N° 98 / 2020
du 09.07.2020.
Numéro CAS-2019-00108 du registre.

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, neuf juillet deux mille vingt.

Composition:

Jean-Claude WIWINIUS, président de la Cour,
Michel REIFFERS, conseiller à la Cour de cassation,
Roger LINDEN, conseiller à la Cour de cassation,
Lotty PRUSSEN, conseiller à la Cour de cassation,
Paul VOUEL, conseiller à la Cour d'appel,
John PETRY, procureur général d'Etat adjoint,
Viviane PROBST, greffier à la Cour.

Entre:

la société de droit belge SOC1), établie et ayant son siège social à (…), inscrite au Carrefour des Entreprises sous le numéro (…), actuellement en état de faillite, représentée par ses curateurs Maître H), demeurant à (…), et Maître P), demeurant à (…),

demanderesse en cassation,

comparant par la société à responsabilité limitée MOYSE BLESER, inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée aux fins de la présente instance par Maître François MOYSE, avocat à la Cour,

et:

1) la société à responsabilité limitée SOC2), (anciennement SOC7)), établie et ayant son siège social à (…), représentée par son gérant, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (…),

défenderesse en cassation,

comparant par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée aux fins de la présente instance par Maître Christian POINT, avocat à la Cour,

2) la société anonyme SOC3), en abrégé SOC3), établie et ayant son siège social à (…), représentée par son conseil d'administration, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (…),

3) la société à responsabilité limitée SOC4), établie et ayant son siège social à (…), représentée par son gérant, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (…),

4) la société à responsabilité limitée SOC5), établie et ayant son siège social à (…), représentée par son gérant, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (…),

5) la société à responsabilité limitée SOC6), établie et ayant son siège social à (…), représentée par son gérant, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (…),

défenderesses en cassation.

Vu l'arrêt attaqué, numéro 56/19, rendu le 2 mai 2019 sous le numéro 42337 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, neuvième chambre, siégeant en matière commerciale ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 30 juillet 2019 par la société de droit belge SOC1) à la société à responsabilité limitée SOC2), à la société anonyme SOC3), à la société à responsabilité limitée SOC4), à la société à responsabilité limitée SOC5) et à la société à responsabilité limitée SOC6), déposé le 1er août 2019 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réponse en cassation signifié le 20 septembre 2019 par la société SOC2) à la société de droit belge SOC1), à la société SOC3), à la société SOC5), à la société SOC4) et à la société SOC6), déposé le 26 septembre 2019 au greffe de la Cour ;

Sur le rapport du conseiller Roger LINDEN et les conclusions du procureur général d'Etat adjoint John PETRY ;

Sur les faits :

Selon l'arrêt attaqué, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait été saisi par la société SOC2), liée à la société de droit belge SOC1) par un contrat de construction d'un ensemble immobilier, d'une demande en résiliation dudit contrat et d'un accord transactionnel conclu entre elles et d'une demande en condamnation de la société SOC1) à lui payer des pénalités de retard et des dommages-intérêts du chef de frais, surcoûts et dépenses, et, reconventionnellement, par cette dernière,

d'une demande en résiliation du contrat de construction et de demandes en paiement d'un montant à titre de clause pénale, du solde du contrat initial et de travaux supplémentaires dirigées contre la société SOC2). Le tribunal, après avoir constaté la résiliation du contrat de construction, déclaré résilié l'accord transactionnel conclu entre parties et rejeté la demande de la société SOC1) en paiement de la clause pénale, avait déclaré les demandes des sociétés partiellement fondées et fixé la créance de la société SOC2) à l'égard de la société SOC1), entretemps déclarée en état de faillite, à un certain montant. La Cour d'appel a, par réformation, retenu que l'accord transactionnel avait continué à produire ses effets et dit que la société SOC2) ne disposait d'aucune créance à l'égard de la société SOC1). Elle a débouté les sociétés de l'ensemble de leurs revendications financières en rapport avec l'exécution du contrat de construction.

Sur le premier moyen de cassation :

« Tiré de la violation des articles 6-1, 1134 et 1161 du Code civil ;

En ce que la cour d'appel a débouté SOC1) de sa demande en condamnation de SOC2) à lui payer le montant convenu au titre de la clause pénale prévue par l'article 10.2 du contrat de construction ;

Aux motifs que << SOC1) fait valoir qu'une résiliation du contrat de construction ne pouvait intervenir sans mise en demeure préalable ; que SOC2), quant à elle, estime qu'une mise en demeure n'était pas nécessaire au regard du fait que les obligations ayant incombé à SOC1) n'auraient pas été exécutées à la date convenue, à savoir le 30 juin 2011 ; que les deux premiers points de l'article 10 du contrat de construction du 18 décembre 2008 sont de la teneur suivante :
<< 10.1. Résiliation pour faute
(a) Chacune des parties pourra moyennant un préavis de 30 (trente) jours, résilier par lettre recommandée avec avis de réception le présent contrat en cas de non-exécution par l'autre partie d'une de ses obligations substantielles, après une mise en demeure restée infructueuse pendant au moins 30 (trente) jours, sans préjudice de son droit à des dommages et intérêts correspondant aux coûts directs subis par elle et / ou de son droit de suspendre les travaux dans les conditions de l'article 9.
(b) Ainsi, notamment, le maître de l'ouvrage pourra résilier le présent contrat conformément aux dispositions ci-dessus, en cas d'interruption non justifiée des travaux par l'entrepreneur et l'entrepreneur pourra résilier le contrat en cas de non-approbation sans motif valable d'une situation de travaux ou de non-règlement d'une situation due à l'entrepreneur dans un délai de 30 (trente) jours à compter de son exigibilité.
10.2. Résiliation sur l'initiative du maître de l'ouvrage
Dans l'hypothèse où le maître de l'ouvrage déciderait de résilier le contrat pour toute cause autre que celles prévues aux articles 10.1 (a) et 10.1 (b), le maître de l'ouvrage sera redevable auprès de l'entrepreneur à titre d'indemnisation d'une somme forfaitaire et pour solde de tous comptes de 10 % (dix pour cent) du prix hors taxes du contrat précisé à l'article 4.1 après déduction du paiement des travaux réalisés >> ; que SOC2) a résilié le contrat au motif que << la réception n'est à ce jour pas intervenue, ni même envisageable, malgré nos demandes

répétées et bien que selon nos derniers accords (...), vous auriez dû livrer l'immeuble le 30 juin dernier >>, c'est-à-dire pour inobservation par SOC1) de la principale obligation qui lui incombait ; que ce motif est couvert par l'article 10.1 (a) du contrat de construction ; qu'indépendamment de la question de savoir si la résiliation était justifiée et si elle aurait dû être précédée d'une mise en demeure, la clause pénale convenue n'est dès lors pas appelée à jouer ; que telle qu'elle est libellée, elle n'est, en effet, pas prévue pour sanctionner une résiliation éventuellement abusive ou irrégulière en la forme, mais uniquement pour réparer le préjudice résultant d'une résiliation pour des motifs autres que ceux spécifiquement envisagés par les parties, hypothèse qui n'est pas donnée en l'occurrence ; que SOC1) ne peut donc pas non plus prétendre au montant de 673.568,26 € >> ;

1) Alors que, **première branche du moyen,** *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel et doivent être exécutées de bonne foi ; que la cour d'appel a retenu que SOC2) avait résilié le contrat pour un motif couvert par l'article 10.1 (a) du contrat de construction, qui lui donnait une faculté de résiliation unilatérale en cas d'absence de remédiation par SOC1) d'une faute contractuelle, qu'elle a estimée caractérisée en l'espèce en raison de l'absence de mise en état de réception de l'ouvrage à la date du 30 juin 2011, alors, d'une part, que la majeure partie des travaux avait été effectuée à cette date, dès lors que le solde de ceux-ci ne représentait qu'1% du total convenu, et, d'autre part, que le délai de réception avait été repoussé par le maître d'ouvrage-délégué à la date du 1er septembre 2011, tel que SOC2) l'a reconnu par écrit dans un courrier du 12 juillet 2011, de telle sorte qu'aucun grief ne pouvait être formulé au 30 juin 2011, et que le contrat ne pouvait partant être résilié à cette date ; qu'en décidant cependant que SOC2) avait été bien fondée à résilier le contrat de construction au 30 juin 2011 sur le fondement de l'article 10.1 (a), la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses observations et a violé l'article 1134 du Code civil ;*

2) Alors que, **deuxième branche du moyen,** *nul ne peut abuser de son droit ; que la cour d'appel, en se bornant à relever que le motif avancé par SOC2) aux termes duquel << la réception n'est à ce jour pas intervenue, ni même envisageable, malgré nos demandes répétées et bien que selon nos derniers accords (...), vous auriez dû livrer l'immeuble le 30 juin dernier >> rentrait dans le champ de l'article 10.1 (a) du contrat de construction qui lui permettait de résilier le contrat sans conséquence financière en cas de faute de SOC1), et excluait de ce fait le jeu de l'article 10.2 du même contrat qui subordonnait la résiliation fondée sur tout autre motif au paiement d'une indemnité de 10% du montant total du contrat au bénéfice de SOC1), sans vérifier si, tel que cela était allégué par l'exposante, ce n'était pas abusivement que SOC2) s'était fondée sur l'article 10.1 (a) précité dans le seul but d'échapper à la clause pénale prévue par l'article 10.2, la cour d'appel a violé l'article 6-1 du Code civil qui interdit par principe tout abus de droit ;*

3) Alors que, **troisième branche du moyen,** *le juge est tenu de prendre en considération toutes les clauses du contrat et de les interpréter les unes à la lumière des autres et non séparément ; qu'en l'espèce, l'article 12.2 du contrat de construction permettait à SOC1), en cas de réserves formulées par le maître d'ouvrage, de contester celles-ci et d'y remédier dans un délai de 21 jours dont*

SOC2) ne lui a, par sa seule résiliation anticipée, pas laissé le bénéfice ; qu'en refusant cependant d'appliquer cet article pour lui préférer l'article 10.1 (a), alors que le jeu de celui-ci se trouvait, eu égard aux conditions de l'espèce, désactivé par l'article 12.2, la cour d'appel a violé l'article 1161 du Code civil. ».

Sur la première branche du moyen :

Le moyen procède d'une lecture erronée de l'arrêt.

En retenant :

« SOC2) a résilié le contrat au motif que « la réception n'est à ce jour pas intervenue, ni même envisageable, malgré nos demandes répétées et bien que selon nos derniers accords (…), vous auriez dû livrer l'immeuble le 30 juin dernier », c'est-à-dire pour inobservation par SOC1) de la principale obligation qui lui incombait.

Ce motif est couvert par l'article 10.1 (a) du contrat de construction.

Indépendamment de la question de savoir si la résiliation était justifiée et si elle aurait dû être précédée d'une mise en demeure, la clause pénale convenue n'est dès lors pas appelée à jouer.

Telle qu'elle est libellée, elle n'est, en effet, pas prévue pour sanctionner une résiliation éventuellement abusive ou irrégulière en la forme, mais uniquement pour réparer le préjudice résultant d'une résiliation pour des motifs autres que ceux spécifiquement envisagés par les parties, hypothèse qui n'est pas donnée en l'occurrence.

SOC1) ne peut donc pas non plus prétendre au montant de 673.568,26.- €. »,

les juges d'appel n'ont pas dit que la défenderesse en cassation avait été en droit de résilier le contrat de construction sur le fondement de l'article 10.1 (a).

Il en suit que le moyen, pris en sa première branche, manque en fait.

Sur la deuxième branche du moyen :

La demanderesse en cassation fait grief aux juges d'appel de ne pas avoir retenu que la défenderesse en cassation avait commis un abus de droit en procédant à la résiliation du contrat de construction en application de l'article 10.1 (a). Elle précise dans ses développements qu'une partie peut mettre fin à une convention dans les termes y prévus, tout en commettant néanmoins un abus de droit, si la rupture est commise de mauvaise foi, sanctionnable au regard de l'article 6-1 du Code civil.

Il ne ressort pas des actes de procédure à laquelle la Cour peut avoir égard que la demanderesse en cassation ait fait valoir ce moyen devant les juges d'appel.

Le moyen est dès lors nouveau et, en ce qu'il comporterait un examen des circonstances de fait, mélangé de fait et de droit.

Il en suit que le moyen, pris en sa deuxième branche, est irrecevable.

Sur la troisième branche du moyen :

L'article 1161 du Code civil n'a pas un caractère impératif, ses dispositions constituant des conseils donnés aux juges par le législateur pour l'interprétation des conventions et non des règles absolues dont la méconnaissance donne ouverture à cassation.

Il en suit que le moyen, pris en sa troisième branche, est irrecevable.

Sur le deuxième moyen de cassation :

« Tiré de la violation des articles 89 de la Constitution et 249 du Nouveau Code de procédure civile ;

En ce que l'arrêt attaqué a débouté SOC1) de sa demande en condamnation de SOC2) au paiement du solde du marché initial ;

Aux motifs qu'<< une condamnation au profit de SOC1), le cas échéant au vu du résultat d'une expertise, ne saurait intervenir qu'à la condition qu'il soit tout d'abord constaté que ses revendications sont justifiées en principe ; que cette question ne peut toutefois être tranchée que si SOC1) explique à quoi le montant réclamé correspond exactement, une simple comparaison du chiffre absolu renseigné par le contrat conclu et de la somme globale qui a été réglée n'étant d'aucune utilité ; que les deux parties reconnaissent, en effet, que le contrat de construction du 18 décembre 2008 a subi d'importantes modifications en cours d'exécution ; que de ce fait, il est certain que le prix initialement fixé ne correspond plus aux données actuelles du dossier et que les paiements intervenus ne reflètent pas ce qui avait été prévu au départ ; que SOC1) ne fournissant aucun détail au sujet des modalités de calcul du montant de 943.721,08 €, elle met la Cour dans l'impossibilité de procéder à l'examen préalable qui s'impose, et par voie de conséquence, elle est à débouter de ce chef de sa demande >> ;

Alors que tout jugement doit faire figurer ses motifs et qu'une contradiction de motifs équivaut à un défaut de motifs ; qu'en se bornant à constater, pour rejeter la demande de SOC1) en paiement d'une somme de 943.721,08 euros restant due par SOC2) et correspondant au solde du prix contractuellement convenu, que les rapports des parties avaient évolué entre la date de la conclusion du contrat et le jour de l'introduction de l'instance, sans expliquer en quoi cette seule circonstance était de nature à priver SOC1) du solde du prix que SOC2) s'était pourtant contractuellement engagée à lui payer, et sans s'expliquer sur la contradiction qu'il

y avait à observer que davantage de travaux que ceux qui avaient été convenus initialement ont été nécessaires, pour rejeter néanmoins la demande de SOC1) en paiement du solde du prix initialement convenu pour des travaux pourtant de moindre amplitude, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses propres observations et s'est de surcroît contredite, violant ainsi ensemble l'article 89 de la Constitution et, subsidiairement, l'article 249 du nouveau Code de procédure civile. ».

Le moyen vise la contradiction de motifs qui équivaut à un défaut de motifs, qui est un vice de forme. Une décision judiciaire est régulière en la forme dès qu'elle comporte une motivation, explicite ou implicite, sur le point considéré.

Par les développements de l'arrêt reproduits au moyen, exempts de contradiction, les juges d'appel ont motivé leur décision sur le point considéré.

Il en suit que le moyen n'est pas fondé.

Sur le troisième moyen de cassation :

« Tiré de la violation des articles 89 de la Constitution et 57, 61, 62 et 249 du Nouveau Code de procédure civile ;

En ce que l'arrêt attaqué a débouté SOC1) de sa demande en condamnation de SOC2) au paiement des montants dus pour les travaux supplémentaires ;

Aux motifs que << se prévalant de ce que le contrat de construction du 18 décembre 2008 ne saurait être qualifié de marché à forfait, que son économie aurait été bouleversée et que SOC2) ne l'aurait pas exécuté de bonne foi, SOC1) estime que tous les travaux qui ont été réalisés doivent être rémunérés ; qu'aux termes de l'article 4.1 du contrat de construction du 18 décembre 2008, « le prix convenu pour la réalisation de l'ensemble immobilier BHK s'élève à un montant global, forfaitaire, ferme, définitif et non révisable, sous réserve des dispositions particulières du présent contrat, de 39.000.000,00 € HT >> ; que par ailleurs, les articles 3.3 et 3.4 du contrat prévoient ce qui suit : << (...) le MAITRE DE L'OUVRAGE se réserve la faculté de demander à l'ENTREPRENEUR de réaliser des travaux modificatifs ou complémentaires à l'objet du contrat tel que défini à l'article 1 ci-dessus. L'exécution desdits travaux amenant changement, suppression ou addition, devra faire l'objet d'un accord exprès entre l'ENTREPRENEUR et le MAITRE DE L'OUVRAGE, selon les documents-modèles joints en annexe 12, dûment signés par leurs représentants habilités, cet accord prévoyant les incidences éventuelles, en plus ou en moins, sur le délai de réalisation de l'ensemble immobilier BHK tel que prévu à l'article 2 ci-dessus et sur le coût déterminé à l'article 4 ci-après.

Seul le MOD (maître d'ouvrage délégué) est habilité à ordonner de tels travaux modificatifs, après approbation de l'équipe de Maîtrise d'œuvre >> (article 3.3) ; que << L'ENTREPRENEUR pourra également suggérer au MAITRE DE L'OUVRAGE des travaux modificatifs ou complémentaires. Le MAITRE DE L'OUVRAGE devra alors faire savoir à l'ENTREPRENEUR dans un délai de 10 (dix) jours s'il est ou non intéressé par cette proposition.

Lorsqu'une modification est suggérée par l'ENTREPRENEUR et retient l'attention du MAITRE DE L'OUVRAGE, ou est requise par écrit par le MAITRE DE L'OUVRAGE, cette modification devra être soigneusement examinée par l'ENTREPRENEUR qui en évaluera dans un délai de 10 (dix) jours suivant la requête du MAITRE DE L'OUVRAGE le montant et les incidences sur le planning et sur les prestations et les matériaux et fournitures à mettre en œuvre.

L'ENTREPRENEUR pourra procéder à la modification seulement après avoir reçu un accord écrit du MAITRE DE L'OUVRAGE sur les modalités d'exécution et le coût de cette modification. (...) >> (article 3.4) ; que telles qu'elles sont rédigées, ces clauses militent a priori en faveur de l'existence d'un marché à forfait (cf. en ce sens JurisClasseur Civil Code, articles 1788 à 1794, fasc. 20, mise à jour 23 octobre 2013, N° 17) ; que s'il est exact que même dans cette éventualité, le coût de travaux supplémentaires peut, sous certaines conditions, être mis à charge du maître de l'ouvrage, il n'en reste pas moins que SOC1) se limite à revendiquer l'allocation de montants forfaitaires ; qu'elle ne précise d'aucune façon à quel type de travaux les prétentions formulées se rapportent, de sorte que la Cour ne peut pas se prononcer sur la question de savoir si les prémisses justifiant un complément de rémunération sont données ; que le constat que tel est le cas constitue toutefois le préalable indispensable à l'institution d'une expertise, l'homme de l'art à désigner ne pouvant trancher des questions d'ordre juridique ; que faute par SOC1) d'établir que ses prétentions sont fondées en principe, sa demande en paiement de travaux supplémentaires est, elle aussi, à rejeter >> ;

1) Alors que, **première branche du moyen,** *tout jugement doit faire figurer ses motifs et que l'absence de réponse à conclusions équivaut à un défaut de motifs ; que de surcroît la méconnaissance des écrits d'une partie constitue une dénaturation de ceux-ci ; qu'en l'espèce, la cour d'appel s'est estimée insuffisamment renseignée sur la nature des travaux auxquels les prétentions formulées par SOC1) se rapportaient, alors qu'une liste de ceux-ci figurait, notamment, dans son acte d'appel, auquel les conclusions récapitulatives du 16 avril 2018 renvoient expressément ; qu'en conséquence, la cour d'appel ne pouvait, sans manquer de répondre aux conclusions de l'exposante ni dénaturer celles-ci, statuer comme elle l'a fait, violant ainsi ensemble l'article 89 de la Constitution et, subsidiairement, l'article 249 du nouveau Code de procédure civile ;*

2) Alors que, **deuxième branche du moyen,** *le juge doit fonder sa décision sur les faits du débat et peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige ; que la cour d'appel, pour rejeter les demandes de SOC1), s'est bornée à retenir que celle-ci ne << précise d'aucune façon à quel type de travaux les prétentions formulées se rapportent, de sorte que la Cour ne peut pas se prononcer sur la question de savoir si les prémisses justifiant un complément de rémunération sont données >> ; qu'en statuant ainsi, alors qu'il lui appartenait, si elle considérait que les explications de fait étaient insuffisantes, de demander à SOC1) d'apporter les précisions qui auraient suffi à l'éclairer pleinement sur la portée de ses prétentions, la cour d'appel a violé l'article 57 du nouveau Code de procédure civile ;*

3) Alors que, **troisième branche du moyen,** *le juge doit trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables, et au besoin donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux ; que la cour d'appel a simplement émis l'hypothèse que le contrat litigieux pouvait être un marché à forfait ; qu'elle a reconnu que, dans cette éventualité, certaines circonstances pouvaient être de nature à renverser le caractère forfaitaire du contrat, de manière à mettre à la charge du maître d'ouvrage le coût des travaux supplémentaires ; qu'en se bornant à relever que, faute pour SOC1) de préciser à quel type de travaux ses prétentions se rapportaient, elle n'était pas en mesure d'apprécier si une expertise était justifiée, au motif qu'il ne relève pas de la mission de l'expert de trancher des questions d'ordre juridique, alors que c'est à elle qu'il appartenait en l'espèce de dire le droit en tranchant lesdites questions, pour pouvoir ensuite examiner la pertinence des demandes formulées, la cour d'appel a méconnu l'article 61 du nouveau Code de procédure civile ;*

4) Alors que, **quatrième branche du moyen,** *le juge peut inviter les parties à fournir les explications de droit qu'il estime nécessaires à la solution du litige ; qu'en se bornant à relever que les explications de SOC1) ne lui permettaient pas d'évaluer leur pertinence juridique, alors qu'il lui appartenait de solliciter de sa part toutes précisions utiles afin de la mettre en mesure de jauger celle-ci et in fine de trancher le litige, la cour d'appel a manifestement méconnu son office, et violé l'article 62 du nouveau Code de procédure civile. ».*

Sur la première branche du moyen :

Le moyen est tiré du défaut de réponse à conclusions, en ce que les juges d'appel n'ont pas pris position par rapport à une liste de travaux dont la demanderesse en cassation réclamait le paiement.

Le défaut de réponse à conclusions constitue une forme du défaut de motifs, qui est un vice de forme.

Une décision est régulière en la forme dès qu'elle comporte une motivation, expresse ou implicite, sur le point considéré.

En retenant :

« SOC1) se limite à revendiquer l'allocation de montants forfaitaires ; qu'elle ne précise d'aucune façon à quel type de travaux les prétentions formulées se rapportent, de sorte que la Cour ne peut pas se prononcer sur la question de savoir si les prémisses justifiant un complément de rémunération sont données ; que le constat que tel est le cas constitue toutefois le préalable indispensable à l'institution d'une expertise, l'homme de l'art à désigner ne pouvant trancher des questions d'ordre juridique ; que faute par SOC1) d'établir que ses prétentions sont fondées en principe, sa demande en paiement de travaux supplémentaires est, elle aussi, à rejeter »,

les juges d'appel ont implicitement, mais nécessairement motivé le rejet de la demande en paiement des travaux supplémentaires repris sur la liste invoquée par la demanderesse en cassation.

Il en suit que le moyen, pris en sa première branche, n'est pas fondé.

Sur la deuxième branche du moyen :

La faculté donnée au juge par l'article 57 du Nouveau code de procédure civile d'inviter les parties à lui fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige est à lire ensemble avec l'article 56 du même code qui fait obligation aux parties d'alléguer les faits à l'appui de leurs prétentions et à l'article 58 du même code qui impose à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de ses prétentions.

Il en découle qu'il n'incombe pas au juge de suppléer la carence des parties dans l'allégation et la preuve des faits.

Il en suit que le moyen, pris en sa deuxième branche, n'est pas fondé.

Sur les troisième et quatrième branches réunies du moyen :

Les juges d'appel ont rejeté les prétentions de la demanderesse en cassation en paiement des travaux supplémentaires au motif qu'elle n'en précisait pas la nature, de sorte qu'ils n'étaient pas tenus de se prononcer sur la question de savoir si ces travaux étaient inclus dans le marché à forfait ou s'ils donnaient lieu à rémunération supplémentaire en faveur de l'entrepreneur.

Il en suit que le moyen, pris en ses troisième et quatrième branches, n'est pas fondé.

Sur les demandes en allocation d'une indemnité de procédure :

La demanderesse en cassation étant à condamner aux dépens de l'instance en cassation, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure est à rejeter.

Il serait inéquitable de laisser à charge de la défenderesse en cassation, la société SOC2), l'intégralité des frais exposés non compris dans les dépens, de sorte qu'il y a lieu de lui allouer une indemnité de procédure de 2.500 euros.

PAR CES MOTIFS,

la Cour de cassation :

rejette le pourvoi,

rejette la demande de la demanderesse en cassation en allocation d'une indemnité de procédure,

la condamne à payer à la défenderesse en cassation, la société à responsabilité limitée SOC2), une indemnité de procédure de 2.500 euros,

condamne la demanderesse en cassation aux dépens de l'instance de cassation avec distraction au profit de la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le président Jean-Claude WIWINIUS en présence du procureur général d'Etat adjoint John PETRY et du greffier Viviane PROBST.

Conclusions du Parquet Général dans l'affaire de cassation Société de droit belge SOC1) c/ 1) société à responsabilité limitée SOC2), 2) société anonyme SOC3), 3) société à responsabilité limitée SOC4), 4) société à responsabilité limitée 5) et 5) société à responsabilité limitée SOC6)

(affaire n° CAS 2019-00108 du registre)

Le pourvoi de la demanderesse en cassation, par dépôt au greffe de la Cour en date du 1er août 2019 d'un mémoire en cassation, est dirigé contre un arrêt rendu en date du 2 mai 2019 sous le numéro 42337 du rôle par la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière commerciale.

Sur la recevabilité du pourvoi

Le pourvoi est recevable en ce qui concerne le délai[1] et la forme[2].

La demanderesse en cassation a déposé un mémoire signé par un avocat à la Cour signifié aux parties adverses antérieurement au dépôt du pourvoi, de sorte que ces formalités imposées par l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, ont été respectées.

Le pourvoi est dirigé contre une décision contradictoire, donc non susceptible d'opposition, rendue en dernier ressort qui tranche tout le principal, de sorte qu'il est également recevable au regard des articles 1er et 3 de la loi de 1885.

Le pourvoi est, partant, recevable.

Sur les faits

Selon l'arrêt attaqué, saisi par la société à responsabilité limitée SOC2) (ci-après « *la société SOC2)* »), qui alléguait que la société de droit belge SOC1) (ci-après « *la société SOC1)* ») avait dépassé le délai d'achèvement convenu de la construction d'un ensemble immobilier et omis de payer ses sous-traitants, d'une demande en résiliation d'un contrat de construction et d'accords transactionnels et en condamnation au paiement de pénalités de retard dirigée contre cette seconde société et par celle-ci d'une demande en résiliation du contrat de construction, en paiement d'un montant à titre de clause pénale, en paiement du solde du contrat initial et de travaux supplémentaires dirigée contre la première société, en présence de la société anonyme SOC3) et des sociétés à responsabilité limitée SOC4), SOC5) et SOC6), le tribunal

[1] Il ne résulte pas du dossier soumis que l'arrêt attaqué a été signifié à la demanderesse en cassation. Il en suit que le délai de recours n'a pas commencé à courir, partant, n'a pas pu être méconnu.

[2] La demanderesse en cassation a déposé un mémoire signé par un avocat à la Cour signifié aux défenderesses en cassation antérieurement au dépôt du pourvoi, de sorte que ces formalités imposées par l'article 10 de la loi précitée de 1885 ont été respectées.

d'arrondissement de Luxembourg a constaté la résiliation du contrat de construction et déclaré résilié les accords transactionnels, sans faire droit aux demandes en paiement. Sur appel des deux sociétés, la Cour d'appel a constaté par réformation que l'un des accords transactionnels a continué à produire ses effets, a débouté les deux sociétés de l'ensemble de leurs demandes en paiement respectives en rapport avec l'exécution du contrat de construction et a confirmé le jugement pour le surplus.

Sur le premier moyen de cassation

Le premier moyen est tiré de la violation des articles 6-1, 1134 et 1161 du Code civil, en ce que la Cour d'appel a débouté la société SOC1) de sa demande en condamnation de la société SOC2) à lui payer un montant convenu à titre de clause pénale, aux motifs que telle qu'elle est libellée, la clause pénale, stipulé par l'article 10.2 du contrat, n'est pas prévue pour sanctionner une résiliation éventuellement abusive ou irrégulière en la forme du contrat de construction conclu entre parties, mais uniquement pour réparer le préjudice résultant d'une résiliation pour des motifs autres que ceux spécifiquement envisagés par les parties à l'article 10.1 (a) du contrat, cette hypothèse n'étant pas donnée en l'espèce, le contrat ayant été résilié par la société SOC2) sur base de l'article 10.1 (a) du contrat, pour inobservation par la société SOC1) de la principale obligation lui incombant à la date convenue, soit le 30 juin 2011, alors que, première branche, la société SOC1) avait respecté l'essentiel de ses obligations et n'était pas tenue de les exécuter au 30 juin 2011, de sorte que la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé l'article 1134 du Code civil, que, deuxième branche, en se bornant à retenir que le motif de résiliation rentrait dans le champ d'application de l'article 10.1 (a) du contrat et excluait de ce fait l'application de l'article 10.2, sans vérifier si la société CML ne s'est pas abusivement fondée sur l'article 10.1 (a) dans le seul but d'échapper à la clause pénale prévue par l'article 10.2, la Cour d'appel a violé l'article 6-1 du Code civil et que, troisième branche, l'article 10.2 du contrat aurait dû être interprété à la lumière de l'article 12.2 du contrat, qui permettait à la société SOC1), en cas de réserves formulées par la société SOC2) de contester celles-ci et d'y remédier dans un délai de 21 jours, de sorte que la Cour d'appel a violé l'article 1161 du Code civil.

Dans le cadre du procès en cours, la société SOC1) avait demandé la condamnation de la société SOC2), qui était maître de l'ouvrage dans le cadre d'un contrat de construction conclu entre parties et qui avait résilié ce contrat avec effet immédiat pour inexécution[3], au paiement d'un montant qui serait dû au titre d'une clause pénale stipulé dans le contrat. La Cour d'appel rejeta cette prétention aux motifs suivants :

> « *SOC1) fait valoir qu'une résiliation du contrat de construction ne pouvait intervenir sans mise en demeure préalable.*
>
> *SOC2), quant à elle, estime qu'une mise en demeure n'était pas nécessaire au regard du fait que les obligations ayant incombé à SOC1) n'auraient pas été exécutées à la date convenue, à savoir le 30 juin 2011.*
>
> *Les deux premiers points de l'article 10 du contrat de construction du 18 décembre 2008 sont de la teneur suivante :*

[3] Arrêt attaqué, page 3, troisième alinéa.

« 10.1. Résiliation pour faute

(a) Chacune des parties pourra moyennant un préavis de 30 (trente) jours, résilier par lettre recommandée avec avis de réception le présent contrat en cas de non-exécution par l'autre partie d'une de ses obligations substantielles, après une mise en demeure restée infructueuse pendant au moins 30 (trente) jours, sans préjudice de son droit à des dommages et intérêts correspondant aux coûts directs subis par elle et / ou de son droit de suspendre les travaux dans les conditions de l'article 9.

(b) Ainsi, notamment, le MAITRE DE L'OUVRAGE pourra résilier le présent contrat conformément aux dispositions ci-dessus, en cas d'interruption non justifiée des travaux par l'ENTREPRENEUR et l'ENTREPRENEUR pourra résilier le contrat en cas de non-approbation sans motif valable d'une situation de travaux ou de non-règlement d'une situation due à l'ENTREPRENEUR dans un délai de 30 (trente) jours à compter de son exigibilité.

10.2. Résiliation sur l'initiative du MAITRE DE L'OUVRAGE

Dans l'hypothèse où le MAITRE DE L'OUVRAGE déciderait de résilier le contrat pour toute cause autre que celles prévues aux articles 10.1 (a) et 10.1 (b), le MAITRE DE L'OUVRAGE sera redevable auprès de l'ENTREPRENEUR à titre d'indemnisation d'une somme forfaitaire et pour solde de tous comptes de 10 % (dix pour cent) du prix hors taxes du contrat précisé à l'article 4.1 après déduction du paiement des travaux réalisés ».

SOC2) a résilié le contrat au motif que « la réception n'est à ce jour pas intervenue, ni même envisageable, malgré nos demandes répétées et bien que selon nos derniers accords (…), vous auriez dû livrer l'immeuble le 30 juin dernier », c'est-à-dire pour inobservation par SOC1) de la principale obligation qui lui incombait.

Ce motif est couvert par l'article 10.1 (a) du contrat de construction.

Indépendamment de la question de savoir si la résiliation était justifiée et si elle aurait dû être précédée d'une mise en demeure, la clause pénale convenue n'est dès lors pas appelée à jouer.

Telle qu'elle est libellée, elle n'est, en effet, pas prévue pour sanctionner une résiliation éventuellement abusive ou irrégulière en la forme, mais uniquement pour réparer le préjudice résultant d'une résiliation pour des motifs autres que ceux spécifiquement envisagés par les parties, hypothèse qui n'est pas donnée en l'occurrence.

SOC1) ne peut donc pas non plus prétendre au montant de 673.568,26.- €. »[4].

La société SOC1) attaque ce raisonnement par un moyen divisé en trois branches, tirées respectivement de la violation des articles 1134, 6-1 et 1161 du Code civil.

[4] Idem, page 6, sixième alinéa, à page 7, sixième alinéa.

Sur la première branche

La première branche du moyen, tirée de la violation de l'article 1134 du Code civil, critique le bien-fondé de la conclusion de la Cour d'appel que la résiliation du contrat a été effectuée en l'espèce par la société SOC2) sur base de l'article 10.1 (a) du contrat, donc pour faute. Elle soutient que dans les circonstances de l'espèce la société SOC1) ne pouvait se faire reprocher une faute justifiant la résiliation.

La branche repose sur la prémisse que la clause pénale, prévue par l'article 10.2 du contrat, serait applicable s'il était prouvé que la société SOC2) aurait fondé sa résiliation de façon injustifiée sur l'article 10.1 (a). Elle méconnaît que dans la logique du raisonnement de la Cour d'appel, l'article 10.2, partant, la clause pénale, n'est pas applicable si la résiliation est fondée, à tort ou à raison, sur l'article 10.1 (a). Il est à rappeler que la Cour d'appel a constaté que « *SOC2) a résilié le contrat au motif que* […]. *Ce motif est couvert par l'article 10.1 (a) du contrat de construction. Indépendamment de la question de savoir si la résiliation était justifiée* […]*, la clause pénale n'est dès lors pas appelée à jouer.* »[5]. L'exclusion de la clause pénale, prévue par l'article 10.2, s'applique donc, selon elle, dès que la résiliation est formellement fondée sur l'article 10.1 (a), sans préjudice du point de savoir si cette résiliation se justifiait réellement en fait pour ce motif. Pour critiquer le bien-fondé de ce raisonnement il n'est pas pertinent de savoir si la résiliation a été basée à juste titre par la société SOC2) sur l'article 10.1 (a).

Il en suit que la branche du moyen manque en fait.

A titre subsidiaire, il ne résulte pas des éléments auxquels vous pouvez avoir égard que la société SOC1) a soutenu devant les juges du fond que la résiliation du contrat ne pouvait être légalement basée sur l'article 10.1 (a) parce que l'inexécution de ses obligations n'était pas suffisamment grave et que le délai de réception des travaux avait été repoussé. Le moyen est donc nouveau et, comme il suppose une appréciation de faits, il est mélangé de fait et de droit.

Il en suit, à titre subsidiaire, que la branche du moyen est irrecevable.

A titre encore plus subsidiaire, la branche du moyen ne tend qu'à remettre en discussion l'interprétation du contrat conclu entre parties, qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, de sorte qu'elle ne saurait être accueillie.

Sur la deuxième branche

Dans la deuxième branche du moyen, la société SOC1) critique la Cour d'appel de ne pas avoir vérifié si la résiliation du contrat par la société SOC2), fondée sur l'article 10.1 (a) du contrat, a été abusive.

Cette critique se heurte au même obstacle que la première branche, à savoir que, dans la logique du raisonnement de la Cour d'appel, il n'est pas pertinent de savoir si la résiliation, basée par la société SOC2) à tort ou à raison, sur l'article 10.1 (a) du contrat, a été justifiée, le fait de baser la résiliation sur cette disposition ayant, dans l'économie du contrat tel qu'il a été interprété, pour effet d'exclure l'application de la clause pénale, prévue par l'article 10.2.

[5] Idem, page 7, deuxième au quatrième alinéas.

Il en suit que la deuxième branche manque en fait.

A titre subsidiaire, la branche ne tend qu'à remettre en discussion l'interprétation du contrat conclu entre parties, qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, de sorte qu'elle ne saurait être accueillie[6].

Sur la troisième branche

Dans la troisième branche du moyen, la société SOC1) critique la Cour d'appel d'avoir mal interprété l'article 10.1 (a) du contrat. Une interprétation correcte à ses yeux aurait impliqué de combiner cet article avec un autre article du contrat, à savoir l'article 12.2. Cette interprétation non correcte à ses yeux du contrat constituerait une violation de l'article 1161 du Code civil.

Cet article n'a pas un caractère impératif. Ses dispositions constituent des conseils donnés aux juges par le législateur pour l'interprétation des conventions et non des règles absolues dont la méconnaissance pourrait donner ouverture à cassation[7].

Il en suit que la troisième branche du moyen est irrecevable.

Sur le deuxième moyen de cassation

Le deuxième moyen est tiré de la violation des articles 89 de la Constitution et 249 du Nouveau Code de procédure civile, en ce que la Cour d'appel a débouté la société SOC1) de sa demande en condamnation de la société SOC2) du solde du marché, aux motifs qu'une condamnation au profit de la société SOC1) suppose le constat préalable que les revendications de celle-ci sont justifiées en principe, ce qui suppose que la société SOC1) explique à quoi le montant réclamé correspond exactement, une simple comparaison du chiffre absolu renseigné par le contrat et de la somme globale réglée n'étant d'aucune utilité, les deux parties ayant reconnu que le contrat a subi d'importantes modifications en cours d'exécution, de sorte qu'il est certain que le prix initialement fixé ne correspond plus aux données actuelles et que les paiements intervenus ne reflètent pas ce qui avait été prévu au départ, que la société SOC1) ne fournissant aucun détail au sujet des modalités de calcul du montant réclamé par elle, elle met la Cour d'appel dans l'impossibilité de procéder à l'examen préalable qui s'impose, de sorte qu'elle est à débouter de ce chef de sa demande, alors que en se bornant à constater que le contrat avait subi des modifications en cours d'exécution, sans expliquer en quoi cette seule circonstance était de nature à priver la société SOC1) du solde du prix et sans s'expliquer comment l'accord sur des travaux supplémentaires était de nature à justifier de rejeter le paiement du solde initialement convenu pour des travaux de moindre envergure, la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses propres observations et s'est de surcroît contredite.

[6] Il ne saurait, en revanche, contrairement à ce qui a été relevé ci-avant dans le cadre de la discussion de la première branche du moyen, être soutenu que la critique du caractère abusif de la résiliation constitue un moyen nouveau, ce grief ayant été exposé par la demanderesse en cassation dans ses conclusions récapitulatives, telle qu'elle l'expose dans la discussion de la branche du moyen.

[7] Cour de cassation, 9 mars 2017, n° 24/2018, numéro 3760 du registre (réponse au premier moyen); dans le même sens : idem, 22 novembre 2018, n° 112/2018, numéro 4026 du registre (réponse au quatrième moyen).

Dans son deuxième moyen, la société SOC1) critique le rejet par la Cour d'appel de sa prétention de voir condamner la société SOC2) au paiement du solde du marché initial conclu entre parties. La Cour d'appel a motivé ce rejet comme suit :

> « ***- Quant au solde sur le marché initial***
>
> *A ce titre, une condamnation au profit de SOC1), le cas échéant au vu du résultat d'une expertise, ne saurait intervenir qu'à la condition qu'il soit tout d'abord constaté que ses revendications sont justifiées en principe.*
>
> *Cette question ne peut toutefois être tranchée que si SOC1) explique à quoi le montant réclamé correspond exactement, une simple comparaison du chiffre absolu renseigné par le contrat conclu et de la somme globale qui a été réglée n'étant d'aucune utilité.*
>
> *Les deux parties reconnaissent, en effet, que le contrat de construction du 18 décembre 2008 a subi d'importantes modifications en cours d'exécution.*
>
> *De ce fait, il est certain que le prix initialement fixé ne correspond plus aux données actuelles du dossier et que les paiements intervenus ne reflètent pas ce qui avait été prévu au départ.*
>
> *SOC1) ne fournissant aucun détail au sujet des modalités de calcul du montant de 943.721,08.- €, elle met la Cour dans l'impossibilité de procéder à l'examen préalable qui s'impose, et par voie de conséquence, elle est à débouter de ce chef de sa demande.* »[8].

Le deuxième moyen est tiré de la violation des articles 89 de la Constitution et 249 du Nouveau Code de procédure civile, donc d'une violation de l'obligation de motivation. Il critique plus particulièrement une contradiction de motifs. Celle-ci résulterait de ce que la Cour d'appel a constaté que le contrat initial a fait l'objet d'importantes modifications en cours d'exécution, ce qu'il faudrait comprendre, selon la société SOC1) comme accord sur des travaux supplémentaires à exécuter par celle-ci, et qu'elle a néanmoins refusé de condamner la société SOC2) à payer le solde du marché initial, ne comprenant pas encore ces travaux supplémentaires.

Le moyen de cassation vise le défaut de motifs, qui est un vice de forme. Une décision judiciaire est régulière en la forme dès qu'elle comporte une motivation, expresse ou implicite, sur le point considéré[9].

Par les énonciations reproduites ci-avant, la Cour d'appel a motivé sa décision.

Il en suit que le grief tiré d'un défaut de motif n'est pas fondé.

Une contradiction de motifs suppose une contradiction entre deux affirmations de l'arrêt attaqué[10]. Le moyen n'articule pas une telle contradiction, mais déduit celle-ci de l'affirmation

---

[8] Arrêt attaqué, page 8, troisième au septième alinéa.
[9] Voir, à titre d'illustration : Cour de cassation, 19 décembre 2019, n° 177/2019, numéro CAS-2019-00011 du registre (réponse au premier moyen).
[10] Voir, à titre d'illustration : Cour de cassation, 24 mars 2016, n° 36/16, numéro 3622 du registre (réponse au premier moyen).

de la Cour d'appel que le contrat conclu entre parties a connu de nombreuses modifications et du rejet de la demande de condamnation de la société SOC2) au paiement du solde du contrat initial. Ce rejet ne constitue pas une affirmation, donc un motif de fait. Le grief tiré de la contradiction des motifs méconnaît par ailleurs que ce rejet est motivé par un motif différent tiré de l'impossibilité dans laquelle la société SOC1) a mis la Cour d'appel aux fins d'apprécier le bien-fondé en fait de sa demande.

Il en suit que le grief tiré d'une contradiction de motifs manque en fait, sinon n'est pas fondé.

Sur le troisième moyen de cassation

Le troisième moyen est tiré de la violation des articles 89 de la Constitution et 57, 61, 62, ainsi que 249 du Nouveau Code de procédure civile, en ce que la Cour d'appel a débouté la société SOC1) de sa demande en condamnation de la société SOC2) au paiement des montants dus pour des travaux supplémentaires, aux motifs que les clauses contractuelles militent a priori en faveur de l'existence d'un marché à forfait, que s'il est exact que même dans cette éventualité, le coût des travaux supplémentaires peut, sous certaines conditions, être mis à charge du maître de l'ouvrage, il n'en reste pas moins que la société SOC1) se limite à revendiquer l'allocation de montants forfaitaires, qu'elle ne précise d'aucune façon à quel type de travaux les prétentions formulées se rapportent, de sorte que la Cour d'appel ne peut pas se prononcer sur la question de savoir si les prémisses justifiant un complément de rémunération sont données, que le constat que tel est le cas constitue toutefois le préalable indispensable à l'institution d'une expertise, l'homme de l'art à désigner ne pouvant trancher des questions d'ordre juridique, que faute par la société SOC1) d'établir que ses prétentions sont fondées en principe, sa demande en paiement de travaux supplémentaires est à rejeter, alors que, première branche, la Cour d'appel s'est estimée insuffisamment renseignée sur la nature des travaux auxquels les prétentions de la société SOC1) se rapportent tant bien même que celle-ci avait établi une liste de ces travaux, figurant dans son acte d'appel, auquel renvoyaient ses conclusions récapitulatives, de sorte qu'il y a eu défaut de réponse à conclusions et, partant, violation des articles 89 de la Constitution et 249 du Nouveau Code de procédure civile, que, deuxième branche, la Cour d'appel, si elle considérait que les explications de fait de la société SOC1) étaient insuffisantes, aurait dû inviter celle-ci à apporter des précisions, de sorte qu'elle a violé l'article 57 du Nouveau Code de procédure civile, que, troisième branche, la Cour d'appel aurait dû dire le droit en tranchant les questions d'ordre juridique, de sorte qu'elle a violé l'article 61 du Nouveau Code de procédure civile et que, quatrième branche, la Cour d'appel aurait dû solliciter de la société SOC1) les précision qu'elle jugeait utiles pour trancher le litige, de sorte qu'elle a violé l'article 62 du Nouveau Code de procédure civile.

Dans son troisième moyen, la société SOC1) critique le rejet par la Cour d'appel de sa prétention à voir condamner la société SOC2) au paiement de travaux supplémentaires qu'elle aurait exécutés. La Cour d'appel motiva ce rejet comme suit :

> « ***- Quant aux travaux supplémentaires***
>
> *Se prévalant de ce que le contrat de construction du 18 décembre 2008 ne saurait être qualifié de marché à forfait, que son économie aurait été bouleversée et que SOC2) ne l'aurait pas exécuté de bonne foi, SOC1) estime que tous les travaux qui ont été réalisés doivent être rémunérés.*

Aux termes de l'article 4.1 du contrat de construction du 18 décembre 2008, « le prix convenu pour la réalisation de l'ensemble immobilier BHK s'élève à un montant global, forfaitaire, ferme, définitif et non révisable, sous réserve des dispositions particulières du présent contrat, de 39.000.000,00 € HT ».

Par ailleurs, les articles 3.3 et 3.4 du contrat prévoient ce qui suit :

« (...) le MAITRE DE L'OUVRAGE se réserve la faculté de demander à l'ENTREPRENEUR de réaliser des travaux modificatifs ou complémentaires à l'objet du contrat tel que défini à l'article 1 ci-dessus. L'exécution desdits travaux amenant changement, suppression ou addition, devra faire l'objet d'un accord exprès entre l'ENTREPRENEUR et le MAITRE DE L'OUVRAGE, selon les documents-modèles joints en annexe 12, dûment signés par leurs représentants habilités, cet accord prévoyant les incidences éventuelles, en plus ou en moins, sur le délai de réalisation de l'ensemble immobilier BHK tel que prévu à l'article 2 ci-dessus et sur le coût déterminé à l'article 4 ci-après.

Seul le MOD [maître d'ouvrage délégué] est habilité à ordonner de tels travaux modificatifs, après approbation de l'équipe de Maîtrise d'œuvre ». (article 3.3)

« L'ENTREPRENEUR pourra également suggérer au MAITRE DE L'OUVRAGE des travaux modificatifs ou complémentaires. Le MAITRE DE L'OUVRAGE devra alors faire savoir à l'ENTREPRENEUR dans un délai de 10 (dix) jours s'il est ou non intéressé par cette proposition.

Lorsqu'une modification est suggérée par l'ENTREPRENEUR et retient l'attention du MAITRE DE L'OUVRAGE, ou est requise par écrit par le MAITRE DE L'OUVRAGE, cette modification devra être soigneusement examinée par l'ENTREPRENEUR qui en évaluera dans un délai de 10 (dix) jours suivant la requête du MAITRE DE L'OUVRAGE le montant et les incidences sur le planning et sur les prestations et les matériaux et fournitures à mettre en œuvre.

L'ENTREPRENEUR pourra procéder à la modification seulement après avoir reçu un accord écrit du MAITRE DE L'OUVRAGE sur les modalités d'exécution et le coût de cette modification.

(...) ». (article 3.4)

Telles qu'elles sont rédigées, ces clauses militent a priori en faveur de l'existence d'un marché à forfait (cf. en ce sens JurisClasseur Civil Code, articles 1788 à 1794, fasc. 20, mise à jour 23 octobre 2013, N° 17).

S'il est exact que même dans cette éventualité, le coût de travaux supplémentaires peut, sous certaines conditions, être mis à charge du maître de l'ouvrage, il n'en reste pas moins que SOC1) se limite à revendiquer l'allocation de montants forfaitaires.

Elle ne précise d'aucune façon à quel type de travaux les prétentions formulées se rapportent, de sorte que la Cour ne peut pas se prononcer sur la question de savoir si les prémisses justifiant un complément de rémunération sont données.

Le constat que tel est le cas constitue toutefois le préalable indispensable à l'institution d'une expertise, l'homme de l'art à désigner ne pouvant trancher des questions d'ordre juridique.

Faute par SOC1) d'établir que ses prétentions sont fondées en principe, sa demande en paiement de travaux supplémentaires est, elle aussi, à rejeter. »[11].

Dans son troisième moyen, la société SOC1) critique ce raisonnement dans le cadre de quatre branches.

Sur la première branche

Dans sa première branche, la demanderesse en cassation critique un défaut de réponse à conclusions en ce que la Cour d'appel s'est estimée insuffisamment renseignée sur la nature des travaux formant l'objet des prétentions, alors que ces travaux auraient été énumérés dans ses conclusions.

Elle précise à ce sujet dans la discussion du moyen que « *en l'espèce, la liste des postes auxquels se réfèrent les prétentions de SOC1) figure à la fin de son acte d'appel, auquel renvoient les conclusions récapitulatives du 16 avril 2016 dans leur dernière phrase précédant le dispositif aux termes de laquelle « pour le surplus, la partie concluante renvoie à ses moyens de fait et de droit développés dans son acte d'appel du 16 avril 2015 » (p. 60)* »[12].

Elle se réfère ainsi, à bien comprendre, à son acte d'appel dans lequel figure le passage suivant :

« *b) Travaux supplémentaires encore dus par SOC2) au moment de la rupture du contrat : dont :*

- *décomptes refusés et/ou réduits par TSG sans motifs valables :*
  1.253.927,04 Eur

- *décomptes restant encore à introduire par SOC1) au moment de la rupture du contrat pour des travaux supplémentaire ou modificatifs déjà réalisés, suivant les décomptes finaux des sous-traitants :*
  574.464,16 Eur »[13].

Pour qu'il y ait défaut de réponse à conclusions, il faut que les conclusions invoquées contiennent un moyen de nature à entraîner une autre solution que celle adoptée et qu'il n'y ait pas été répondu[14].

Le passage précité de l'acte d'appel ne constitue pas une conclusion au sens ainsi défini.

[11] Arrêt attaqué, page 8, antépénultième alinéa, à page 10, deuxième alinéa.
[12] Mémoire en cassation, page 10, quatrième alinéa.
[13] Acte d'appel (Pièce n° 6 annexée au mémoire en cassation), pages 22-23.
[14] Cour de cassation, 28 avril 2016, n° 45/16, numéro 3635 du registre (réponse au sixième moyen).

Ce passage ne comporte par ailleurs aucune précision « *à quel type de travaux les prétentions formulées se rapportent* »[15]. La constatation critiquée de la Cour d'appel est dès lors parfaitement correcte.

Il en suit que la première branche manque en fait, sinon n'est pas fondée.

Sur la deuxième branche

Dans la deuxième branche du moyen, la demanderesse en cassation reproche à la Cour d'appel d'avoir omis de l'inviter à apporter des précisions supplémentaires sur la nature des travaux auxquels se rapportent ses prétentions. Elle est tirée de la violation de l'article 57 du Nouveau Code de procédure civile, qui dispose que « *le juge peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaire à la solution du litige* ».

Cet article, qui confère au juge une faculté, mais non une obligation[16], est à lire ensemble avec l'article 56 du Nouveau Code de procédure civile, qui dispose que « *à l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder* » et avec l'article 58 du Nouveau Code de procédure civile, qui dispose que « *il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ».

Il n'incombe donc pas au juge de suppléer à la carence des parties dans l'allégation et la preuve des faits.

Il en suit que la deuxième branche du moyen n'est pas fondée.

Sur la troisième et la quatrième branche

La troisième branche reproche à la Cour d'appel une violation de l'article 61 du Nouveau Code de procédure civile, qui dispose notamment que le juge « *tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* [et que] *il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient imposée* ». La quatrième lui reproche une violation de l'article 62 du même Code, qui dispose que « *le juge peut inviter les parties à fournir les explications de droit qu'il estime nécessaires à la solution du litige* ».

La Cour d'appel a rejeté la demande de la demanderesse en cassation parce que celle-ci « *ne précise d'aucune façon à quel type de travaux les prétentions formulées se rapportent* »[17]. Ce rejet se fonde donc sur le constat d'un défaut d'allégation et de preuve suffisantes des faits propres à fonder ces prétentions.

Les articles 61 et 62 du Nouveau Code de procédure civile, qui sont relatifs à l'obligation du juge de statuer sur le droit, sont étrangers à ce motif, tiré de la carence de la demanderesse en

[15] Arrêt attaqué, page 9, dernier alinéa.
[16] Le texte, repris de l'article 8 du Code de procédure civile français, confère un pouvoir discrétionnaire au juge, mais non une obligation (Jurisclasseur Procédure civile, Fasc. 500-35, par Corinne BLÉRY et Noémie RECIHLING, janvier 2020, n° 25 et les références y citées, notamment, pour une absence d'obligation : Cour de cassation française, Première chambre civile, 18 septembre 2008, Bull. civ. I, n° 207).
[17] Arrêt attaqué, page 9, dernier alinéa.

cassation dans l'allégation et dans la preuve des faits propres à fonder ses prétentions. Ils sont dès lors dépourvus de pertinence pour l'attaquer, partant, étrangers au grief.

Il en suit que la troisième et la quatrième branche du moyen sont inopérantes.

Conclusion :

Le pourvoi est recevable, mais il est à rejeter.

Pour le Procureur général d'État
Le Procureur général d'État adjoint

John PETRY