

**N° 11 / 08.
du 28.02.2008.**

Numéro 2484 du registre.

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

Composition:

Marc SCHLUNGS, président de la Cour,
Jean JENTGEN, conseiller à la Cour de cassation,
Marie-Paule ENGEL, conseillère à la Cour de cassation,
Marc KERSCHEN, premier conseiller à la Cour d'appel,
Camille HOFFMANN, conseiller à la Cour d'appel,
Jeannot NIES, avocat général,
Marie-Paule KURT, greffier à la Cour.

E n t r e :

la société anonyme SOCIÉTÉ 1 S.A., société anonyme de droit luxembourgeois, établie et ayant son siège social à L-(...), (...) (anciennement à L-(...) (...)), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au registre du commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro (...),

demanderesse en cassation,

comparant par Maître Joë LEMMER, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

e t :

la société à responsabilité limitée SOCIÉTÉ 2 s.à.r.l., établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son gérant actuellement en fonction, inscrite au registre du commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro (...),

défenderesse en cassation,

comparant par Maître Philippe PENNING, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu.

=====

LA COUR DE CASSATION :

Où le conseiller Jean JENTGEN en son rapport et sur les conclusions du premier avocat général Martine SOLOVIEFF ;

Vu l'arrêt attaqué rendu le 4 octobre 2006 par la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 12 avril 2007 par la société anonyme SOCIÉTÉ 1 S.A. (...) et déposé le 23 avril 2007 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 8 juin 2007 par la société à responsabilité limitée SOCIÉTÉ 2 s.à.r.l. (...) et déposé le 12 juin 2007 au greffe de la Cour;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la SOCIÉTÉ 1, chargée par la SOCIÉTÉ 2 de travaux dans l'intérêt d'une construction, avait saisi le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, d'une demande en paiement dirigée contre SOCIÉTÉ 2 du chef de factures non payées et que SOCIÉTÉ 2 avait saisi le même tribunal d'une demande en dommages-intérêts dirigée contre SOCIÉTÉ 1 ; que le tribunal avait déclaré la demande de SOCIÉTÉ 1 fondée pour un montant déterminé et celle de SOCIÉTÉ 2 non fondée ;

Que sur appel, la juridiction du second degré, par réformation, dit la demande de SOCIÉTÉ 1 justifiée pour un montant inférieur et fondée celle en dommages-intérêts de SOCIÉTÉ 2 ;

Sur le premier moyen de cassation :

tiré « de la violation de la loi par fausse interprétation sinon fausse application de celle-ci et plus particulièrement de l'article 1135-1 du code civil,

en ce que la Cour Supérieure de Justice a énoncé que << le bordereau a prévu, à titre de pénalité, une indemnité de 10.000 LUF par jour de retard. Le bordereau a prévu le 27 décembre 2001 comme fin de travaux. >> ;

en ce que la Cour Supérieure de Justice a également énoncé que << en l'absence de contestations de l'existence de la clause pénale de la part de

la SOCIÉTÉ 1 S.A., la Cour admet – les travaux ne s'étant pas déroulés en 2001 – que la date de terminaison des travaux a été reportée de commun accord au mois de décembre 2002. Il ne semble pas établi – comme semble vouloir l'alléguer la SOCIÉTÉ 1 S.A. – que la SOCIÉTÉ 2 s.à.r.l. ait renoncé au bénéfice de la clause pénale. L'obligation pour la SOCIÉTÉ 1 de terminer les travaux pour le 27 décembre 2002 a été une obligation de résultat. L'inexécution de cette obligation, qui n'est pas contestée, fait présumer la responsabilité de la SOCIÉTÉ 1 S.A. Comme la SOCIÉTÉ 1 S.A. ne s'est pas exonérée en prouvant une cause légitime de retard, la SOCIÉTÉ 2 s.à.r.l. a droit à l'indemnisation du préjudice que lui a causé le retard (...) >> ;

en ce que la Cour Supérieure de Justice en a tiré la conclusion que << le montant devant finalement revenir à la SOCIÉTÉ 1 S.A. s'élève à 11.331,68 + 14.129,29 = 25.460,97 € >>, sans toutefois rechercher si les << clauses contractuelles générales >> (ou << conditions générales >>) ont été connues de SOCIÉTÉ 1, et sans rechercher si ces clauses ont été expressément acceptées par SOCIÉTÉ 1 ou que son attention y ait été spécialement attirée au moment de la convention (en l'espèce, au moment de l'exécution des travaux des bordereaux) ;

alors qu'aux termes de l'article 1135-1 du code civil << les conditions générales d'un contrat préétablies par l'une des parties ne s'imposent à l'autre partie que si celle-ci a été en mesure de les connaître lors de la signature du contrat et si elle doit, selon les circonstances, être considérée comme les ayant acceptées. Sauf acceptation spéciale par écrit, sont toujours inopposables les clauses qui prévoient en faveur de celui qui a établi les conditions générales des limitations de responsabilité, la possibilité de se retirer du contrat ou d'en différer l'exécution, le recours obligatoire à l'arbitrage, ainsi que celles attribuant compétence à d'autres juridictions que celles normalement compétentes. Il appartient à la partie qui prétend qu'une clause d'un contrat n'a pas été préétablie d'en rapporter la preuve.

Une clause est toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement par l'une des parties et que l'autre partie n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu, notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion. Le fait que certains éléments d'une clause ou qu'une clause isolée aient fait l'objet d'une négociation individuelle n'exclut pas l'application du présent article au reste d'un contrat si l'appréciation globale permet de conclure qu'il s'agit malgré tout d'un contrat d'adhésion >> ;

Alors que tant la loi que la jurisprudence constante rappellent que les clauses exorbitantes du droit commun, parmi lesquelles les pénalités par jour de retard (ou << clause pénale >> fixées en l'espèce à 10.000.-FLUX/htva/jours, ne sont admises, qu'au cas où les parties sont en relations suivies d'affaires, et qu'à la condition que ces clauses ont été acceptées expressément ou que l'attention du cocontractant y a été spécialement attirée au moment de la convention (Cour 27 mai 1992, Trib. Arr. Lux., 11 décembre 1992, n° 40.919 du rôle) ;

alors qu'il est d'autre part de jurisprudence constante que l'absence de contestations sinon le simple silence gardé par le cocontractant ne vaut pas acceptation d'une indemnisation forfaitaire ou d'un taux d'intérêts supérieur au taux légal ou d'une clause pénale quelconque ;

alors qu'il est << en effet admis que l'opposabilité des clauses de conditions générales dépend de leur acceptation en connaissance de cause par celui auquel on les oppose ; leur caractère dérogatoire au droit commun impose leur acceptation restrictive. Pour se prévaloir de l'acceptation tacite, le demandeur doit prouver que le cocontractant a pu prendre connaissance des conditions générales et avant la conclusion du contrat >> (Trib. Arr. Lux., 12 juillet 1989, 437/89) ;

alors qu'en outre << une telle clause ne pouvant être considérée (...) comme acceptée par le simple silence gardé par le destinataire de la mise en demeure la mentionnant >> (Trib. Arr. Lux., 9 mai 1996, n° 44685 du rôle) ;

alors que lorsque les << clauses contractuelles générales >>, préétablies par SOCIÉTÉ 2, figurent dans les bordereaux (commandes) de travaux non signées par SOCIÉTÉ 1, il est à considérer que ces << clauses contractuelles générales >> n'ont pas été acceptées expressément par le cocontractant destinataire ou que son attention n'y a pas été spécialement attirée au moment de la convention, de sorte qu'elles n'ont pas été acceptées (cf. Trib. Arr. Lux., 6 avril 1990, 156/90 : à propos de conditions générales, figurant dans un texte imprimé au verso des factures adressées à l'acheteur, qui ont été considérées comme non acceptées alors qu'il n'était pas démontré que ces conditions générales aient fait l'objet d'une acceptation expresse ou que l'attention du destinataire y ait été spécialement attirée au moment de la convention) ;

alors qu'il ne ressort nullement de l'arrêt entrepris que les << clauses contractuelles générales >>, et, partant, la clause pénale du droit commun, ait fait l'objet d'une acceptation expresse par SOCIÉTÉ 1 ou que son attention y a été spécialement attirée au moment (respectivement avant) l'exécution des bordereaux de travaux du 31 août 2001 ;

alors qu'il ne ressort aucunement de l'arrêt entrepris que SOCIÉTÉ 1 ait connu, accepté spécialement la clause ou si l'attention de cette dernière a été notamment attirée sur la clause des conditions générales incluses dans les bordereaux précités et stipulant que des pénalités par jours de retard d'un montant fixé à 10.000.-FLUX/htva/jours seraient forfaitairement dues en cas de retard dans les travaux » ;

Mais attendu qu'il ne résulte ni des pièces de la procédure auxquelles la Cour peut avoir égard ni de l'arrêt attaqué que la demanderesse en cassation ait présenté aux juges du fond le moyen qu'elle met actuellement en œuvre et qu'ainsi le moyen est nouveau ; qu'il est mélangé de fait et de droit et dès lors irrecevable ;

Sur le second moyen de cassation :

tiré « de la violation de la loi par fausse qualification ou fausse application de celle-ci et plus particulièrement des articles 1134 alinéa 3, 1147, 1184 et 1149 du code civil,

en ce que la Cour supérieure de justice a énoncé que << la question du manque à gagner faisait déjà l'objet des débats de première instance. Suivant le dernier état de ses conclusions d'appel, la SOCIÉTÉ 1 S.A. dit que son manque à gagner comprend les frais engendrés par la désorganisation de son entreprise et les frais de matériel abandonné sur le chantier ou endommagé lors du transfert au dépôt. Elle réclame 14.220,61 € >> ;

en ce que la Cour supérieure de justice a également énoncé que << c'est par contre à juste titre que les premiers juges ont dit que la SOCIÉTÉ 1 S.A. était fondée à invoquer l'exception d'inexécution et à suspendre l'exécution des travaux en présence du non paiement de la facture n° (...) du (...)>> ;

en ce que la Cour supérieure de justice a encore retenu que << le manquement SOCIÉTÉ 2 s.à.r.l. à l'obligation de payer le montant de 12.394,68 – 1.063 = 11.331,68 € a été suffisamment grave pour autoriser la SOCIÉTÉ 1 S.A. à suspendre les travaux >> ;

alors que, d'une part, aux termes de l'article 1134, alinéa 3 du code civil les conventions doivent être exécutées de bonne foi ;

alors que, d'autre part, aux termes de l'article 1147 du code civil << le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part >> ;

alors que, par ailleurs, aux termes de l'article 1184 du code civil << la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances >> ;

alors que, enfin, aux termes de l'article 1149 du code civil, << les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a

faite ou du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après>> ; »

Mais attendu, selon l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, que pour introduire son pourvoi, la partie demanderesse devra déposer au greffe de la Cour supérieure de justice un mémoire précisant les moyens de cassation ;

Attendu que le pourvoi en cassation est une voie extraordinaire de recours ; que la Cour de cassation ne répond qu'aux moyens sans que la discussion qui les développe ne puisse en combler les lacunes ;

Attendu que le moyen se borne à énoncer les textes légaux prétendument violés et ne précise pas en quoi la décision attaquée encourt les griefs allégués ;

Que le moyen ne peut être accueilli ;

Par ces motifs :

rejette le pourvoi ;

condamne la partie demanderesse aux frais de l'instance en cassation dont distraction au profit de Maître Philippe PENNING, avocat à la Cour, sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président Marc SCHLUNGS, en présence de Monsieur Jeannot NIES, avocat général et de Madame Marie-Paule KURT, greffier à la Cour.