

Texte pseudonymisé

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

Jugement commercial 2023TALCH15/00830

Audience publique du mercredi, trente-et-un mai deux mille vingt-trois.

Numéro du rôle : TAL-2020-04716

Composition :

Françoise WAGENER, Vice-présidente ;
Nadège ANEN, 1^{er} juge ;
Laurence MODERT, juge ;
Ken BERENS, greffier.

Entre :

la société anonyme **SOCIETE1.) SA**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.),

demanderesse,

défenderesse sur reconvention, aux termes de l'acte de l'huissier de justice Gilles HOFFMANN de Luxembourg, en date du 5 juin 2020,

comparant par Maître Jean-Paul RIPPINGER, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg,

et :

la société à responsabilité limitée **SOCIETE2.) SARL**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.),

défenderesse,

demanderesse sur reconvention, aux fins du prédit acte HOFFMANN en date du 5 juin 2020,

comparant par Maître Sabrina MARTIN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, représentant la société à responsabilité limitée LOYENS & LOEFF LUXEMBOURG SARL.

Le Tribunal :

Faits et antécédents procéduraux

Par contrat de sous-traitance non daté n°NUMERO3.) (ci-après le « Contrat »), l'association momentanée ORGANISATION1.) (ci-après « ORGANISATION1. »), composée de la société à responsabilité limitée SOCIETE2.) SARL (ci-après « SOCIETE2. ») et de la société de droit italien SOCIETE3.) (ci-après « SOCIETE3. »), a, en sa qualité de donneur d'ordre, chargé la société anonyme SOCIETE1.) SA (ci-après « SOCIETE1. »), en sa qualité de sous-traitant, de réaliser les travaux « de pose des éléments de façade, depuis le rez de chaussé à la sous-face de dalle du R + 2 sur la totalité du périmètre du bâtiment B4 et B5 » dans le cadre du chantier ADRESSE3.) sis à Luxembourg.

Aux termes de l'article 7 des conditions spécifiques applicables au Contrat, les parties ont convenu d'un prix total de 95.000.- EUR HTVA.

Par courriel du 13 novembre 2019, SOCIETE1.) a reproché à SOCIETE2.) et à SOCIETE3.) de ne pas honorer l'accord oral concernant les travaux supplémentaires et que « *sans écrit de votre part sur la suite donnée aux paiements futurs d'ici fin de semaine, je retirerai mes hommes et j'en laisserai qu'un ou deux* ».

Suivant courrier du 15 novembre 2019, ORGANISATION1.) a mis en demeure SOCIETE1.) « *d'honorer le contrat conclu entre nos sociétés et de mettre en œuvre des moyens forts pour atteindre les objectifs de délais et de qualité convenus* ».

Par courrier du 19 novembre 2019, SOCIETE1.) a demandé la confirmation par écrit de ORGANISATION1.) pour un « *montant forfaitaire de 25000 euros pour 5 hommes jusque décembre inclus* » suite à l'« *acceptation certes verbale* » de cette dernière d'un supplément au Contrat. Elle a également précisé dans son courrier qu'elle « *laisse deux personnes sur votre chantier en attendant une réaction de votre part* ».

Suivant courrier recommandé du 27 novembre 2019, ORGANISATION1.) a, en application de l'article 17 du Contrat, résilié avec effet immédiat la relation contractuelle pour « *manque de célérité* » et a précisé que l'accès au chantier sera interdit à SOCIETE1.) à compter du 28 novembre 2019. Elle s'est également réservée « *le droit de confier tout ou partie des travaux restants à une tierce partie aux frais et aux risques de [SOCIETE1.]* ».

Dans le cadre des rapports entre parties, SOCIETE1.) a émis plusieurs factures à l'encontre de ORGANISATION1.) à savoir :

- facture n° NUMERO4.) du 25 octobre 2019 d'un montant de 29.250.- EUR,
- facture n° NUMERO5.) du 29 octobre 2019 d'un montant de 7.476,30 EUR,
- facture n° NUMERO6.) du 4 novembre 2019 d'un montant de 912,60 EUR,
- facture n° NUMERO7.) du 25 novembre 2019 d'un montant de 20.475.- EUR,
- et
- facture n° NUMERO8.) du 27 novembre 2019 d'un montant de 2.527,20 EUR.

A la demande de ORGANISATION1.), un « rapport visite de constat » unilatéral a été établi par le bureau d'ingénieurs conseils SOCIETE4.) S.à r.l. en date du 17 décembre 2019, suivant une visite des lieux du 28 novembre 2019 (ci-après le « ENSEIGNE1.) »).

Les factures reprises ci-dessus demeurent impayées à ce jour.

Par jugement du 30 mars 2022 le tribunal a invité « *les parties à examiner la régularité de la demande introduite par la société anonyme SOCIETE1.) SA, ainsi que de la demande reconventionnelle formulée par la société à responsabilité limitée SOCIETE2.) SARL, au regard des dispositions des articles 900-1 et suivants et de l'article 1400-4 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales* ».

L'instruction de l'affaire a été clôturée le 21 octobre 2022.

Le juge rapporteur fut entendu en son rapport à l'audience du 15 mars 2023.

Prétentions des parties

SOCIETE1.) conclut à la recevabilité de l'assignation et elle maintient sa demande tendant à « *la nullité du contrat établi par l'association momentanée ORGANISATION1.) pour défaut de personnalité juridique* » et à la condamnation de SOCIETE2.) au paiement du « *montant de 60.641,11 euros (soixante mille six cent quarante et un euros onze cents) à partir de la mise en demeure du 12 décembre 2019, sinon à partir de la présente jusqu'à solde* ».

Elle réclame encore l'allocation d'une indemnité de procédure d'un montant de 1.500.- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ainsi que la condamnation de SOCIETE2.) aux frais et dépens de l'instance.

SOCIETE2.) se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité de la demande de SOCIETE1.) et elle demande de voir déclarer recevables ses demandes reconventionnelles.

Elle maintient ses demandes tendant à la condamnation de SOCIETE1.) au :

- remboursement du montant de 34.461,30 EUR, au titre du « *trop-perçu* », avec les intérêts légaux à partir de la mise en demeure du 16 décembre 2019, sinon à partir du jugement à intervenir, jusqu'à solde,
- paiement de pénalités de retard à hauteur de 9.500.- EUR, avec les intérêts légaux à partir du 4 novembre 2019, sinon à partir du jugement à intervenir, jusqu'à solde, et

- paiement du montant de 376.016,94 EUR, correspondant aux frais de la société SOCIETE5.) srl qui a dû réaliser les travaux en souffrance, en remplacement d'SOCIETE1.), avec les intérêts légaux à partir des dates des factures de la société SOCIETE5.) srl, sinon à partir du jugement à intervenir, jusqu'à solde.

Elle demande enfin la condamnation d'SOCIETE1.) au paiement d'une indemnité de 5.000.- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, ainsi qu'aux frais et dépens de l'instance, avec distraction au profit de son mandataire.

Motifs de la décision

1. La demande principale

1.1. Quant à la recevabilité

Position des parties

SOCIETE1.) conclut à la recevabilité de l'assignation, au motif que chaque associé d'une société momentanée peut être assigné directement et individuellement.

Par référence à l'article 900-1 de de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (ci-après la « Loi de 1915 »), elle précise qu'une association momentanée n'a pas de personnalité juridique et que les associés de celle-ci sont tenus solidairement envers la demanderesse.

Elle explique que SOCIETE2.) « *était l'unique associée avec laquelle la concluante était en relation* » et qu'elle ne connaissait « *ni la dénomination sociale exacte de la société « SOCIETE3.) » ni [...] sa nationalité, ni [...] son siège social en Italie* ».

Elle précise que SOCIETE2.) a payé toutes les factures et que seuls les « *managers* » de la défenderesse donnaient des ordres et surveillaient les chantiers.

La demanderesse ajoute encore, qu'en cas de condamnation de SOCIETE2.), cette dernière peut se retourner contre son associé, la société SOCIETE3.).

SOCIETE2.), après avoir soulevé, en application de l'article 1400-4 de la Loi de 1915, l'irrecevabilité de la demande dirigée contre ORGANISATION1.), association momentanée sans personnalité juridique, elle se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité de la demande d'SOCIETE1.).

Appréciation

En ce qui concerne le moyen d'irrecevabilité soulevé par SOCIETE2.) tiré du défaut de personnalité juridique de l'association momentanée ORGANISATION1.), il convient de relever qu'aux termes de l'article 900-1 (ancien article 138) de la Loi de 1915, la « *société momentanée est celle qui a pour objet de traiter une ou plusieurs opérations de commerce déterminées* ». L'article ajoute que « *les associés sont tenus solidairement envers les tiers avec qui ils ont traité* ».

L'article 100-2 de la Loi de 1915, dispose que les sociétés commerciales momentanées ne constituent pas une entité juridique distincte de celle de leurs associés et ne sont dès lors pas dotées de la personnalité juridique.

L'article 1400-4 de la Loi de 1915 poursuit que « *les associés momentanés seront assignés directement et individuellement* », ce qui implique concrètement que les associés devront être désignés nominalement dans tous les actes de procédure.

En l'espèce, le tribunal constate que dans l'assignation du 5 juin 2020, il est indiqué qu'SOCIETE1.) donne assignation à « *la **société à responsabilité limitée SOCIETE2.) S.à.r.l.** établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions, et l'association momentanée ORGANISATION1.), représentée par son gérant Monsieur PERSONNE1.), inscrite au Registre de Commerce et des sociétés de Luxembourg sous le no NUMERO2.)* ».

Il n'appert pas des documents de signification que l'assignation a été signifiée à « *l'association momentanée ORGANISATION1.)* », mais uniquement à SOCIETE2.) selon les modalités prévues par « *l'art. 8 du RGD du 18/03/2020 dans le cadre de la lutte contre le COVID-19* ».

Le tribunal tient encore à relever qu'aucune demande n'est formulée par SOCIETE1.) contre ORGANISATION1.), association momentanée (composée des deux associés SOCIETE2.) et SOCIETE3.)), la demanderesse sollicitant de « *condamner SOCIETE2.) à payer à SOCIETE1.) S.A. 60.641,10 euros aux titres des factures impayées pour travaux supplémentaires* ».

Le moyen d'irrecevabilité de la demande dirigée contre ORGANISATION1.), tel que soulevé par SOCIETE2.), est dès lors inopérant et il n'y a pas lieu d'analyser autrement les développements des parties à ce sujet.

La demande d'SOCIETE1.), pour le surplus non autrement contestée, est à déclarer recevable.

1.2. Quant au fond

Avant d'analyser le bien-fondé de la demande d'SOCIETE1.), il y a lieu d'analyser dans un premier temps le moyen tendant à la nullité du Contrat conclu entre SOCIETE1.) et ORGANISATION1.).

1.2.1. Quant à la validité du Contrat

Position des parties

SOCIETE1.) demande la nullité du Contrat, pour défaut de personnalité juridique de l'association momentanée ORGANISATION1.).

Elle plaide que seules SOCIETE2.) et SOCIETE3.) « *étaient habilitées à établir un contrat et leurs représentants légaux en fonctions à le signer* » et qu'« *un contrat oral soumis à l'appréciation souveraine du tribunal et au droit commun* » se substitue au Contrat. En soutenant qu'un contrat doit être équitable, impliquant des droits et obligations équilibrés entre les parties, elle estime que le Contrat, dont la validité est contestée, ne répond pas à ces critères, alors qu'il n'est pas détaillé et contient des clauses largement favorables à SOCIETE2.).

Elle s'interroge encore sur l'utilité de communiquer « *la convention ou les rapports écrits entre SOCIETE2.) et SOCIETE3.) pour savoir quels sont les pouvoirs de l'association momentanée ORGANISATION1.) et qui peut la représenter valablement à l'égard de la partie concluante* ».

SOCIETE2.) réplique que le Contrat, conclu au nom et pour le compte de ORGANISATION1.), a été valablement signé par PERSONNE1.), gérant de ORGANISATION1.) et qu'il produit ses effets. Elle précise que la demanderesse ne conteste ni le pouvoir de représentation du gérant de ORGANISATION1.), ni que tous les membres de l'association momentanée ont donné leur accord pour la conclusion du Contrat. Elle s'interroge si la demande en nullité de la demanderesse concerne « *l'instrumentum ou le negotium* » du Contrat.

Elle s'oppose encore à la demande en production forcée du contrat par lequel ORGANISATION1.) a été constituée, au motif que la demande ne remplit pas les conditions des articles 286 et suivants du Nouveau Code de procédure civile.

Appréciation

A titre liminaire, le tribunal relève qu'SOCIETE1.) ne formule aucune demande en production forcée de la convention signée entre SOCIETE2.) et SOCIETE3.), de sorte qu'il n'y a pas lieu d'analyser autrement le moyen de SOCIETE2.).

Dans le même ordre d'idées, le tribunal relève qu'SOCIETE1.) ne développe pas autrement son argumentaire consistant à contester la validité du Contrat aux motifs qu'il n'est pas détaillé et qu'il contient des clauses largement favorables à la société SOCIETE2.). En particulier, elle n'explique pas quelles clauses sont visées, ni quels éléments font défaut.

En ce qui concerne le moyen tendant à la nullité du Contrat conclu par une association momentanée, le tribunal déduit des développements d'SOCIETE1.) qu'elle soutient que la validité du Contrat requiert la signature des deux associés de l'association momentanée ORGANISATION1.), à savoir SOCIETE2.) et SOCIETE3.).

Tel qu'exposé ci-dessus, l'article 900-1 de la Loi de 1915 (ancien article 138) dispose que la société momentanée est celle qui a pour objet de traiter une ou plusieurs opérations de commerce déterminées.

La société momentanée se rencontre fréquemment dans la construction immobilière où deux ou plusieurs entreprises de construction conviennent de l'exécution un marché de travaux déterminés.

Si la société momentanée se présente comme un véritable contrat de société, elle est toutefois privée de la personnalité morale et n'a donc pas de patrimoine propre. Les apports effectués par les associés ne font pas partie du patrimoine social, faute de personnalité morale de la société.

Comme elle ne jouit pas de la personnalité juridique, l'association momentanée ne peut avoir ni débiteurs ni créanciers propres : les tiers qui contractent avec les associés deviennent les créanciers et débiteurs de ses associés (cf. Valérie Simonart, L'association momentanée, éd. Servais, n°36 et suivants cité dans Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 16 janvier 2020, n°184760 du rôle).

Faute d'être un sujet de droit, la société momentanée ne peut être partie, en tant que telle, à un contrat. Chaque associé contracte en son nom personnel et pourra être poursuivi individuellement, et éventuellement seul, en paiement des dettes sociales (cf. A. Steichen, Précis de droit des sociétés, 5e édition, n°761 et n°768).

Ce qui importe en l'occurrence est non pas la question de savoir si les deux membres de l'association momentanée ont porté matériellement leur signature sur le Contrat, mais de savoir si les deux associés ont marqué leur accord au contrat en question.

En l'occurrence le Contrat est signé par « PERSONNE1.), *gérant* » représentant « ORGANISATION1.) ».

Tout d'abord, le tribunal note, s'il ressort, certes, des conclusions d'SOCIETE1.) qu'elle s'interroge sur les pouvoirs de signature de ORGANISATION1.), qu'elle ne tire aucune conclusion juridique de son argumentaire et elle ne conteste pas le pouvoir de signature de PERSONNE1.) pour SOCIETE2.) et SOCIETE3.).

En outre, l'associé, SOCIETE2.), ne conteste pas avoir été représentée par le gérant PERSONNE1.) lors de la conclusion du Contrat. En indiquant que ce dernier a agi pour le compte de l'association momentanée, donc pour le compte de chacun des associés, SOCIETE2.) et SOCIETE3.), la défenderesse admet que ledit gérant a agi en tant que représentant des associés.

En signant le Contrat, SOCIETE1.) s'est engagée avec les deux associés de l'association momentanée qui sont solidairement tenus envers leur cocontractant.

Le demande en nullité du Contrat est partant à rejeter comme non fondée.

1.2.2. Quant au bien-fondé de la demande

Position des parties

SOCIETE1.) réclame le paiement d'un montant de 60.641,11 EUR au titre de cinq factures impayées pour « *des travaux supplémentaires non prévus au contrat initial* ». Elle plaide « *qu'un contrat forfaitaire a été signé* », mais elle conteste que l'on soit en présence d'un contrat à forfait au sens de l'article 1793 du Code civil, dans la mesure où les conditions d'application du marché à forfait, telles qu'elles découlent de cet article, ne sont pas données.

SOCIETE1.) soutient que le montant réclamé correspond à des travaux supplémentaires qu'elle a effectués, selon les règles de l'art, suite « *aux modifications à apporter au fur et à mesure de l'évolution du chantier* » et qui n'étaient pas prévues initialement dans le Contrat, mais qui ont été approuvées oralement par PERSONNE2.), *project manager* de SOCIETE2.).

Elle ajoute que des discussions ont eu lieu entre PERSONNE2.) et PERSONNE3.) de SOCIETE1.) et que ce dernier a demandé la signature d'un avenant écrit pour les travaux supplémentaires, avenant qu'il n'a jamais obtenu. Elle indique que les factures dont elle réclame paiement sont « *accompagnées de relevés dûment signés par le responsable du chantier Monsieur PERSONNE4.)* ».

Elle fait encore valoir que SOCIETE2.) ne lui a pas « *volontairement [donné] toutes les données pour la réalisation du Contrat* », que cette dernière a donné « *un devis peu détaillé* » et que les travaux demandés étaient « *de loin plus importants que ceux décrits dans le devis* ».

SOCIETE2.) demande le rejet de la demande, au motif que le Contrat a été conclu pour un prix fixe et que les parties ont entendu appliquer à leurs relations « *des règles sensiblement identiques à celles découlant [des] articles [1793 et 1797 du Code civil]* », de sorte que faute d'acceptation écrite de travaux supplémentaires, la demanderesse n'est pas en droit de réclamer un supplément de prix.

Elle conteste l'affirmation adverse que ORGANISATION1.) aurait réclamé l'exécution de travaux qui n'étaient pas prévus dans le Contrat. Elle donne à considérer que la demanderesse ne précise pas de quels travaux il s'agit et que l'annexe de la facture du 25 octobre 2019 est identique à l'annexe du Contrat, en ce qui concerne la désignation des travaux à effectuer et les surfaces concernées par les travaux.

Elle plaide que, dans un contrat à forfait, le prix est immuable, sauf accord entre les parties, qu'il n'est pas possible de modifier le prix en raison d'une surcharge de travail et qu'une erreur dans l'estimation des travaux ne lui est pas imputable. Elle fait encore valoir que tous les travaux supplémentaires doivent faire l'objet d'un avenant et que la demanderesse ne rapporte pas la preuve de la réalité, de la nature et du consentement de SOCIETE2.) concernant les travaux supplémentaires hors forfait.

Appréciation

Il y a tout d'abord lieu de constater qu'SOCIETE1.) n'invoque pas le principe de la facture acceptée, de telle manière qu'en application de l'article 1315 du Code civil, la charge de la preuve du bien-fondé de sa demande en paiement des travaux supplémentaires lui incombe.

Le tribunal constate ensuite que la nature forfaitaire du marché conclu entre parties n'est en l'espèce pas contestée ; le désaccord des parties porte sur les prestations considérées comme supplémentaires, mises en compte par SOCIETE1.) dans les cinq factures, qui sous-tendent sa demande en paiement.

Le marché à forfait se caractérise par la circonstance que le prix est fixé d'avance globalement de façon précise et qu'il porte sur des ouvrages dont l'étendue et la nature sont déterminées d'avance. Il constitue un contrat aléatoire, en ce que l'entrepreneur

prend contractuellement le risque d'assumer sans modification de prix tous les imprévus (cf. Cour d'appel, 5 mai 1999, n°21199 du rôle, cité dans Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 28 décembre 2021, n°TAL-2017-00364 et TAL-2018-05868 du rôle).

L'immutabilité du prix signifie que l'entrepreneur ne pourra demander un supplément de prix ni en raison des circonstances économiques, ni en raison de difficultés nées des événements ou des travaux de la construction elle-même. Dans tout marché à forfait, l'entrepreneur doit exécuter à ses frais les travaux indispensables à la réalisation de l'ouvrage prévu, bien qu'il ne les ait pas envisagés lorsqu'il a fixé le prix (cf. Cour d'appel, 13 novembre 2003, n°27209 du rôle, citant Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 28 décembre 2021, *op. cit.*).

La liberté laissée aux parties à un marché forfaitaire de prévoir des circonstances ou conditions dans lesquelles le prix forfaitaire peut être ajusté, à la hausse comme à la baisse, n'a pas d'incidence sur le caractère forfaitaire du marché.

L'étendue du forfait doit être déterminée selon les principes généraux d'interprétation des conventions, spécialement de l'article 1163 du Code civil, de sorte que le forfait ne peut couvrir que les aléas normaux humainement prévisibles du marché, sous peine d'en fausser l'économie.

Le manque de prévision de l'entrepreneur n'est pas de nature à entraîner la modification du caractère forfaitaire du contrat. L'entrepreneur a l'obligation de prévoir dans le montant de son forfait tous les travaux nécessaires à l'exécution de l'ouvrage selon les règles de l'art.

S'il apparaît que l'objet de l'entreprise et les travaux nécessaires pour le réaliser se trouvent modifiées de manière importante par le fait d'événements imprévisibles, on sort des limites du forfait. En effet, si l'entrepreneur doit supporter le risque de ce qu'il peut normalement prévoir, c'est-à-dire des omissions et des aléas dont il pouvait raisonnablement craindre l'éventualité, il ne s'engage cependant pas à prendre en charge les conséquences d'un fait totalement imprévisible.

Ainsi, le forfait n'exclut pas la commande, en cours d'exécution, de travaux supplémentaires. On entend par travaux supplémentaires des travaux qui modifient l'objet du marché soit dans sa nature soit dans son volume.

Pour éviter que le maître de l'ouvrage soit à la merci d'un entrepreneur peu scrupuleux, et aussi pour le protéger contre son propre entraînement, l'article 1793 du Code civil prévoit qu'il n'en supporte la charge que s'il les a autorisés par écrit. En l'absence de preuve écrite, le constructeur ou l'entrepreneur ne peut demander le paiement des travaux effectués par lui (cf. Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 27 novembre 2014, n°158995 du rôle et les références y citées). Or, tel que soutenu de part et d'autre, l'article 1793 du Code civil ne saurait trouver application au présent litige, dès lors que l'une de ses conditions, à savoir que le marché doit être conclu avec le maître de l'ouvrage, plus précisément avec le propriétaire du sol ou de l'ouvrage où les travaux vont être réalisés, fait en l'espèce défaut. Le forfait légal ne peut en effet être conclu avec personne d'autre, notamment entre un entrepreneur

principal et un sous-traitant ou entre sous-traitants de rang différent (cf. Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 15 juillet 2004, n°83970 du rôle).

Il s'ensuit que les marchés à forfait qui n'entrent pas dans le champ d'application du prédit article sont soumis au droit commun : l'entrepreneur ne peut obtenir paiement de travaux supplémentaires que s'il prouve l'accord du maître de l'ouvrage, mais il peut rapporter cette preuve d'après les règles du droit commun (cf. Cour d'Appel, 22 novembre 1995, n° rôle 16820 cité dans *op.cit.* Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 27 novembre 2014).

D'autre part, les parties sont libres, en application du principe de la licéité des conventions relatives à la preuve, de préciser les seuls modes qui seront admis pour établir un accord sur une commande de travaux supplémentaires. Ainsi, les parties peuvent contracter un marché forfaitaire pour ces travaux et organiser contractuellement un régime identique à celui de l'article 1793 du Code civil.

En l'espèce, le Contrat, y compris les conditions spécifiques, ainsi que l'offre d'SOCIETE1.) y annexées, fixent le cadre contractuel des relations entre SOCIETE1.) et ORGANISATION1.), à savoir des travaux « *de pose des éléments de façade, depuis le rez de chaussé à la sous-face de dalle du R + 2 sur la totalité du périmètre du bâtiment B4 et B5* », pour un prix global de 95.000.- EUR HTVA.

Le tribunal relève que selon l'article 6 du Contrat « [...] Le CLIENT [ORGANISATION1.]) se réserve le droit d'imposer au SOUS TRAITANT [SOCIETE1.]) les modifications, changements, suppressions ou ajouts qui lui sont demandés par le CLIENT et/ou tout organisme de contrôle ou qui lui semblent utiles.

Tous les travaux susmentionnés doivent, tant du point de vue qualitatif que du point de vue quantitatif, être approuvés par écrit au préalable par le CLIENT. Dans tous les autres cas, les prix doivent être convenus par écrit et feront l'objet d'un avenant au présent contrat ».

Il se dégage de ces éléments que, les parties ont conclu un contrat à forfait, en soumettant contractuellement l'exécution de travaux supplémentaires à l'exigence d'une autorisation écrite préalable de ORGANISATION1.), respectivement d'un avenant au Contrat.

Il en découle que conformément au droit commun de la preuve, SOCIETE1.) à l'obligation de rapporter la preuve de l'exécution des travaux supplémentaires facturés, ainsi que de leur commande, respectivement de l'accord écrit préalable de ORGANISATION1.).

En premier lieu, SOCIETE1.) fait valoir qu'elle a reçu « *un devis peu détaillé* » et que les travaux demandés étaient « *de loin plus importants que ceux décrits dans le devis* ».

Le tribunal relève qu'SOCIETE1.) ne fournit cependant aucune explication permettant de justifier qu'elle n'avait pas pu envisager l'envergure réelle des travaux. Aucun élément soumis au tribunal ne permet d'établir qu'SOCIETE1.) n'avait pas à sa

disposition, au moment de l'établissement de son offre, tous les éléments techniques nécessaires à l'estimation des quantités et du prix pour l'élaboration de l'offre.

En effet, comme elle a proposé un prix forfaitaire et non un prix en fonction du travail réellement exécuté, SOCIETE1.) a dû être en possession de tous les éléments utiles et nécessaires pour apprécier l'envergure des travaux et pour proposer un prix ferme, sinon il lui aurait appartenu de demander des explications additionnelles concernant les postes, dont elle estimait la description pas assez détaillée.

Le tribunal relève également qu' SOCIETE1.) ne fournit aucune explication ni quant à la nature, ni quant à l'ampleur, des événements qui ont entraîné des travaux supplémentaires, elle se réfère seulement à des « *travaux supplémentaires hors forfait* ». En outre, il n'est pas non plus expliqué dans quelle mesure ces événements auraient été imprévisibles et auraient modifié de manière importante les travaux repris dans l'offre.

Il importe de relever encore que les stipulations contractuelles mettent les risques d'exécution du chantier à charge de l'entrepreneur et énoncent le principe de l'immutabilité du prix, en ce sens que les difficultés nées des événements ou des travaux de la construction elle-même sont à assumer par SOCIETE1.).

Enfin, le moyen d'SOCIETE1.) consistant à dire que le Contrat n'est pas équitable au motif qu'il contient des clauses largement favorables à la défenderesse, n'est pas autrement développé ou étayé et aucune clause du Contrat n'est spécifiquement visée.

SOCIETE1.) soutient ensuite que les travaux supplémentaires n'étaient pas initialement prévus dans le Contrat, mais qu'ils ont été approuvés oralement par PERSONNE2.), *project manager* de SOCIETE2.), et que les factures sont accompagnées de relevés dûment signés.

Elle demande à cet égard le paiement des factures suivantes :

- facture n° NUMERO4.) du 25 octobre 2019 d'un montant de 29.250.- EUR,
- facture n° NUMERO5.) du 29 octobre 2019 d'un montant de 7.476,30 EUR,
- facture n° NUMERO6.) du 4 novembre 2019 d'un montant de 912,60 EUR,
- facture n° NUMERO7.) du 25 novembre 2019 d'un montant de 20.475.- EUR, et
- facture n° NUMERO8.) du 27 novembre 2019 d'un montant de 2.527,20 EUR.

Le tribunal note tout d'abord que, tant la facture du 25 octobre 2019, que la facture du 25 novembre 2019, ne se réfèrent pas à des travaux supplémentaires, mais mentionnent, dans la rubrique « *description du chantier* », la référence à « *Ccode : contrat pose Retails* », pour la période du 1^{er} au 31 octobre 2019, respectivement pour la période du 1^{er} au 30 novembre 2019.

Ces deux factures sont accompagnées seulement du bordereau prévu au Contrat, signé par SOCIETE1.), reprenant l'état d'avancement des travaux à la date du 1^{er} octobre 2019, respectivement du 1^{er} décembre 2019.

Ces factures n'ayant pas trait à des travaux supplémentaires, mais à des travaux convenus dans le Contrat, il appartient à la demanderesse, face aux contestations de SOCIETE2.) que, d'établir que les prestations ont été réalisées dans leur totalité, conformément à la convention des parties.

Or, aucune pièce n'est soumise à l'appréciation du tribunal par SOCIETE1.), faisant état de la réalisation des travaux qui ont été facturés ou de l'état d'avancement du chantier.

Le tribunal constate encore, en comparant les bordereaux annexés aux deux factures avec le bordereau contenu dans l'offre annexée au Contrat, qu'ils diffèrent en ce sens que le « *prix total* » des différentes prestations facturées, est plus élevé que celui contenu dans l'offre, alors même que les quantités facturées n'ont pas été modifiées et qu'un prix forfaitaire par poste avait été convenu.

SOCIETE1.) ne fournit aucune explication quant à la raison pour laquelle un montant forfaitairement plus élevé que celui initialement prévu a été facturé pour les différents postes.

En conséquence, en l'absence d'autres éléments, la demande en paiement des factures n° NUMERO4.) et n° NUMERO7.) est à déclarer non fondée.

En ce qui concerne les trois factures du 29 octobre 2019, du 4 novembre 2019 et du 27 novembre 2019, le tribunal relève qu'elles se réfèrent dans la rubrique « *description du chantier* » à des « *travaux supplémentaires voire annexe et acceptation de votre part* ».

La facture du 4 novembre 2019 précise que ces travaux supplémentaires sont relatifs à la « *Semaine 21 au 26/10/2019 (12x30€) Semaine 28/10 au 02/11/2019* » et la facture du 27 novembre 2019 précise que ces travaux supplémentaires sont relatifs à la « *Semaine 13/11 au 16/11/2019 Semaine 18/11 au 25/11/2019* ».

Ces trois factures sont accompagnées de fiches de régie, émises par SOCIETE1.) et intitulées « *Liste hebdomadaire* » établies pour chaque semaine, qui mentionnent les noms des ouvriers ayant travaillé sur le chantier, le nombre d'heures effectuées par ouvrier, ainsi que le nombre total des heures prestées par semaine. Toutes les fiches de régie, sauf une, sont signées par PERSONNE4.), le *site manager* d'SOCIETE3.).

Certaines fiches de régie contiennent également des mentions manuscrites et des ratures, en ce sens que le nombre d'heures pris en compte a été diminué, par PERSONNE4.), par rapport au nombre d'heures mis en compte par SOCIETE1.).

Le tribunal relève qu'SOCIETE1.) ne fournit aucune explication ni quant à la nature, ni quant à l'ampleur des travaux supplémentaires facturés, elle se réfère seulement à des « *travaux supplémentaires hors forfait* ». Aucune description des prestations effectuées n'est contenue dans les fiches de régie et aucune explication n'est donnée quant à la raison d'être de ces heures de régie.

De plus, aucun élément du dossier ne permet au tribunal de déterminer s'il s'agit de prestations effectuées dans le cadre du Contrat ou s'il s'agit de travaux effectués hors forfait, à la demande de SOCIETE2.).

De même, l'existence d'une commande supplémentaire ou d'un avenant au Contrat, voir d'une autorisation écrite préalable du maître de l'ouvrage, pour des travaux ou fournitures supplémentaires et/ou des travaux en régie sur base d'une offre détaillée d'SOCIETE1.) ne sont pas établis par les pièces soumises à l'appréciation du tribunal.

En effet, si la signature du *site manager* d'SOCIETE3.) permet certes de documenter la réalité des heures prestées, elle n'est pas suffisante, à elle seule, pour établir l'accord de ORGANISATION1.) quant à la prestation de ces heures de régie, ni quant au taux horaire appliqué.

Face aux contestations adverses, SOCIETE1.) ne fournit pas davantage d'explications quant à l'accord oral obtenu par PERSONNE2.) pour des travaux supplémentaires ni quant au contenu de l'avenant que la défenderesse aurait refusé de signer.

Dès lors, compte tenu des stipulations contractuelles liant les parties, SOCIETE1.) n'était pas autorisée à facturer des travaux modificatifs ou supplémentaires, de nature à engendrer des coûts supplémentaires, par rapport au marché à forfait, sans obtenir au préalable l'accord écrit de ORGANISATION1.) sur les travaux à exécuter.

En conséquence, la demande en paiement des factures n° NUMERO5.), n° NUMERO6.) et n° NUMERO8.) est également à déclarer non fondée.

Il découle de l'ensemble des développements qui précèdent que la demande en paiement d'SOCIETE1.) est à rejeter.

2. La demande reconventionnelle

SOCIETE2.) sollicite reconventionnellement, la condamnation d'SOCIETE1.) au :

- remboursement du montant de 34.461,30 EUR, au titre du « *trop-perçu* », ce montant correspondant à la « *différence entre les factures payées et les avances accordées à SOCIETE1.) (80.650 EUR) et l'avancement réel du chantier (correspondant à une valeur réelle de 46.188,70 EUR)* »,
- paiement de pénalités de retard à hauteur de 9.500.- EUR, et
- au paiement du montant de 376.016,94 EUR, correspondant aux frais de la société SOCIETE5.) srl qui a dû réaliser les travaux en souffrance en remplacement de SOCIETE1.).

2.1. Quant à la recevabilité

SOCIETE2.) conclut à la recevabilité de la demande reconventionnelle au motif qu'elle est basée sur le même contrat de sous-traitance que celui invoqué par la demanderesse et qu'il y a un lien de connexité entre les demandes.

Elle ajoute que la demande est recevable, même si la demande principale était irrecevable, étant donné qu'elle va « *au-delà d'une simple défense contre la demande principale* ».

SOCIETE1.) soutient que « *le tribunal devra rechercher si [la demande reconventionnelle] se rattache aux prétentions originaires par un lien suffisant* ».

Le tribunal relève tout d'abord, conformément à la position soutenue par SOCIETE2.), que les demandes tendant au remboursement du trop-perçu, au paiement de pénalités de retard et au paiement d'une indemnisation pour le remplacement de la demanderesse, sont basées sur la même relation contractuelle entre parties et s'attachent donc par un lien suffisant aux prétentions d'SOCIETE1.).

La demande reconventionnelle est donc recevable sous ce rapport.

SOCIETE1.) ne critiquant pas autrement la régularité de la demande de SOCIETE2.), la demande reconventionnelle est à déclarer recevable.

2.2. Quant au fond

Position des parties

SOCIETE2.) demande la condamnation d'SOCIETE1.), défailante en ses obligations contractuelles, au remboursement du « *trop-perçu* » versé au titre des avances contractuelles, ainsi qu'au paiement de pénalités de retard et à une indemnisation pour le remplacement de la demanderesse par la société SOCIETE5.) srl.

En ce qui concerne le « *trop-perçu* » versé au titre d'avances contractuelles, elle explique que des avances à hauteur de 80.650.- EUR ont été payées par ORGANISATION1.) et elle demande, en se référant au ENSEIGNE1.), le remboursement du trop-perçu de 34.461,30 EUR étant donné que « *l'avancement réel des travaux était loin d'être au niveau que la partie adverse invoque* ».

Concernant l'indemnité de retard, elle fait valoir que, selon l'article 8 des conditions spécifiques du Contrat, renvoyant au planning annexé au Contrat, les installations aux bâtiments B4 et B5 auraient dû être achevées le 4 novembre 2019, mais que selon le ENSEIGNE1.), les travaux n'étaient pas finis lors de la visite des lieux le 28 novembre 2019, de sorte qu'il y a un retard de 24 jours « *soit 24 pourcents de pénalités de retard théoriques plafonnées à 10% du marché (10% x 95.000 = 9.500 EUR)* ».

Enfin, concernant l'indemnisation pour le remplacement d'SOCIETE1.) basée sur l'article 18 des conditions spécifiques du Contrat, elle soutient qu'elle a dû, face à la carence d'SOCIETE1.) de finaliser les travaux, recourir à la société tierce SOCIETE5.) srl pour achever les travaux. Elle précise que la société SOCIETE5.) srl a facturé les travaux à hauteur de 376.016,94 EUR (52.090,74 + 223.090,74 + 109.792,80 – 9.336,60) et que l'urgence de terminer le chantier explique les coûts liés à l'intervention de la société SOCIETE5.) srl qui a, « *à la dernière minute* », dû rattraper les retards et malfaçons d'SOCIETE1.).

SOCIETE1.) conteste la demande adverse et soutient qu'elle a exécuté 85% des travaux. Selon elle, le montant retenu par l'expert est « *formellement contesté* » et ne correspond pas à la réalité.

Elle demande le rejet du ENSEIGNE1.), aux motifs qu'il est unilatéral et dressé à la demande de SOCIETE2.), qu'il n'est ni pertinent ni concluant et qu'il ne permet pas de retenir que seulement 50 % des travaux ont été exécutés.

Elle conteste également les indemnités de retard réclamées en soutenant que le retard est imputable à SOCIETE2.) qui a déposé avec du retard le matériel et les moyens techniques de sécurité, tels que l'échafaudage. Elle ajoute que les retards sont dus à des « *manquements des autres intervenants* » et que suite au non-paiement des travaux supplémentaires « *elle a réduit ses effectifs* ».

Enfin, elle conteste le montant réclamé au titre des frais exposés par la société SOCIETE5.) srl « *alors que ce prix démontre la malhonnêteté de la partie adverse qui a abusé manifestement de [SOCIETE1.)]* »

Appréciation

SOCIETE2.) reproche des défaillances contractuelles à SOCIETE1.), en l'occurrence l'inachèvement des travaux contractuellement convenus, l'exécution non conforme aux règles de l'art des travaux prestés et un retard dans l'exécution de ses prestations.

SOCIETE1.) demande à voir débouter SOCIETE2.) de l'ensemble de ses demandes reconventionnelles.

La demande est basée sur le Contrat conclu entre SOCIETE1.) et l'association momentanée ORGANISATION1.), c'est-à-dire SOCIETE2.) et SOCIETE3.).

Le tribunal rappelle en premier lieu que la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle au sens des articles 1142 et suivants du Code civil suppose la réunion de trois conditions : une faute ou une inexécution contractuelle, un dommage et un lien de causalité entre cette inexécution et le dommage.

Tel qu'exposé ci-dessus, l'association momentanée est dépourvue de personnalité juridique, ce qui a comme conséquence que les actions en justice ne peuvent être intentées que par les associés agissant conjointement, ou en leur nom. Les membres d'une association de fait ne peuvent agir individuellement contre des tiers pour ce qui a trait aux biens, droits et obligations de l'association. Lorsque les associés sont demandeurs, ils doivent tous intervenir dans la procédure, à peine d'entendre déclarer leur action recevable à concurrence de leur part d'entreprise seulement, sauf existence d'un mandat *ad litem* (cf. sur l'ensemble de la question : Cour d'appel, 1^{er} février 2012, n° 33072 et 33104 du rôle, Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 16 janvier 2020, n° 184760 du rôle, Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 3 mars 2022, n° TAL-2019-07968 et TAL-2020-05810 du rôle, et les références y citées).

La Cour de cassation belge a reconnu, dans le cadre d'une action en paiement de factures impayées qui n'avait pas été introduite par tous les associés d'une association momentanée, que « *lorsque l'un des associés d'une association sans personnalité juridique exerce une action en justice, cette action doit être accueillie pour*

sa *part individuelle* » (cf. Cour de cassation belge, 7 mars 2014, n° C.11.0601.F/1 confirmée par Cour de cassation belge, 6 mai 2016, n° C.15.0540.F/1, Répertoire notarial, Tome XII, Livre 5/5, Société momentanée, §28-3).

Il découle de ces principes que l'association momentanée ne peut en tant que telle ester en justice, et son action, doit être introduite par tous les associés conjointement, à moins (i) que l'un des associés agit en son nom personnel pour sa part individuelle ou (ii) que les membres de l'association momentanée ont prévu, au moment de la conclusion du contrat d'association, une clause de représentation en vertu de laquelle l'un des membres de l'association peut agir en justice au nom et pour compte de tous les associés.

Il importe de relever ensuite, lorsqu'une convention est conclue avec un tiers par les membres d'une association momentanée, ce sont les associés seuls qui deviennent créanciers et débiteurs des droits et obligations qui en découlent, lesquels se divisent entre eux et se fixent dans leur patrimoine.

L'article 900-3 de la Loi de 1915 dispose « *les associations momentanées et les sociétés en participation ont lieu entre les associés pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre eux* ».

Même si la société momentanée n'a pas de personnalité morale, les éléments caractéristiques du contrat de société s'y retrouvent, en ce que les parties au contrat de société momentanée s'engagent à participer à la vie sociale dans un esprit égalitaire, ce qui implique la participation de chacune d'entre elles aux bénéfices et aux pertes, et la participation de chacune d'entre elles à la gestion de la société ou, du moins, au contrôle de cette gestion.

Les associés ont toute liberté pour organiser l'association et aucun écrit n'est requis pour la constitution d'une association momentanée, de sorte que la preuve des éléments qui ne figurent pas au contrat peut être rapportée par tous moyens.

En l'absence de dispositions contraires, la part de chaque associé d'une association momentanée dans les bénéfices est fonction de ses apports. L'évaluation précise des apports de chaque associé est indispensable pour la détermination de leurs droits respectifs dans l'association momentanée (cf. Valérie Simonart, précité, n° 62 cité dans Tribunal d'arrondissement, 17 mars 2016, n° 172560 du rôle).

En application de ces principes, il appartient à SOCIETE2.) d'établir qu'elle est titulaire de la créance qu'elle réclame à SOCIETE1.), c'est-à-dire que le dommage pour lequel elle entend obtenir réparation est survenu dans son chef.

Le tribunal relève que SOCIETE2.) réclame le paiement de montants qui seraient redus sous le Contrat conclu avec ORGANISATION1.).

D'une part, elle demande un remboursement du trop-payé sous le Contrat, en se référant notamment à « *des avances à hauteur de 80.650 EUR [qui] avaient été payées par ORGANISATION1.)* » et en versant des extraits de compte établis au nom de « *ENSEIGNE2.)* ».

D'autre part, elle réclame le remboursement des factures d'SOCIETE5.) srl, lesquelles sont adressées à « ORGANISATION1.) ADRESSE3.) ». Enfin, elle réclame une indemnité pour le retard dans l'exécution des travaux, laquelle est fondée sur les dispositions du Contrat conclu entre ORGANISATION1.) et SOCIETE1.).

Dans ses conclusions du 15 février 2021, SOCIETE2.) ne précise pas si un contrat d'association a été conclu avec SOCIETE3.), elle se limite à indiquer qu'il n'est pas « *pertinent, car il ne règle en aucun cas les relations entre l'association momentanée et les tiers* ». Aucun contrat d'association réglant, le cas échéant, les conditions de participation des deux membres de l'association momentanée ORGANISATION1.) au Contrat, n'est produit en cause.

Il ne ressort d'aucune pièce versée en cause, ni d'un autre élément soumis, quels sont les apports respectifs des associés de ORGANISATION1.). De même, aucun renseignement n'est fourni quant à la répartition des parts des associés dans l'association momentanée ORGANISATION1.).

En outre, SOCIETE2.) n'invoque aucune clause de représentation en justice, ni ne prétend-elle de disposer d'un mandat spécial de son associé SOCIETE3.), en vue d'agir individuellement pour ce qui a trait aux biens, droits et obligations de l'association ORGANISATION1.).

Dans ces conditions et en l'absence d'autres éléments, il convient de retenir que SOCIETE2.) ne justifie pas que le « *trop-payé* » à hauteur de 34.461,30 EUR, dont elle demande le remboursement, constitue un dommage survenu dans son chef, ni qu'elle peut prétendre au remboursement dudit montant.

De même, en ce qui concerne l'indemnité de retard et l'indemnisation pour les frais de remplacement réclamés, SOCIETE2.) reste en défaut d'établir que les défaillances contractuelles reprochées à SOCIETE1.), en l'occurrence le retard dans l'exécution et l'inachèvement des travaux, ont occasionné un préjudice dans son chef à hauteur de 9.500.- EUR et de 376.016,94 EUR respectivement, pour lesquels elle demande indemnisation.

Dès lors, la demande en indemnisation formulée par SOCIETE2.) doit être rejetée, sans qu'il n'y ait lieu d'analyser les développements des parties en rapport avec les manquements contractuels reprochés à SOCIETE1.).

3. Quant aux demandes accessoires

SOCIETE1.) et SOCIETE2.) demandent chacune l'allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Au vu de l'issue du litige, aucune partie ne justifiant l'iniquité requise, les demandes respectives des parties en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile sont à déclarer non fondées.

Par ces motifs :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, quinzième chambre, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile, statuant contradictoirement, en continuation du jugement du 30 mars 2022,

déclare les demandes principale et reconventionnelle recevables,

dit la demande en nullité du contrat de sous-traitance n° NUMERO3.) non fondée,

dit la demande en paiement de la société anonyme SOCIETE1.) SA non fondée,

dit la demande reconventionnelle de la société à responsabilité limitée SOCIETE2.) SARL non fondée,

dit les demandes respectives de la société anonyme SOCIETE1.) SA et de la société à responsabilité limitée SOCIETE2.) SARL en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile non fondées,

laisse les frais et dépens de l'instance à charge de la société anonyme SOCIETE1.) SA.