

**N° 106 /2022
du 07.07.2022
Numéro CAS-2021-00102 du registre**

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

Composition:

Roger LINDEN, président de la Cour,
Théa HARLES-WALCH, conseiller à la Cour de cassation,
Christiane JUNCK, conseiller à la Cour de cassation,
Jean ENGELS, premier conseiller à la Cour d'appel,
Joëlle DIEDERICH, conseiller à la Cour d'appel,
John PETRY, procureur général d'Etat adjoint,
Daniel SCHROEDER, greffier à la Cour.

Entre:

la société de droit allemand C) GmbH,

demanderesse en cassation,

comparant par la société en commandite simple KLEYR GRASSO, 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 procédure par Maître Henry DE RON, avocat à la Cour,

et:

le FONDS BELVAL, établissement public pour la réalisation des équipements de l'Etat sur le site de Belval-Ouest, établi et ayant son siège social à L-4361 Esch-sur-Alzette, 1, avenue du Rock'n'Roll, représenté par le président du conseil d'administration, inscrit au registre de commerce et des sociétés sous le numéro J3,

défendeur en cassation,

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

Vu l'arrêt attaqué, numéro 62/21 - VII - CIV, rendu le 28 avril 2021 sous le numéro CAL-43172 (1) du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, septième chambre, siégeant en matière civile ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 2 septembre 2021 par la société de droit allemand C) GmbH (ci-après « *la société C* ») au FONDS BELVAL, déposé le 9 septembre 2021 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 29 octobre 2021 par le FONDS BELVAL à la société C), déposé le 2 novembre 2021 au greffe de la Cour ;

Sur les conclusions du premier avocat général Marie-Jeanne KAPPWEILER.

Sur les faits

Par jugement du 15 juillet 2015, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, avait débouté la société C) et le FONDS BELVAL de leurs demandes respectives en obtention de dommages et intérêts formulées à la suite de la résiliation, par la demanderesse en cassation, d'un marché public.

Par arrêt du 24 octobre 2018, la Cour d'appel avait retenu que la résiliation du marché public par la société C) avait été fautive et institué une expertise aux fins de chiffrer le préjudice subi par le FONDS BELVAL.

Par arrêt du 28 avril 2021, la Cour d'appel a condamné la société C) à payer un certain montant à titre de dommages et intérêts au FONDS BELVAL.

Sur les deux premiers moyens de cassation réunis

Enoncé des moyens

le premier, « tiré de la violation sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application, sinon de la mauvaise interprétation des articles 2 et 28 de la loi du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée.

En ce que la Cour d'appel en entérinant le rapport d'expertise évaluant le préjudice du FONDS BELVAL à la somme de 1.654.206,48 EUR TTC, a d'abord dit la demande du FONDS BELVAL fondée pour ce même montant et a ensuite condamné la société C) à payer au FONDS BELVAL le montant de 1.654.206,48 EUR, c'est-à-dire une indemnité assortie de la TVA en réparation du préjudice pour résiliation fautive.

Au motif que « Les réserves du FONDS BELVAL quant à certaines conclusions de l'expert ne l'empêchent pas de conclure à l'entérinement du rapport d'expertise fixant à 1.654.206,48 euros le préjudice subi par le FONDS BELVAL par suite de la résiliation injustifiée par la société C) du marché les ayant liés.

[...].

Force est de constater que l'expert S) a pris position de façon détaillée par rapport à ces différentes revendications qui portent sur des points très techniques et les a écartées.

Les juges ne doivent s'écarter de l'avis des experts judiciaires qu'avec une grande prudence et lorsqu'ils ont de justes motifs d'admettre que les experts judiciaires se sont trompés, ou lorsque l'erreur de ceux-ci résulte dès à présent, soit du rapport, soit d'autres éléments acquis en cause ;

En l'espèce la pièce 39 citée en cause par l'intimé et les explications fournies à l'appui de ses revendications par l'intimé ne permettent pas à la Cour de s'écarter des conclusions de l'expert, l'intimé ne justifiant d'aucun élément concret de nature à laisser penser que l'expert s'est trompé, mais se bornant à faire état d'éléments invérifiables par la Cour notamment de coûts supplémentaires en heures de travaux ou de travaux supplémentaires qu'elle aurait été en droit de facturer.

Au vu du fait que l'expert a souligné à plusieurs reprises dans son rapport que la société C) avait sous-estimé différents postes dans son offre et n'avait pas réalisé notamment les difficultés de fixation des platines liées à la concentration locale d'armatures ou de câbles précontraints (pages 38 et 56 du rapport), il n'est en particulier nullement établi qu'elle aurait été en droit de facturer ultérieurement des suppléments nés des difficultés rencontrées lors de l'exécution des travaux.

Il s'en suit qu'il y a lieu d'entériner purement et simplement le rapport de l'expert S) en ce qu'il a évalué le dommage subi par le FONDS BELVAL au montant de 1.654.206,48 euros. >>

Alors que, les indemnités versées sous forme de dommages-intérêts visant exclusivement à réparer un dommage ne constituent pas la contrepartie directe d'opérations imposables à la taxe sur la valeur ajoutée et sont situées hors du champ d'application de la taxe sur la valeur ajoutée ; que la Cour d'appel dans son arrêt du 24 octobre 2018 avait retenu que la résiliation du contrat par la société C) était fautive ; la Cour d'appel en suivant l'évaluation du rapport d'expertise a condamné la société C) à payer au FONDS BELVAL des dommages et intérêts assortis de la taxe sur la valeur ajoutée ; elle ne pouvait cependant octroyer une somme augmentée de la taxe sur la valeur ajoutée pour octroyer une réparation au titre de la résiliation fautive d'un contrat. »

et

le deuxième, « tiré du manque de base légale au regard des articles 2 et 28 de la loi du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée.

En ce que la Cour d'appel en entérinant le rapport d'expertise évaluant le préjudice du FONDS BELVAL à la somme de 1.654.206,48 EUR TTC, a d'abord dit la demande du FONDS BELVAL fondée pour ce même montant et a ensuite condamné la société C) à payer au FONDS BELVAL le montant de 1.654.206,48 EUR, c'est-à-dire une indemnité assortie de la TVA en réparation du préjudice pour résiliation fautive.

Au motif que << Les réserves du FONDS BELVAL quant à certaines conclusions de l'expert ne l'empêchent pas de conclure à l'entérinement du rapport d'expertise fixant à 1.654.206,48 euros le préjudice subi par le FONDS BELVAL par suite de la résiliation injustifiée par la société C) du marché les ayant liés.

[...].

Force est de constater que l'expert S) a pris position de façon détaillée par rapport à ces différentes revendications qui portent sur des points très techniques et les a écartées.

Les juges ne doivent s'écarter de l'avis des experts judiciaires qu'avec une grande prudence et lorsqu'ils ont de justes motifs d'admettre que les experts judiciaires se sont trompés, ou lorsque l'erreur de ceux-ci résulte dès à présent, soit du rapport, soit d'autres éléments acquis en cause ;

En l'espèce la pièce 39 citée en cause par l'intimé et les explications fournies à l'appui de ses revendications par l'intimé ne permettent pas à la Cour de s'écarter des conclusions de l'expert, l'intimé ne justifiant d'aucun élément concret de nature à laisser penser que l'expert s'est trompé, mais se bornant à faire état d'éléments invérifiables par la Cour notamment de coûts supplémentaires en heures de travaux ou de travaux supplémentaires qu'elle aurait été en droit de facturer.

Au vu du fait que l'expert a souligné à plusieurs reprises dans son rapport que la société C) avait sous-estimé différents postes dans son offre et n'avait pas réalisé notamment les difficultés de fixation des platines liées à la concentration locale d'armatures ou de câbles précontraints (pages 38 et 56 du rapport), il n'est en particulier nullement établi qu'elle aurait été en droit de facturer ultérieurement des suppléments nés des difficultés rencontrées lors de l'exécution des travaux.

Il s'en suit qu'il y a lieu d'entériner purement et simplement le rapport de l'expert S) en ce qu'il a évalué le dommage subi par le FONDS BELVAL au montant de 1.654.206,48 euros. >>

Alors que, les indemnités versées sous forme de dommages-intérêts visant exclusivement à réparer un dommage ne constituent pas la contrepartie directe d'opérations imposables à la taxe sur la valeur ajoutée et sont situées hors du champ d'application de la taxe sur la valeur ajoutée ; que la Cour d'appel dans son arrêt du 24 octobre 2018 avait retenu que la résiliation du contrat par la société C) était fautive ; la Cour d'appel en suivant l'évaluation du rapport d'expertise a condamné la société C) à payer au FONDS BELVAL des dommages et intérêts assortis de la taxe sur la valeur ajoutée ; elle ne pouvait cependant octroyer une somme augmentée de la taxe sur la valeur ajoutée pour octroyer une réparation au titre de la résiliation fautive d'un contrat.

Alors qu'en toute hypothèse une prestation de services effectuée à titre onéreux soumise à la TVA suppose l'existence d'un lien direct entre le service rendu et la contre-valeur reçue ; que la Cour d'appel en suivant l'évaluation du rapport d'expertise a condamné la société C) à payer au FONDS BELVAL une indemnité

assortie de la taxe sur la valeur ajoutée pour résiliation fautive d'un contrat ; cependant la Cour d'appel aurait dû rechercher si cette indemnité revêtait un caractère purement indemnitaire exempté de la taxe sur la valeur ajoutée ou si elle entrait dans le champ d'application de la taxe sur la valeur ajoutée grâce à l'existence d'un lien direct avec une prestation de service. ».

Réponse de la Cour

Il ne ressort pas des actes de procédure auxquels la Cour peut avoir égard que la demanderesse en cassation ait fait valoir devant les juges d'appel que les dommages et intérêts réclamés par le défendeur en cassation ne rentraient pas dans le champ d'application de la taxe sur la valeur ajoutée.

Les moyens sont dès lors nouveaux et, en ce qu'ils comporteraient un examen des circonstances de fait, mélangés de fait et de droit.

Il s'ensuit que les deux moyens sont irrecevables.

Sur le troisième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Tiré du manque de base légale au regard des dispositions de l'article 1149 du Code civil et du principe de réparation intégrale sans perte ni profit pour la victime.

En ce que la Cour d'appel en entérinant le rapport d'expertise évaluant le préjudice du FONDS BELVAL à la somme de 1.654.206,48 EUR TTC, a d'abord dit la demande du FONDS BELVAL fondée pour ce même montant et a ensuite condamné la société C) à payer au FONDS BELVAL le montant de 1.654.206,48 EUR, c'est-à-dire une indemnité assortie de la TVA en réparation du préjudice pour résiliation fautive.

Au motif que << Les réserves du FONDS BELVAL quant à certaines conclusions de l'expert ne l'empêchent pas de conclure à l'entérinement du rapport d'expertise fixant à 1.654.206,48 euros le préjudice subi par le FONDS BELVAL par suite de la résiliation injustifiée par la société C) du marché les ayant liés.

[...].

Force est de constater que l'expert S) a pris position de façon détaillée par rapport à ces différentes revendications qui portent sur des points très techniques et les a écartées.

Les juges ne doivent s'écarter de l'avis des experts judiciaires qu'avec une grande prudence et lorsqu'ils ont de justes motifs d'admettre que les experts judiciaires se sont trompés, ou lorsque l'erreur de ceux-ci résulte dès à présent, soit du rapport, soit d'autres éléments acquis en cause ;

En l'espèce la pièce 39 citée en cause par l'intimé et les explications fournies à l'appui de ses revendications par l'intimé ne permettent pas à la Cour de s'écarter des conclusions de l'expert, l'intimé ne justifiant d'aucun élément concret de nature à laisser penser que l'expert s'est trompé, mais se bornant à faire état d'éléments invérifiables par la Cour notamment de coûts supplémentaires en heures de travaux ou de travaux supplémentaires qu'elle aurait été en droit de facturer.

Au vu du fait que l'expert a souligné à plusieurs reprises dans son rapport que la société C) avait sous-estimé différents postes dans son offre et n'avait pas réalisé notamment les difficultés de fixation des platines liées à la concentration locale d'armatures ou de câbles précontraints (pages 38 et 56 du rapport), il n'est en particulier nullement établi qu'elle aurait été en droit de facturer ultérieurement des suppléments nés des difficultés rencontrées lors de l'exécution des travaux.

Il s'en suit qu'il y a lieu d'entériner purement et simplement le rapport de l'expert S) en ce qu'il a évalué le dommage subi par le FONDS BELVAL au montant de 1.654.206,48 euros. >>

Première branche : *Alors qu'il appartient à la Cour d'appel de rechercher si la victime du dommage est soumise au régime de la taxe sur la valeur ajoutée et si elle est habilitée comme telle à récupérer les sommes qu'elle décaisse à ce titre ; qu'en déclarant la demande du Fonds BELVAL fondée pour le montant de 1.654.206,48 EUR, condamnant ainsi à la société C) à payer au FONDS BELVAL une réparation incluant la taxe sur la valeur ajoutée ; la Cour d'appel ne pouvait statuer ainsi sans rechercher au préalable si le FONDS BELVAL était habilité à récupérer les sommes décaissées au titre de la taxe sur la valeur ajoutée.*

Deuxième branche : *Alors qu'il appartient à la Cour d'appel de rechercher si la victime du dommage est soumise au régime de la taxe sur la valeur ajoutée et si elle est habilitée comme telle à récupérer les sommes qu'elle décaisse à ce titre ; qu'en entérinant << purement et simplement >> le rapport d'expertise qui avait évalué le montant des dommages et intérêts à la somme de 1.654.206,48 EUR toutes taxes comprises, condamnant ainsi à la société C) à payer au FONDS BELVAL une réparation incluant la taxe sur la valeur ajoutée ; que la Cour d'appel ne pouvait statuer ainsi sans rechercher au préalable si le FONDS BELVAL était habilité à récupérer les sommes décaissées au titre de la taxe sur la valeur ajoutée.*

Troisième branche : *Alors que, en toute hypothèse, si la réparation du dommage doit être intégrale, elle ne saurait excéder le montant du préjudice ; que l'indemnité due à la victime ne doit inclure la taxe sur la valeur ajoutée que si ses activités professionnelles ne sont pas soumises à cette taxe et que si elle ne peut récupérer celle payée en amont ; qu'en l'espèce, le rapport d'expertise évaluait le montant du dommage à la somme de 1.654.206,48 EUR toutes taxes comprises ; que la Cour d'appel a entériné le rapport d'expertise et l'évaluation du montant de la réparation, taxe sur la valeur ajoutée incluse ; que la Cour d'appel ne pouvait se borner à condamner la société C) au paiement de cette somme sans rechercher si ce montant devait être soumis à la taxe sur la valeur ajoutée. ».*

Réponse de la Cour

Il ne ressort pas des actes de procédure auxquels la Cour peut avoir égard que la demanderesse en cassation ait fait valoir devant les juges d'appel que le défendeur en cassation était habilité à récupérer la taxe sur la valeur ajoutée.

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 s'ensuit que le moyen, pris en ses trois branches, est irrecevable.

Sur le quatrième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Tiré de la violation sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application, sinon de la mauvaise interprétation de l'article 89 de la Constitution.

En ce que le FONDS BELVAL a conclu à l'entérinement du rapport d'expertise évaluant le préjudice à la somme de 1.654.206,48 EUR TTC, et que la Cour d'appel a dit la demande du FONDS BELVAL fondée pour ce même montant.

Au motif que << Les réserves du FONDS BELVAL quant à certaines conclusions de l'expert ne l'empêchent pas de conclure à l'entérinement du rapport d'expertise fixant à 1.654.206,48 euros le préjudice subi par le FONDS BELVAL par suite de la résiliation injustifiée par la société C) du marché les ayant liés.

[...].

Force est de constater que l'expert S) a pris position de façon détaillée par rapport à ces différentes revendications qui portent sur des points très techniques et les a écartées.

Les juges ne doivent s'écarter de l'avis des experts judiciaires qu'avec une grande prudence et lorsqu'ils ont de justes motifs d'admettre que les experts judiciaires se sont trompés, ou lorsque l'erreur de ceux-ci résulte dès à présent, soit du rapport, soit d'autres éléments acquis en cause ;

En l'espèce la pièce 39 citée en cause par l'intimé et les explications fournies à l'appui de ses revendications par l'intimé ne permettent pas à la Cour de s'écarter des conclusions de l'expert, l'intimé ne justifiant d'aucun élément concret de nature à laisser penser que l'expert s'est trompé, mais se bornant à faire état d'éléments invérifiables par la Cour notamment de coûts supplémentaires en heures de travaux ou de travaux supplémentaires qu'elle aurait été en droit de facturer.

Au vu du fait que l'expert a souligné à plusieurs reprises dans son rapport que la société C) avait sous-estimé différents postes dans son offre et n'avait pas réalisé notamment les difficultés de fixation des platines liées à la concentration locale d'armatures ou de câbles précontraints (pages 38 et 56 du rapport), il n'est en

particulier nullement établi qu'elle aurait été en droit de facturer ultérieurement des suppléments nés des difficultés rencontrées lors de l'exécution des travaux.

Il s'en suit qu'il y a lieu d'entériner purement et simplement le rapport de l'expert S) en ce qu'il a évalué le dommage subi par le FONDS BELVAL au montant de 1.654.206,48 euros. >>

Alors qu'il appartient au maître de l'ouvrage victime qui demande le paiement de dommages et intérêts taxe à la valeur ajoutée incluse, de démontrer que ses activités professionnelles ne sont pas soumises à cette taxe et qu'il ne peut pas récupérer celle payée en amont ; que cependant le FONDS BELVAL demandait l'entérinement du rapport d'expertise et, ce faisant, la condamnation de la société C) au paiement de la somme 1.654.206,48 EUR toutes taxes comprises à titre de dommages et intérêts ; que la Cour d'appel ne pouvait se borner à faire droit à cette demande sans exiger de la part du FONDS BELVAL une preuve de son assujettissement à la taxe sur la valeur ajoutée et de la récupération des sommes qu'elle décaisse à ce titre ; à défaut de la faire elle entache sa décision d'un défaut de motivation. ».

Réponse de la Cour

Le grief fait aux juges d'appel de ne pas avoir invité le défendeur en cassation à justifier de son assujettissement à la taxe sur la valeur ajoutée est étranger à la disposition visée au moyen.

Il s'ensuit que le moyen est irrecevable.

Sur la demande en allocation d'une indemnité de procédure

Il serait inéquitable de laisser à charge du défendeur en cassation l'intégralité des frais exposés non compris dans les dépens. Il convient de lui allouer une indemnité de procédure de 2.500 euros.

PAR CES MOTIFS,

la Cour de cassation :

rejette le pourvoi ;

condamne la demanderesse en cassation à payer au défendeur en cassation une indemnité de procédure de 2.500 euros ;

la condamne aux dépens de l'instance en cassation avec distraction au profit de Maître Patrick KINSCH, sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le président Roger LINDEN en présence du procureur général d'Etat adjoint John PETRY et du greffier Daniel SCHROEDER.

**Conclusions du Parquet Général
dans l'affaire de cassation
société à responsabilité limitée C) GmbH
contre
l'Etablissement Public pour la réalisation des Equipements de l'Etat sur
le site de Belval-Ouest (FONDS BELVAL)
(CAS-2021-00102)**

Le pourvoi en cassation, introduit par la société à responsabilité limitée C) GmbH (ci-après « la société C) ») par un mémoire en cassation signifié le 2 septembre 2021 au défendeur en cassation et déposé au greffe de la Cour Supérieure de Justice le 9 septembre 2021, est dirigé contre un arrêt n° 62/21 rendu par la Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, en date du 28 avril 2021 (n° CAL-43172 (1) du rôle). Cet arrêt ne semble pas avoir été signifié à la demanderesse en cassation.

Le pourvoi en cassation est recevable pour avoir été interjeté dans la forme et le délai prévus à l'article 7 de la loi du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation.

La partie défenderesse en cassation a signifié un mémoire en réponse le 29 octobre 2021 et elle l'a déposé au greffe de la Cour le 2 novembre 2021.

Ayant été signifié et déposé au greffe de la Cour dans le délai de deux mois à compter du jour de la signification du mémoire en cassation, conformément aux articles 15 et 16 de la loi précitée du 18 février 1885, ce mémoire est à considérer comme recevable.

Sur les faits et antécédents :

En date du 16 juillet 2010, la société C) s'était fait attribuer par l'Etablissement Public pour la réalisation des Equipements de l'Etat sur le site de Belval-Ouest (ci-après « le FONDS BELVAL ») un marché relatif à des travaux de façade dans le cadre de la construction de l'immeuble LA MAISON DU SAVOIR à Esch-Belval. La société C) a résilié ce marché en date du 23 mars 2012.

Par un exploit du 8 août 2013, la société C) a assigné le FONDS BELVAL devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière civile, afin d'obtenir indemnisation du préjudice causé par la résiliation du marché public du 16 juillet 2010 en raison de fautes reprochées au FONDS BELVAL.

Par un exploit d'huissier du 18 octobre 2013, le FONDS BELVAL a assigné la société C) devant ce même tribunal afin de voir déclarer abusive la résiliation du marché par la société C) et afin de se voir indemniser du préjudice subi du fait de cette résiliation.

Par un jugement n° 217/2015 rendu en date du 15 juillet 2015, a déclaré la demande de la société C) recevable mais non fondée, a déclarée recevable et partiellement fondée la demande du FONDS BELVAL, a dit la résiliation du marché par la société C) abusive, mais a déclaré la demande en indemnisation du FONDS BELVAL non fondée.

Par un exploit d'huissier du 31 décembre 2015, le FONDS BELVAL a interjeté appel de ce jugement et la société C) a interjeté un appel incident.

Par un arrêt n° 151/18 rendu en date du 24 octobre 2018, la Cour d'appel a reçu les appel principal et incident en la forme, a dit l'appel incident non fondé et a ordonné, avant tout autre progrès en cause, une expertise.

En date du 6 juin 2019, l'expert a déposé son rapport d'expertise.

Par un mémoire signifié le 13 mars 2020 et déposé le 16 mars 2020 au greffe de la Cour Supérieure de Justice, la société C) a formé un recours en cassation contre l'arrêt n° 151/18 précité. Ce pourvoi a été rejeté par un arrêt n° 49/2021 de votre Cour rendu en date du 18 mars 2021.¹

Par un arrêt n° 62/21 rendu en date du 28 avril 2021, la Cour d'appel a entériné le rapport d'expertise. Elle a déclaré l'appel principal fondé et, par réformation, a condamné la société C) à payer au FONDS BELVAL le montant de 1.654.206,48 euros avec les intérêts légaux.

Le pourvoi est dirigé contre cet arrêt.

Sur le premier moyen de cassation:

Le premier moyen de cassation est tiré de la violation des articles 2 et 28 de la loi du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée (ci-après « la TVA »).

L'exposé du moyen fait grief à l'arrêt entrepris d'avoir alloué «*une indemnité assortie de la TVA*» ou «*une somme augmentée de la TVA*». Dans la discussion du moyen, la demanderesse en cassation expose que les indemnités correspondant à de véritables dommages-intérêts ne constitueraient pas la contre-partie d'une prestation de service et ne seraient partant pas soumises à la TVA.

Ce moyen procède d'une lecture erronée de l'arrêt entrepris. En effet celui-ci n'a pas alloué un certain montant à titre de dommages-intérêts, puis aurait augmenté ce montant de la TVA, comme s'il s'agissait d'une indemnité soumise à la TVA.

Si, pour chiffrer le dommage subi par le FONDS BELVAL, l'expert a effectivement tenu compte de la TVA payée par le FONDS BELVAL, l'arrêt dont pourvoi n'a pas soumis à la TVA l'indemnité en tant que telle.

¹ n° CAS-2020-00039 du registre

Le moyen manque en fait.

Subsidiairement :

En instance d'appel, la demanderesse en cassation a exprimé vis-à-vis du rapport d'expertise certaines critiques sur lesquelles l'arrêt attaqué a statué. A aucun moment, la demanderesse en cassation n'a contesté le fait que, pour évaluer le préjudice subi par le défendeur en cassation, l'expert a tenu compte les montants TTC déboursés par le FONDS BELVAL, alors qu'il ressort clairement du récapitulatif du rapport d'expertise que les montants en question incluent 15 % de TVA.

Ce moyen est partant nouveau.

Il est exact que la Cour de cassation française exige que la victime qui demande la prise en compte de la TVA, doit prouver qu'elle ne peut pas la récupérer. Tel n'est toutefois le cas que lorsque cette question était dans le débat devant les juges du fond.² Etant donné que l'évaluation du préjudice ne relève pas de l'ordre public, il ne s'agit pas d'une question que les juges du fond auraient dû soulever d'office.

Il ne s'agit pas non plus d'un moyen qui puisse être soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation, car l'analyse de ce moyen suppose l'examen de constatations de fait qui n'ont pas été retenues par les juges du fond. Le moyen est mélangé de droit et de fait, et partant irrecevable.

Sur le deuxième et le troisième moyens de cassation, pris ensemble:

Le deuxième moyen de cassation est tiré du défaut de base légale au regard des articles 2 et 28 de la loi du 12 février 1979 concernant la TVA.

Dans les deux branches du moyen, la demanderesse en cassation fait grief à l'arrêt attaqué de ne pas avoir recherché si l'indemnité allouée revêtait un caractère purement indemnitaire exempté de la TVA ou si elle constituait la contre-partie d'une prestation de service devant inclure la TVA.

Le troisième moyen de cassation est tiré du défaut de base légale au regard de l'article 1149 du Code civil et du principe de réparation intégrale sans perte ni profit pour la victime.

² Cass, 3e civ. 4 mars 2021, n° 19-23.599, inédit: « dès lors que la question de la prise en compte de la TVA avait été introduite dans les débats... »

Cass. 3° civ., 18 avril 2019, n° 17-26.764, inédit : « Attendu que, pour prononcer, au profit de la SCI, des condamnations incluant la taxe sur la valeur ajoutée, l'arrêt retient qu'il s'agit d'une société civile dont la MMA, qui conteste ce point, n'apporte aucun élément... »

Cass. 1° civ., 15 janvier 2002, n° 98-20.945, , publié au bulletin: « malgré la demande faite par l'assureur.. »

Cass., 3° civ., 10 janvier 2001, n° 99-13.103, publié au bulletin : « alors que MM Y et X soutenaient, dans leurs écritures d'appel ...qu'ils avaient la possibilité de la récupérer en facturant cette taxe à leurs clients »

Dans les deux premières branches du moyen³, la demanderesse en cassation reproche à l'arrêt entrepris de ne pas avoir recherché si le FONDS BELVAL pouvait récupérer la TVA payée en amont.

Le défaut de base légale se définit comme l'insuffisance des constatations de fait qui sont nécessaires pour statuer sur le droit.⁴

Etant donné que l'insuffisance de motifs est reprochée aux motifs de l'arrêt attaqué, ce grief est recevable, puisqu'il n'est révélé au demandeur que par la lecture de la décision attaquée.⁵

Quant au fond :

En instance d'appel, la question de la TVA n'était pas dans le débat et la demanderesse en cassation n'a aucunement critiqué l'expertise sur ce point.

« La prise en considération des conclusions d'appel du demandeur au pourvoi intervient pour apprécier l'étendue de l'obligation de motiver du juge du fond. »⁶

« L'appréciation du bien-fondé [du grief de défaut de base légale] et la cassation de l'arrêt attaqué dépendent également de l'existence d'une contestation : si aucune contestation n'a été élevée, le juge de cassation se contente d'une motivation de fait et de droit sommaire, alors que si une contestation précise a été présentée, l'insuffisance de la motivation est appréciée plus sévèrement. »⁷

En l'absence de toute contestation relative à la question de la TVA prise en compte par l'expert pour déterminer le préjudice, la Cour d'appel a pu valablement entériner le rapport d'expertise sans spécialement motiver la prise en compte de ce poste. Il n'appartenait pas à la Cour d'appel de soulever d'office la question de la TVA dans le cadre de l'évaluation du préjudice, qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond et qui ne touche pas l'ordre public.

Le deuxième moyen en ses deux branches et le troisième en ses deux premières branches ne sont pas fondés.

Sur la troisième branche du troisième moyen :

La demanderesse en cassation reproche à l'arrêt entrepris de ne pas avoir précisé si le montant alloué à titre de dommages-intérêts s'entendait HT, TVA incluse ou TTC, de sorte que les parties seraient restées dans l'incertitude sur cette question.

³ La troisième branche du troisième moyen sera analysée à part

⁴ Jacques et Louis Boré, La cassation en matière civile, Dalloz, 5^e éd. 2015/2016, n° 78.21

⁵ *ibidem*, n° 78.82

⁶ *ibidem*, n° 78.82

⁷ *ibidem*, n° 78.82

Il découle des autres griefs formulés dans le mémoire en cassation que pour la demanderesse en cassation il ne fait pas de doute que la TVA payée par le FONDS BELVAL a été prise en compte par l'expert pour chiffrer le dommage subi par la partie défenderesse en cassation du fait de la résiliation abusive du marché public.

En l'absence de contestation sur ce point, la Cour d'appel a pu simplement entériner le rapport d'expertise et allouer le montant global retenu par l'expert, sans encourir le reproche du défaut de base légale.

La troisième branche du troisième moyen n'est pas fondée.

Sur le quatrième moyen de cassation:

Le quatrième moyen est tiré de la violation de l'article 89 de la Constitution pour absence de motivation.

Le défaut de motivation constitue un vice de forme. Cependant, le moyen fait essentiellement grief à l'arrêt entrepris d'avoir entériné le rapport d'expertise sans exiger de la part du FONDS BELVAL une preuve de son assujettissement à la TVA et de l'impossibilité de récupérer la TVA payée par elle⁸, reprochant ainsi à l'arrêt entrepris un vice de fond.

Aux termes de l'article 10 de la loi du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, chaque moyen ne doit mettre en œuvre qu'un seul cas d'ouverture.

En invoquant une absence de motivation, partant un vice de forme, et une insuffisance des éléments de preuve, partant un vice de fond, le moyen met en œuvre deux cas d'ouverture distincts et est irrecevable.

Subsidiairement :

La disposition invoquée est étrangère au grief formulé.

⁸ Dans l'exposé du moyen: *« que la Cour d'appel ne pouvait se borner à faire droit à cette demande sans exiger de la part du FONDS BELVAL une preuve de son assujettissement à la taxe sur la valeur ajoutée et de la récupération des sommes qu'elle décaisse à ce titre »* (page 17 du mémoire en cassation, dernier alinéa)

Dans la discussion du moyen (pages 18 et 19 du mémoire en cassation), cette critique est reprise :

« il appartient à la victime ... de rapporter la preuve... »

« il incombe au FONDS BELVAL de rapporter la preuve.. »

« ...sans apporter la preuve... »

« ...le FONDS BELVAL aurait dû accompagner sa demande de justificatifs... »

« sans exiger la moindre preuve... »

« La Cour d'appel ne disposait d'aucune preuve... »

« En faisant droit à la demande du FONDS BELVAL, alors qu'il n'a pas démontré... »

Le moyen est irrecevable.

Plus subsidiairement :

« Le défaut de motifs constituant un vice de forme, le jugement est régulier en la forme dès qu'il comporte un motif exprès ou implicite, si incomplet ou si vicieux soit-il sur le point considéré. »⁹

L'arrêt attaqué a motivé sa décision d'entériner le rapport d'expertise comme suit :

« L'intimée quant à elle n'a pas contesté l'affirmation de l'appelante, suivant laquelle les critiques qu'elle formule dans ses conclusions post expertise sont les mêmes que celles faites à l'expert durant les opérations d'expertise.

Force est de constater que l'expert S) a pris position de façon détaillée par rapport à ces différentes revendications qui portent sur des points très techniques et les a écartées.

Les juges ne doivent s'écarter de l'avis des experts judiciaires qu'avec une grande prudence et lorsqu'ils ont de justes motifs d'admettre que les experts judiciaires se sont trompés, ou lorsque l'erreur de ceux-ci résulte dès à présent, soit du rapport, soit d'autres éléments acquis en cause.

En l'espèce, la pièce 39 citée en cause par l'intimé et les explications fournies à l'appui de ses revendications par l'intimé ne permettent pas à la Cour de s'écarter des conclusions de l'expert, l'intimé ne justifiant d'aucun élément concret de nature à laisser penser que l'expert s'est trompé, mais se bornant à faire état d'éléments invérifiables par la Cour notamment de coûts supplémentaires en heures de travaux ou de travaux supplémentaires qu'elle aurait été en droit de facturer.

Au vu du fait que l'expert a souligné à plusieurs reprises dans son rapport que la société C) avait sous-estimé différents postes dans son offre et n'avait pas réalisé notamment les difficultés de fixation des platines liées à la concentration locale d'armatures ou de câbles précontraints (pages 38 et 56 du rapport), il n'est en particulier nullement établi qu'elle aurait été en droit de facturer ultérieurement des suppléments nés des difficultés rencontrées lors de l'exécution des travaux.

Il s'en suit qu'il y a lieu d'entériner purement et simplement le rapport de l'expert S) en ce qu'il a évalué le dommage subi par le FONDS BELVAL au montant de 1.654.206,48 euros. »

La décision est partant motivée sur le point considéré.

⁹ Jacques et Louis Boré, La cassation en matière civile, Dalloz, 5^e éd. 2015/2016, n°77.31

Le moyen n'est pas fondé.

Conclusion

Le pourvoi est recevable, mais non fondé.

Pour le Procureur Général d'Etat,
Le premier avocat général

Marie-Jeanne Kappweiler