arbitre quinze jours après mise en demeure à elle adressée par lettre recommandée par l'autre partie, cet arbitre sera désigné par ordonnance du président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, rendue sur requête de la partie la plus diligente. Les deux arbitres ainsi nommés, désigneront, dans les quinze jours de leur nomination, le troisième arbitre. Passé ce délai, le troisième arbitre sera nommé par le susdit magistrat, à la requête de l'une ou de l'autre partie.

L'arbitrage aura lieu à Luxembourg. La langue de procédure sera le français. Les arbitres statueront en droit et selon la procédure luxembourgeoise. A moins que le compromis d'arbitrage n'indique un délai différent, la sentence sera rendue dans les trois mois de la signature du compromis. Cette sentence sera rendue en dernier ressort. »

Le tribunal estime qu'il y a tout d'abord lieu de qualifier le moyen soulevé, étant donné que les parties défenderesses invoquent en même temps l'incompétence du tribunal et l'irrecevabilité de la demande en soutenant qu'il s'agit d'une fin de non-recevoir, alors que la partie demanderesse parle d'une exception.

Il est de doctrine et de jurisprudence que la convention d'arbitrage donne lieu non à une fin de non-recevoir mais à une exception. Par contre, le défaut de mise en œuvre d'une clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge constitue une fin de non-recevoir (cf. Dalloz, Répertoire de procédure civile, v° défenses, exceptions, fins de non-recevoir, n°32 et 39).

La jurisprudence française à laquelle les parties défenderesses se réfèrent pour prétendre que le moyen soulevé par eux constitue une fin de non-recevoir, a trait à un défaut de mise en œuvre d'une clause de médiation. Cette jurisprudence ne s'applique pas en l'espèce, étant donné que la clause citée ci-dessus ne constitue pas une clause de médiation qui impose une procédure préalable de conciliation, mais une clause d'arbitrage qui exclut tout recours aux juridictions étatiques.

Le moyen soulevé par les parties défenderesses n'est donc pas une fin de non-recevoir, mais une exception.

La juridiction arbitrale est volontaire et les parties peuvent y renoncer en tout état de cause, par exemple en omettant d'invoquer une clause compromissoire. L'incompétence des tribunaux étatiques résultant d'une clause compromissoire est d'ordre privé et se trouve couverte si le déclinatoire n'a pas été soulevé in limine litis (Cour d'appel, 16 mars 2011, n°36336 du rôle).

Il y a donc lieu d'apprécier si les parties défenderesses ont soulevé leur moyen tiré de la clause d'arbitrage in limine litis.

Aux termes d'un premier corps de conclusions, les parties défenderesses ont demandé acte « qu'elles se rapportent à prudence de justice quant à la recevabilité en la pure forme de l'assignation introductive d'instance » et elles ont demandé, avant tout progrès en cause, à voir « ordonner à la partie demanderesse COGECO de verser aux parties concluantes l'ensemble des factures figurant dans le listing de l'assignation introductive d'instance du 7 juillet 2010 ». Le moyen relatif à la clause d'arbitrage a été soulevé par les parties défenderesses dans leur deuxième corps de conclusions.

L'exception d'incompétence qui doit être soulevée in limine litis doit être soulevée avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir (Cour d'appel 6 décembre 2006, n°29932 du rôle ; 30 juin 2010, n°35227 du rôle).

Il en résulte clairement qu'il ne suffit pas, comme le soutiennent les parties défenderesses, que le moyen soit soulevé avant toute défense au fond. Or en l'espèce, les parties défenderesses se sont rapportées à prudence de justice quant à la recevabilité de l'assignation en la pure forme, ce qui équivaut à une contestation et dès lors une fin de non-recevoir. L'exception d'incompétence a ainsi été soulevée après la fin de non-recevoir, de sorte que les parties défenderesses sont forcloses à l'invoquer.

Quant à la recevabilité des demandes

La société COGECO soulève l'irrecevabilité de la demande reconventionnelle en paiement de dommages et intérêts pour désordres affectant l'ouvrage, au motif que la société VSX aurait dû la formuler au même moment que sa demande reconventionnelle en paiement de pénalités de retard.

Il faut tout d'abord préciser que ni le défendeur, ni d'ailleurs le demandeur, ne doit formuler toutes ses demandes en même temps. Les prétentions soumises au juge ne se résument pas, le plus souvent, à celles formulées dans l'acte introductif d'instance. Le procès déjà engagé peut, en effet, s'enrichir de demandes nouvelles ; ce sont les demandes incidentes : additionnelles, reconventionnelles ou en intervention selon le cas (Dalloz, Répertoire de procédure civile, v°demandes nouvelles, n°1).

En principe les demandes nouvelles sont irrecevables aussi bien au cours de la première instance qu'au cours des instances nées à la suite de l'exercice des voies de recours. C'est ce qu'exprime le principe de l'immutabilité du litige.

L'interdiction des demandes nouvelles ne peut cependant être absolue. Un procès unique soulève souvent des questions litigieuses multiples qui seront d'autant mieux résolues que le juge sera à même de leur donner une solution d'ensemble. Le principe de l'interdiction des demandes nouvelles a donc dû être tempéré par d'importantes exceptions. Leur ampleur varie selon l'instance au cours de laquelle la demande nouvelle est formée. L'étendue virtuelle du litige est la plus large en première instance et se resserre au fur et à mesure de l'exercice des voies de recours.

En première instance, les diverses demandes incidentes, additionnelles, sont normalement recevables dès lors qu'elles ont avec la demande principale un lien suffisamment étroit.

Ce lien suffisant, ou autrement dit cette condition de connexité, tient aux rapports existant entre la demande nouvelle et une prétention de référence. La prétention à laquelle la demande nouvelle doit être suffisamment liée est la même pour les demandes additionnelles émanant du demandeur et les demandes reconventionnelles émanant du défendeur. Elle diffère par contre pour les demandes en intervention émanant de tiers. Pour les premières la référence est constituée par la demande initiale contenue dans l'acte introductif d'instance. On évite ainsi qu'à force de demandes engendrées les unes par les autres, n'en soient admises qui n'aient qu'un rapport lointain avec celle sur laquelle le procès a été engagé. Trouvent ainsi un fondement légal non seulement la règle - ou la prétendue règle - « reconvention sur reconvention ne vaut », qui rendrait irrecevables les demandes reconventionnelles opposées aux demandes reconventionnelles mais encore l'exception qu'on lui apporte (Dalloz, Répertoire de procédure civile, v° demandes nouvelles, n°54 et s.).

Il en résulte que les conditions d'admissibilité d'une nouvelle prétention du défendeur sont les mêmes que pour celle émanant du demandeur, de sorte qu'il ne peut y avoir aucune violation du principe de l'égalité des armes entre parties au procès.

Le lien entre la demande en remboursement de frais de remise en état, respectivement des travaux de finition et la demande initiale en paiement des factures est en l'espèce évidente. Elles sont partant toutes les deux admissibles. Il ne résulte pas des principes énoncés ci-dessus qu'elle aurait dû être formulée en même temps. Il s'ensuit que le moyen tiré du caractère nouveau prohibé de la demande reconventionnelle formulée en second lieu par la société VSX est à rejeter.

Les demandes principale et reconventionnelle introduites dans les forme et délai de la loi sont recevables.

Quant au bien-fondé de la demande principale de la société COGECO

- quant à la qualité de cocontractant des parties défenderesses

Les époux **A.) - B.)** concluent à être mis hors cause au motif qu'au vu du libellé des factures versées, seule la société VSX est le cocontractant de la société COGECO.

La société COGECO s'y oppose en soulevant que tous les actes émanent et sont signés par les époux **A.) - B.)**.

Il faut constater que les époux **A.) - B.)** prétendent dans leurs conclusions et dans leur offre de preuve qu'ils ont agi en tant que représentants de la société VSX. Or suivant bordereau de soumission et commande du 19 décembre 2006, les époux **A.) - B.)** y figurent comme « maître de l'ouvrage », sans que ces documents ne contiennent une quelconque indication relative à une société VSX, ni une quelconque indication que les époux **A.) - B.)** n'agiraient pas en leur nom propre.

Il faut en plus constater que, même si l'intervention de la société VSX sur le chantier est constante en cause, les parties défenderesses n'ont fourni aucune explication relative à cette intervention de la société VSX. Le tribunal ignore ainsi la raison d'être de cette intervention et la qualité dans laquelle la société VSX est intervenue. Les parties défenderesses ne versent aucune pièce à ce sujet, de sorte que le tribunal ignore encore tout de la société VSX, que ce soit son objet social ou même ses représentants légaux.

Il est constant en cause que les factures de la société COGECO ont été émises au nom de la société VSX, sans qu'une des parties n'en expliquent la raison sous-jacente.

Une opération liant trois personnes, comme en l'espèce, peut recevoir plusieurs qualifications selon les circonstances. Il peut s'agir ainsi d'une novation par changement de débiteur, nécessitant l'accord du nouveau débiteur et d'autre part l'acceptation par le créancier de décharger son débiteur initial. En l'absence d'une décharge du débiteur initial par le créancier, il s'agit d'une délégation simple par adjonction d'un débiteur supplémentaire tel que prévue à l'article 1275 du code civil. Si en plus il n'existe aucun nouveau engagement entre le créancier et le tiers chargé de payer, il n'y a point novation, ni même délégation, mais uniquement indication de paiement (cf. Jurisclasseur, Art.1271 à 1281, Fasc.40, n°24).

Au vu des pièces dont dispose le tribunal, et plus particulièrement de la commande du 19 décembre 2006, il est constant en cause que les époux **A.) - B.)** étaient initialement les seuls cocontractants et donc débiteurs de la société COGECO en ce qui concerne le paiement des travaux effectués par celle-ci. Il ne résulte d'aucun élément du dossier, et les époux **A.) - B.)** n'en indiquent d'ailleurs pas, qu'ils se sont fait remplacer par un nouveau débiteur ou encore que la société COGECO les a déchargé de leurs obligations découlant du contrat signé le 19 décembre 2006. Le seul fait que les factures ont été émises au nom de la société VSX et que celle-ci a pris en charge le paiement n'entraîne pas que les époux **A.) - B.)** sont déliés de leurs obligations.

Il s'ensuit que les époux **A.) - B.)** sont et restent débiteurs des obligations découlant du contrat du 19 décembre 2006. Il n'y a pas lieu de les mettre hors cause.

En ce qui concerne la société VSX, bien qu'elle n'ait pas été partie au prédit bordereau de soumission et à la commande subséquente, il est constant en cause qu'elle est intervenue sur le chantier, que les factures ont été émises à son nom, qu'elle a procédé au règlement du moins partiel de ces factures et qu'elle n'a jamais émis la moindre contestation à l'égard de ces factures.

La société VSX n'ayant pas contesté sa qualité de débitrice, il y a lieu à application sur ce point de la théorie de la facture acceptée sur base de l'article 109 du code de commerce. L'existence d'une créance entre elle-même et la société COGECO est partant établie.

Il s'ensuit que tant les époux **A.) - B.)** que la société VSX sont tenus au paiement des factures à l'égard de la société COGECO.

- **quant au montant redû**

Les parties défenderesses font valoir qu'un escompte de 3% a été convenu lequel a été retenu sur les factures et que la société COGECO n'a jamais émis la moindre réclamation à ce sujet.

La société COGECO ne conteste pas l'application de l'escompte en principe, à condition que le paiement soit intervenu dans le délai stipulé de 7 jours. Elle conteste toute renonciation de sa part au montant intégral des diverses factures dans la mesure où celles-ci n'ont pas été réglées dans le délai imparti.

Il est de principe que les renonciations ne se présument pas. La renonciation peut être positive ou tacite. Pour qu'une renonciation tacite puisse être retenue par le juge, il faut que le comportement de la personne à laquelle on oppose la renonciation exprime d'une manière claire et non équivoque cette renonciation.

Le fait que la société COGECO n'a pas contesté contre le paiement partiel de ses factures ne constitue pas un comportement clair et non équivoque permettant de conclure qu'elle a accepté la déduction de l'escompte, même si le paiement n'est pas intervenu dans le délai convenu.

Il s'ensuit qu'il y a lieu d'examiner si les parties défenderesses étaient en droit de déduire à chaque fois un escompte des factures.

La commande du 19 décembre 2006 prévoit en effet un escompte de « 3% pour paiement endéans sept jours après vérification de la facture par l'architecte ».

Aux termes du décompte versé par la société COGECO, intégré dans l'acte introductif d'instance, elle précise pour chaque facture son numéro, les dates de réception, de libération et de paiement, ainsi que les montants facturés et payés et finalement le solde réduit. Il faut constater qu'il y a eu des retenues opérées par les parties défenderesses pour chaque facture (sauf une), mais que la société COGECO ne chiffre un solde réduit que pour les factures qui n'ont pas été réglées dans le délai de 7 jours à partir de la date de libération. La société COGECO refuse dès lors l'application de l'escompte que pour les factures qui n'ont pas été réglées dans le délai de 7 jours.

L'escompte peut être défini comme l'avantage dont bénéficie le débiteur d'une dette à terme lorsqu'il paie sa dette avant l'échéance (G. Cornu : Vocabulaire juridique, 4^{ème} éd.).

Contrairement aux conclusions des parties défenderesses, le fait d'avoir payé dans un délai moyen de 15 jours ne permet pas de prétendre à l'application de l'escompte, étant donné que l'échéance est clairement fixée à 7 jours à partir de la vérification de la facture par l'architecte. Pour prospérer dans leur revendication, les parties défenderesses doivent établir que malgré paiement avant la date de l'échéance des factures, à savoir 7 jours à partir de la vérification de la facture par l'architecte, la société COGECO ne leur a pas accordé l'escompte convenu. Ces parties sont néanmoins restées en défaut d'établir cette preuve.

Comme indiqué ci-avant, la société COGECO refuse uniquement l'application de l'escompte pour les factures qui n'ont pas été réglées dans le délai convenu. Il n'y a donc pas lieu de faire droit aux revendications des parties défenderesses relatives à l'escompte.

A défaut d'une quelconque contestation à l'égard des cinq factures non réglées, il y a lieu de faire droit au montant total réclamé par la société COGECO de 62.564,12 euros, avec les intérêts légaux non autrement contestés à partir de la mise en demeure du 10 février 2010.

En cas de pluralité de débiteurs, comme c'est le cas en l'espèce, c'est l'obligation conjointe qui constitue le type d'obligation de droit commun. Les obligations indivisibles et les obligations solidaires ne constituent que des formes exceptionnelles qui, en tant que telles, ne peuvent résulter que de la loi ou de la volonté des parties (cf. Henri De Page, Traité de droit civil belge, T.II Les obligations II, p. 291 ss.).

La société COGECO n'indique aucune base légale pour justifier sa demande en condamnation solidaire, sinon in solidum des parties défenderesses, de sorte qu'il y a lieu de les condamner conjointement.

Eu égard à la nature et à l'issue du litige, il paraît inéquitable de laisser à la charge de la société COGECO la totalité des sommes exposées par elle et non comprises dans les dépens. En l'espèce, la demande de la société COGECO en obtention d'une indemnité de procédure est fondée à concurrence de 1.000 euros.

Quant au bien-fondé de la demande reconventionnelle

La société VSX réclame le paiement de pénalités de retard et le remboursement des frais de remise en état et de travaux de finition.

La société COGECO conteste toute inexécution fautive dans son chef et le fait que la société VSX puisse réclamer des pénalités de retard sur base d'un contrat auquel elle n'est pas partie et qui ne lui est pas opposable. Elle invoque finalement une renonciation expresse à réclamer des pénalités de retard par la société VSX aux termes du procès-verbal de réception provisoire.

Dans un esprit de logique juridique, il échet tout d'abord d'analyser si la société VSX est en droit d'invoquer le contrat ou plus particulièrement le cahier des conditions générales et particulières pour solliciter les pénalités de retard avant d'examiner si elle y a renoncé, respectivement s'il y a lieu à application de ces pénalités.

Il résulte des développements qui précèdent qu'en application de la théorie de la facture acceptée sur base de l'article 109 du code de commerce, l'existence d'une créance au profit de la société COGECO à l'égard de la société VSX se trouve établie. Il faut en déduire également que l'existence d'un contrat entre ces deux sociétés se trouve établie, la qualité de cocontractant de la société VSX n'étant d'ailleurs pas contestée par la société COGECO.

Il faut cependant constater, au vu des développements qui précèdent, que les époux **A.) - B.)** n'ont pas agi en leur qualité de représentants de la société VSX lors de la conclusion de leur contrat avec la société COGECO, ni qu'ils se sont fait remplacer en cours d'exécution du contrat par la société VSX. La société VSX n'est donc pas partie au contrat signé et conclu par les époux **A.) - B.)** et ce contrat, particulièrement les conditions générales et particulières convenues entre la société COGECO et les époux **A.) - B.)**, n'est pas opposable à la société VSX.

Le contrat liant les sociétés COGECO et VSX porte certes sur le même objet que celui conclu par les époux **A.) - B.)**, à savoir la construction de la résidence VSX Val Sainte Croix, mais il ne résulte d'aucun élément du dossier que les parties COGECO et VSX ont entendu soumettre ce contrat aux mêmes conditions.

Conformément aux conclusions de la société COGECO, la société VSX n'est dès lors pas en droit d'invoquer les conditions générales et particulières du contrat conclu par les époux **A.) - B.)**, à défaut d'avoir établi que ces conditions s'appliquent à ses relations contractuelles avec la société COGECO.

A l'appui de sa demande en paiement des pénalités de retard, la société VSX s'appuie exclusivement sur le contrat conclu par les époux **A.) - B.)**, et plus particulièrement sur les articles 104-11.02 et 104-11.07 du cahier des conditions générales et l'article 200.10 des conditions particulières. Etant donné que ces dispositions ne sont pas applicables entre parties, la demande de la société VSX de ce chef est à rejeter.

A l'appui de sa demande en paiement de dommages et intérêts pour les désordres affectant l'ouvrage, la société VSX fait valoir que suite à l'abandon du chantier par la société COGECO, elle a dû faire appel à d'autres corps de métiers pour terminer certains travaux de gros-œuvre et redresser les travaux réservés au procès-verbal de réception provisoire. Elle chiffre le coût de ces travaux à 8.574,96 euros et verse à l'appui de ses prétentions un décompte du bureau d'architecte BALLINI ET PITT.

La société COGECO prétend pour sa part qu'elle a exécuté les travaux repris à l'annexe du procès-verbal de réception provisoire et conteste toute mal façon affectant ses travaux. Elle estime que la société VSX ne prouve pas ses allégations et conclut au débouté de la demande.

En ce qui concerne l'exécution des travaux repris à l'annexe du procès-verbal de réception provisoire, il appartient à la société COGECO d'en rapporter la preuve. Or elle ne verse aucune pièce à ce sujet, de sorte qu'il faut conclure que ces travaux n'ont pas été exécutés et que la société VSX est en droit d'en réclamer réparation.

A titre de travaux restants à être réalisés d'une part et de malfaçons d'autre part, il est fait état au procès-verbal des points suivants :

- *tranchée et ensuite remblais pour la canalisation d'eau pluviale, eaux usées, raccord électrique, PTT, etc. ...*
- *les cloisons dans les deux appartements au rez-de-chaussée et fermeture des gaines dans tous les appartements et raccords horizontaux au sous-sol et aux étages (canal + tuyaux de ventilation)*
- *les remblais en général et compactage en dessous de l'endroit pour les terrasses au rez-de-chaussée ouest*
- *les réparations du mur en pierre côté rue (gauche et droite) aux frais de COGECO*
- *préparer les fonds pour les terrasses au rez-de-chaussée*
- *béton sur balcon latéral au rez-de-chaussée*
- *2 regards à terminer. Compactage et hauts fourneaux pour l'emplacement du parking*
- *Façade côté rue : bordure et gravier à poser ...*
- *Voiles rampes : à nettoyer (tâches de rouilles et tâches de moisissures)*
- *Façade côté rue (cours anglaise) : raccord eaux pluviales à faire, également coin saillie*
- *-2 parking : retouche béton voile côté gauche environ 30 cm de largeur sur toute la hauteur*
- *Niveau -2 : coffrage d'ouvertures ventilation à enlever, - 2 cours anglaise béton à nettoyer*
- *-1 entrée : caves bavures de béton à nettoyer entrée cave*

Il ressort du relevé établi par le bureau d'architecte BALLINI ET PITT que les dommages et intérêts réclamés actuellement par la société VSX se rapportent aux travaux suivants :

1. *muret extérieur : fissuration du mur d'enceinte de la résidence*
2. *portes d'entrées de l'appartement 01/05/07/10 : défauts de dimension des réservations de portes*
3. *clôture : portail d'entrée + 2 moteurs mis en dépôt et non rapatriés à la résidence*
4. *mur d'enceinte : dégradation du mur de rampe*
5. *soubassement : mise en œuvre du platon inachevée*
6. *rampe accès parking : attentes des évacuations de caniveaux inachevées*
7. *mur d'enceinte et parois en bois : marquage à la peinture sur des parois apparente en béton et en bois*
8. *rampe, entrée et avant et arrière du bâtiment : hauteur des regards de révision*
9. *buanderie : irrégularités sur la surface supérieure du socle des machines*
10. *chaufferie : coffrages non démontés*

11. *caves : fermetures de gaines non exécutées*
12. *hall RDC : gaine technique non réalisée*
13. *accès salles des machines sous-sol 2 : défaut de dimension des réservations de portes*
14. *gaines techniques (3^{ème}, 2^{ème}, RDC, SSL -1) : allège de gaine technique*
15. *entrée véhicules : chute de la barrière de chantier sur une voiture*

En comparant cette liste à la prédite liste annexée au procès-verbal, le tribunal retient que les points 2, 3, 5, 7, 9, 13 et 15 n'ont pas fait l'objet d'une réserve lors de la réception provisoire. Ni le relevé établi par le bureau d'architecte BALLINI ET PITT, ni les photos y intégrées ne permettent au tribunal de se prononcer sur la réalité de ces désordres et sur la question de savoir si ces désordres peuvent être imputés à des travaux effectués par la société COGECO. Une mesure d'instruction s'avère d'ores et déjà vouée à l'échec dans la mesure où il ressort des conclusions de la société VSX et des pièces versées que des tierces entreprises ont remédié à ces désordres et qu'aucun constat ne pourra plus être fait par l'expert. Il s'ensuit que la société VSX est à débouter de sa demande en ce qui concerne ces points.

Il ressort encore du relevé établi par le bureau d'architecte BALLINI ET PITT qu'un montant de 1.429,16 euros a été mis en compte à titre de « frais VSX (20%) ». Non seulement la société VSX n'a fourni aucune explication en ce qui concerne de tels frais, mais de tels frais ne sont pas non plus étayés par une quelconque pièce. Ce poste n'est dès lors pas non plus fondé.

Pour les points 1, 4, 6, 8, 10, 11, 12 et 14, la demande est par contre fondée. A défaut de contestations circonstanciées quant aux montants tels que retenus par le bureau d'architecte BALLINI ET PITT, il y a lieu de faire droit à la demande pour les montants suivants :

- fissuration du mur d'enceinte de la résidence	250,00 euros
- dégradation du mur de rampe	841,80 euros
- attentes des évacuations de caniveaux inachevées	96,00 euros
- hauteur des regards de révision	64,00 euros
- coffrages non démontés	64,00 euros
- fermetures de gaines non exécutées	160,00 euros
- gaine technique non réalisée	362,50 euros
- allège de gaine technique	<u>256,00 euros</u>
Total :	2.094,30 euros.

Il échet ainsi de condamner la société COGECO à payer à la société VSX le montant de 2.094,30 euros, avec les intérêts légaux à compter de la demande en justice, soit le 21 juin 2011, jusqu'à solde.

PAR CES MOTIFS

le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, dix-septième section, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement,

vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 9 novembre 2011,

dit que les parties défenderesses sont forcloses à invoquer le moyen tiré de l'incompétence,

reçoit les demandes principale et reconventionnelle en la forme,

dit la demande principale fondée,

partant condamne **A.), B.)** et la société anonyme VSX à payer à la société à responsabilité limitée COGECO le montant de 62.564,12 euros, avec les intérêts légaux à partir du 10 février 2010 jusqu'à solde,

dit que le taux de l'intérêt légal sera majoré de trois points à l'expiration d'un délai de trois mois à courir à partir de la signification du présent jugement,

dit la demande reconventionnelle partiellement fondée,

partant condamne la société à responsabilité limitée COGECO à payer à la société anonyme VSX le montant de 2.094,30 euros, avec les intérêts légaux à partir du 21 juin 2011 jusqu'à solde,

dit la demande reconventionnelle non fondée pour le surplus,

partant en déboute,

ordonne la compensation entre les créances réciproques,

condamne **A.), B.)** et la société anonyme VSX à payer à la société à responsabilité limitée COGECO une indemnité de procédure de 1.000 euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

condamne **A.), B.)** et la société anonyme VSX aux frais de l'instance, avec distraction au profit de Maître Nicolas DECKER qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.