A r r ê t c i v i l

Audience publique du mercredi, six juillet deux mille onze

Numéro 36593 du rôle

Composition :

Edmée CONZEMIUS, présidente de chambre ;
Marc KERSCHEN, premier conseiller ;
Camille HOFFMANN, premier conseiller ;
Antoinette PASCUCCI, greffier.

E n t r e :

A société à responsabilité limitée, représentée par son gérant actuellement en fonctions**,** établie et ayant son siège social à (…), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le n° (…)

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice ENGEL Guy de Luxembourg en date du 21/07/2010,

comparant par Maître Roy REDING, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

B, demeurant à (…),

intimé aux fins du prédit exploit ENGEL,

comparant par Maître NOEL Daniel, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

L A C O U R D ' A P P E L :

Suivant contrat dénommé «compromis d'achat», conclu le 21 février 2008 entre B et la A (ci-dessous société A), B s'est engagé à acquérir un terrain à bâtir sis à (…) (Allemagne) au prix de 93.624 €, offert en vente par une agence immobilière, collaborant avec la A. Dans le même contrat et indépendamment de l'acquisition du terrain, B s'est engagé à construire une maison d'habitation «exclusivement et irrévocablement» («*ausschliesslich und unwiderruflich*») avec la A dans un délai de 10 mois à partir de l'acte de vente du terrain.
Cette convention stipule encore comme suit: «*Es ist vereinbart, ein Haus von n° 1-8 auszuwählen, zu ändern oder einen Eigenentwurf, der mit A besprochen wurde, zu bauen. Grundrisse, Ansichten, Bau- und Leistungsbeschreibung und Preise liegen dem Käufer vor. Preise können sich entsprechend ändern, Eigenentwürfe inbegriffen. Der Käufer sagte zu, dass die Zahlung für das Grundstück und das Haus gesichert ist.*
Bei Nichteinhaltung dieser Vereinbarung, hat der Käufer an A 10% des Kaufpreises des Hauses und Grundstücks zu zahlen».

Par acte notarié du 7 mars 2008, B et son amie, C, ont acquis le terrain au prix convenu de 93.624 €.
B a encore signé le 17 mai 2008 un contrat avec l'architecte Richard Daubner afin de dresser les plans de construction de la maison à construire. Cependant, aucune maison ne fut ni commandée ni construite par la suite.

La A a, par exploit d'huissier de justice du 24 mars 2009, donné assignation à B à comparaître par-devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour l'entendre condamner à lui payer le montant de 48.278,40 € avec les intérêts légaux à titre de la clause pénale stipulée au contrat conclu entre parties.
Subsidiairement, la demanderesse conclut à la résiliation du contrat aux torts du défendeur et réclame le susdit montant à titre de dommages et intérêts; en ordre subsidiaire, elle fonde sa demande sur la responsabilité aquilienne du défendeur.

Elle expose à l'appui de sa demande, que nonobstant divers rappels et sommations, B refuse d'honorer ses engagements; que B avait porté son choix sur le modèle de maison n°2 qui avait été modifié et adapté suivant ses desiderata par l'architecte Daubner; que le coût de cette maison est de 327.025,21 €, soit 389.160 € TTC, le prix du terrain est de 93.624 €, soit au total: 482.784 €, de sorte que la clause pénale de 10% s'établit à 48.278,40 €.

Statuant sur cette demande, le tribunal l'a déclaré non fondée par jugement du 24 mars 2010 et condamné la A aux frais et dépens de l'instance et au paiement d'une indemnité de procédure de 750 € à B.

Pour décider ainsi, le tribunal a écarté comme non fondées les fins de non-recevoir soulevées par le défendeur; dit que le contrat conclu entre parties ne constitue ni un contrat de construction ni un contrat de vente d'immeuble à construire, mais un accord de principe portant sur la construction d'une maison; que cet accord engendre une obligation de moyens dans le chef de B dont la violation peut justifier des dommages et intérêts pour perte d'une chance; que le prix de la maison à construire n'était pas déterminable lors de la conclusion du contrat entre parties; qu'en outre, le défendeur n'avait pas arrêté définitivement les plans de la maison à construire et qu'il aurait toujours pu modifier le projet provisoire établi par l'architecte Daubner; qu'en l'absence de base certaine pour calculer le montant de l'indemnité forfaitaire stipulée au contrat, le montant de celle-ci n'était pas déterminable, de sorte que cette indemnité ne peut être qualifiée de clause pénale et ne peut être appliquée; que la demanderesse peut cependant réclamer des dommages et intérêts suivant le droit commun; que cependant elle ne prouve ni un préjudice financier pour perte d'un marché ni une faute dans le chef du défendeur, le simple fait que B n'a pas conclu de contrat de construction avec la société A n'étant pas suffisant pour établir une inexécution de l'obligation de négocier de bonne foi.

A a relevé appel de ce jugement par exploit d'huissier de justice du 21 juillet 2010, pour entendre, par réformation de la décision entreprise, faire droit à sa demande en réparation.

L'appelante soutient à l'appui de son recours que les parties sont liées par un contrat de construction ferme et définitif; que l'intimé n'a pas exécuté son engagement de faire construire une maison par elle sans pouvoir faire état d'un empêchement légitime; qu'il n'a réagi ni aux multiples rappels et propositions d'arrangement de la part de l'appelante ni à la mise en demeure du 19 janvier 2009; que sa responsabilité contractuelle est partant engagée et qu'il est tenu d'indemniser l'appelante de son préjudice.
Quant au montant de l'indemnisation, l'appelante soutient que le quantum de la clause pénale était déterminable après le choix définitif du type de maison par l'intimé.
Subsidiairement, l'appelante réclame le montant de 48.278,40 € à titre de dommages et intérêts suivant le droit commun en faisant état d'un manque à gagner. Plus subsidiairement, elle demande l'institution d'une expertise pour évaluer son préjudice financier.
Elle demande à être déchargée de l'indemnité de procédure à laquelle elle fut condamnée en première instance et conclut à la condamnation de l'intimé à lui payer une indemnité de procédure de 2.500 €.

Il ne ressort pas de la procédure versée en cause que le jugement entrepris ait été signifié à la partie appelante. Aucun délai d'appel n'ayant pu commencer à courir, le recours formé par la A est recevable.

Suivant les pièces versées en cause par l'appelante, celle-ci avait offert à l'intimé divers terrains à bâtir sis dans la région frontalière allemande en prenant soin d'obtenir l'engagement de B de construire exclusivement et irrévocablement avec la A comme maître d'oeuvre dans un délai indiqué au cas où il acquiert le terrain à bâtir que celle-ci lui procure. La fourniture du terrain par l'appelante est conditionnée par l'engagement pris par l'intimé de construire avec elle en ce sens que l'appelante n'aurait pas procuré de terrain à bâtir à l'intimé si celui-ci avait refusé l'engagement de construire avec elle.

Finalement B s'est décidé pour un terrain à bâtir sis à W. qu'il a pu acquérir au prix de 93.624 € par l'entremise de la A Le compromis d'achat comporte la clause, dont le texte est repris supra, suivant laquelle l'acquéreur s'engage à faire construire dans un délai de dix mois, exclusivement et irrévocablement par la société A, sur le terrain qu'elle lui a procurée, une maison calquée sur l'une des maisons-type représentées et décrites dans son catalogue avec indication des prix, B pouvant également opter pour la construction d'une maison suivant des plans individualisés à discuter avec le maître d'œuvre.

Le tribunal a qualifié cet engagement pris par l'intimé d'accord de principe engendrant une obligation de négocier de bonne foi, s'analysant en une obligation de moyens et non en une obligation de résultat, de sorte que «le simple fait que B n'a pas conclu un contrat de construction avec la A n'est pas suffisant pour conclure à une inexécution de l'obligation de négocier de bonne foi dans son chef».

La notion d' «accord de principe» peut désigner tant les déclarations d'intention les plus légères (lettres d'intérêt) que les accords plus contraignants (accords partiels) en passant par des formules intermédiaires et floues. La question essentielle est de soupeser les intentions des parties pour déterminer l'objet précis de l'accord et pour apprécier dans quelle mesure elles se sentent liées par leur accord (cf. Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral, Thémis, PUF, édition 2008, Muriel Fabre-Magnan, p.237).
Les avant-contrats ou accords de principe visent à préparer soit la négociation, soit la conclusion du contrat définitif (cf. Joanna Schmidt-Szalewski, La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats, Revue trim. de droit civil, 2000, p. 25 et ss.). L'accord de principe relatif à la négociation du contrat définitif oblige les parties d'entreprendre la négociation espérant ainsi bénéficier d'une chance de conclusion du contrat convoité. Dans cette hypothèse, l'engagement assumé par les parties ne va pas au-delà de l'obligation de négocier de bonne foi.
Cependant, l'accord de principe peut aussi exprimer la volonté des parties de rendre probable, voire même certaine, la conclusion du contrat définitif. Selon qu'une seule des parties ou toutes les parties

expriment pareille volonté, l'avant-contrat est une promesse unilatérale ou une promesse synallagmatique de contrat définitif (Schmidt-Szalewski, cit. p. 38).

Dans le cas d'espèce, l'accord des parties ne comporte pas seulement l'obligation de négocier un contrat de construction pour aboutir éventuellement au contrat définitif envisagé, mais il renferme, au-delà de l'obligation de négocier, l'engagement ferme des parties de conclure ce contrat. Limiter l'obligation de l'intimé à une obligation de négocier ne rend pas compte du caractère contraignant que les parties ont imprimé à la conclusion d'un contrat de construction d'une maison.
Chaque fois que la A propose un terrain à bâtir à B, elle prend soin de stipuler l'obligation irrévocable à charge de l'acquéreur de construire exclusivement avec elle dans un délai déterminé.
Même si objet du contrat de construction à conclure n'est pas d'ores et déjà déterminé en tous ses éléments à la date du «compromis d'achat» du 21 février 2008, cet objet est néanmoins circonscrit par la clause suivant laquelle: «*Es ist vereinbart, ein Haus von n° 1-8 auszuwählen, zu ändern oder einen Eigenentwurf, der mit A besprochen wurde, zu bauen. Grundrisse, Ansichten, Bau- und Leistungsbeschreibung und Preise liegen dem Käufer vor. Preise können sich entsprechend ändern, Eigenentwürfe inbegriffen. Der Käufer sagte zu, dass die Zahlung für das Grundstück und das Haus gesichert ist*».
Ainsi, l'acquéreur ne pourra pas faire échouer la conclusion d'un contrat de construction en alléguant un manque d'intérêt pour le style, l'aspect, la disposition ou la qualité des maisons construites par la société A, éléments qui lui sont connus et qu'il a déclaré approuver. Il ne pourra pas non plus soutenir que les prix sont trop élevés puisqu'il a été informé du prix des différents modèles de maison offerts, ni qu'il ne dispose pas des fonds nécessaires pour financer le terrain et la construction puisqu'il déclare que le financement est assuré. Les points qui sont abandonnés à la négociation sont limités aux éléments qui ne sont pas d'ores et déjà connus et prévus dans la documentation de l'appelante remise à l'intimé. Il s'agit essentiellement des modifications que l'intimé désire apporter par rapport au descriptif et aux plans de la maison-type qu'il choisit comme base de son projet.

L'accord conclu entre parties constitue partant une promesse synallagmatique de conclure un contrat de construction conformément à la clause citée supra. Cette promesse synallagmatique de contrat a cependant ceci de particulier qu'elle n'a pas pour objet un contrat d'ores et déjà déterminé dans tous ses éléments; elle ne vaut pas encore contrat de construction puisque ni l'objet ni le prix ne sont suffisamment déterminés. La promesse ne donne pas naissance à l'obligation de construire telle maison déterminée ni à une obligation corrélative d'en payer le prix, mais à une obligation de faire dont l'inexécution se résoudra en dommages et intérêts (cf. Les obligations, Précis Dalloz, 10e édition, Terré, Simler et Lequette, n° 194, p. 203-204). Cette obligation de faire consiste en l'espèce en l'obligation pour l'intimé de choisir parmi les types de maisons offerts par l'appelante celle qu'il entend faire construire, sinon de présenter un plan de construction individualisé à l'appelante et de passer commande pour la

construction. Accessoirement, l'obligation de faire comporte aussi une obligation de négocier dans la mesure où une négociation est requise pour fixer l'ensemble des éléments du contrat d'entreprise définitif.
Cette promesse synallagmatique se rapproche du contrat-cadre utilisé pour l'exécution de contrats d'approvisionnement futurs dont l'objet (quantité de marchandise à fournir et prix) n'est pas encore déterminé à la date du contrat-cadre, celui donnant également naissance à une obligation de faire portant sur la conclusion de contrats futurs. Elle s'en distingue par ce qu'elle a pour objet un contrat unique tandis que le contrat-cadre garantit l'exécution de toute une série de contrats d'approvisionnement futurs (Précis Dalloz cité).
Comme l'obligation de faire assumée par l'intimé comporte l'engagement contraignant de conclure un contrat de construction, mais renferme aussi accessoirement une obligation de négocier qui n'est jamais dépourvue de tout aléa, il y a lieu de la qualifier d'obligation de résultat allégée en ce sens que l'intimé débiteur doit, pour s'exonérer de sa responsabilité en cas d'inexécution, prouver qu'une négociation était requise pour fixer définitivement tous les éléments du contrat de construction et que l'échec de cette négociation n'était pas dû à sa faute.

Or il faut constater que l'intimé n'a pas exécuté cette obligation de faire. Suivant courrier du 13 octobre 2008, l'intimé avait soumis les plans dressés par l'architecte Daubner à l'appelante pour faire établir le coût de construction de la maison projetée, ce que celle-ci a fait. Cependant, nonobstant divers rappels et tentatives d'arrangement proposées par l'appelante, restés sans réponse, et finalement une mise en demeure du 19 janvier 2009, l'intimé n'a jamais passé commande à l'appelante ni pour la maison dont il lui avait soumis les plans ni pour une quelconque autre maison offerte par elle, sans fournir la moindre explication quant à son changement d'avis. En outre, malgré les rappels de l'appelante, l'intimé a refusé toute négociation avec celle-ci après avoir eu communication du devis.

Comme l'intimé n'a pas exécuté son obligation et n'a, de surcroît, pas été à même de justifier sa défaillance par la preuve d'une absence de faute, il a engagé sa responsabilité contractuelle à l'égard de l'appelante qu'il doit indemniser du préjudice subi.

Quant à l'indemnisation, l'appelante demande l'application de la clause pénale insérée au compromis d'achat du 21 février 2008 qui fixe l'indemnité à 10% du prix cumulé du terrain et de la maison.

Le tribunal a relevé à juste titre que cette clause pénale est inapplicable dans la mesure où elle se réfère au prix de la maison parce que ce prix n'est en l'espèce ni déterminé ni déterminable. C'est à tort que l'appelante fait état du prix de la maison calculé suivant les plans de construction fournis par l'intimé. En effet, l'intimé n'a jamais passé commande pour la construction de cette maison et il demeurait donc

libre, soit de modifier le projet, soit de choisir un autre type de maison. Comme l'intimé n'avait pas fait de choix définitif, le prix de construction qui sert de base au calcul de la clause pénale reste indéterminé.

On pourrait théoriquement penser à retenir comme prix minimum certain celui de la construction la moins chère, sans suppléments, c'est-à-dire le prix du type de maison n° 2, offert à 148.571 € hors tva à date du compromis d'achat du 21 février 2008.
Le montant de la clause pénale serait dans ce cas à calculer sur la somme de 148.571 + 93.624 (prix terrain), soit 242.195 €. Elle s'établirait dès lors à 24.219,50 €.

Cependant, la Cour n'est pas saisie de conclusions en ce sens et il n'est pas suffisamment certain que le prix de la maison n° 2 ne pourrait encore être abaissé, par exemple en choisissant des dimensions plus réduites pour la construction ou des matériaux de construction encore plus bon marché. Le prix de la maison reste partant indéterminé.

Une clause pénale calculée sur une assiette comprenant seulement le prix du terrain et amputée du prix de la maison n'est pas conforme au contrat conclu entre parties.
La clause pénale stipulée vise le cas où l'acquéreur du terrain a passé commande pour une maison déterminée et refuse d'exécuter le contrat de construction. Elle est inapplicable au cas où aucun contrat de construction n'a été conclu.

En ordre subsidiaire, l'appelante offre de prouver son préjudice réel par voie d'expertise. Cependant cette demande est irrecevable comme étant d'ores et déjà vouée à l'échec en l'absence de base certaine pour le calcul du manque à gagner.

En l'absence d'autres moyens de fixer les dommages et intérêts, il y a lieu de fixer ceux-ci *ex aequo et bono*. Compte tenu du prix de construction des maisons offertes, la Cour fixe les dommages et intérêts à 20.000 €.

Comme l'intimé succombe en instance d'appel, il y a lieu de décharger l'appelante de l'indemnité de procédure à laquelle elle a été condamnée en première instance.
Il serait en revanche inéquitable de laisser à la charge de la partie appelante l'ensemble des sommes exposées par elle et non comprises dans les dépens. Quant au montant à allouer, la Cour ne peut prendre en considération que les honoraires d'avocat pour évaluer l'indemnité à allouer étant donné que la partie intimée n'a ni allégué ni prouvé avoir eu à supporter d'autres frais que des honoraires d'avocat qui, eu égard au caractère confidentiel qui leur est attaché, n'ont pas à être documentés par des pièces justificatives. Compte tenu de l'import de l'affaire, des difficultés qu'elle comporte et des soins qu'elle exige, l'indemnité est à évaluer au montant de 2.000 €.

Comme l'acte d'appel n'a pas été signifié à l'intimé en personne, le présent arrêt est rendu par défaut à son encontre.

P A R C E S M O T I F S

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière civile, statuant par défaut, sur le rapport du magistrat de la mise en état,

déclare l'appel recevable;

déclare irrecevable la demande subsidiaire tendant à l'institution d'une expertise;

dit l'appel partiellement fondé;

condamne B à payer à la A le montant de 20.000 € avec les intérêts légaux du jour du présent arrêt jusqu'à solde;

dit non fondée la demande de B en obtention d'une indemnité de procédure formulée en première instance et décharge l'appelante de cette condamnation;

condamne B à payer à la A une indemnité de procédure de 2.000 €;

rejette comme non fondée la demande en exécution provisoire du présent arrêt;

condamne B aux frais et dépens de l'instance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la prédite audience publique par Edmée CONZEMIUS, présidente de chambre, en présence d'Antoinette PASCUCCI, greffier.