

Arrêt N° 139/16 IV-COM

Audience publique extraordinaire du quinze juillet deux mille seize

Numéro 39321 du rôle

Composition :

Roger LINDEN, président de chambre;
Marianne HARLES, première conseillère
Elisabeth WEYRICH, conseillère;
Eric VILVENS, greffier assumé.

E n t r e

la société anonyme formart anc. SOC.1.) (anciennement SOC.1'.)), établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B (...),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Carlos Calvo de Luxembourg des 9 et 10 octobre 2012,

comparant par Maître Victor Elvinger, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

1) l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, représenté par le Ministre d'Etat, demeurant à L-2910 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation, et pour autant que de besoin par le Ministre du Développement Durable et de Infrastructures, demeurant à L-1499 Luxembourg, 4, place de l'Europe,

intimé aux fins du prédit exploit Calvo,

comparant par Maître Patrick Kinsch, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) la société anonyme SOC.2.), établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en

fonctions, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B (...),

intimée aux fins du prêt exploit Calvo,

comparant par Maître Alain Rukavina, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL

Par acte d'huissier de justice du 16 mars 2007, la société anonyme **SOC.2.)** a assigné la société anonyme **SOC.1'.)** (la société **SOC.1.)**) devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg aux fins de l'entendre condamner à lui payer la somme de 849.413,68 € ttc augmentée des intérêts de retard et les intérêts de retard sur la somme de 261.919,22 € à partir du 8 août 2002 jusqu'au 8 décembre 2006, sinon à partir du 9 mai 2004 jusqu'au 8 décembre 2006. Elle a encore conclu à voir dire que le taux d'intérêt sera augmenté de 3 points en cas de non - paiement endéans 30 jours à partir de la signification du jugement. Elle a demandé à titre subsidiaire à voir ordonner un complément d'expertise et à voir condamner l'assignée au paiement d'une provision de 600.000 €. Elle a demandé à se voir allouer une indemnité de procédure de 2.000 € et à voir ordonner l'exécution provisoire du jugement sans caution.

La société **SOC.2.)** a fait valoir à l'appui de sa demande avoir, en sa qualité de sous-traitant de la société **SOC.1.)**, exécuté les travaux de toiture, comprenant charpente, couverture en cuivre et faux-plafonds, du **X.)** sis à (...), (ci-après le **X.)** ou la **X.)**) dont le maître de l'ouvrage était L'ETAT DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG.

Elle a affirmé que la défenderesse **SOC.1.)** lui restait redevoir les montants suivants : 21.484,24 € ttc à titre de solde de la facture n°66.137 du 31.08.2000 ; 623.040,64 € ttc à titre de solde de la facture n° 66.325 du 29.09.2000 et 20.888,80 € ttc à titre de solde de la facture n° 68.379 du 16.10.2001.

Par acte d'huissier de justice du 13 novembre 2007, la société **SOC.1.)** a assigné l'ETAT devant le même tribunal aux fins de l'entendre condamner à lui payer 1) la somme de 2.345.072,74 € correspondant à la garantie de bonne fin des travaux indûment retenue par le pouvoir adjudicateur avec les intérêts légaux, 2) la somme de 1.064.810,20 € correspondant aux factures impayées

numéros 7023 et 7024 avec les intérêts, sinon ordonner un complément d'expertise, 3) les intérêts au taux BCE + 7 % sur la somme de 150.809,05 € à partir du 05 mai 2003 jusqu'au 14 août 2006 et 4) le montant de 1.457.535 € du chef de frais supplémentaires résultant de la prolongation du chantier avec les intérêts légaux à partir du jour de la mise en demeure, soit le 29 mai 2005 jusqu'à solde, sinon nommer un expert avec la mission spécifiée au dispositif de l'assignation. Elle a encore requis une indemnité de procédure de 10.000 € et à voir ordonner l'exécution provisoire du jugement sans caution.

La demande de la société **SOC.1.)** visait le recouvrement des montants résultant du marché qu'elle avait conclu avec l'ETAT en rapport avec la construction du **X.)**.

L'ETAT a contesté les demandes et formulé deux demandes reconventionnelles, l'une en paiement d'une pénalité de retard de 2.344.613,90 € et l'autre en paiement de 2.540.819,07 € du chef de frais supplémentaires dus à la faute de la société **SOC.1.)**, ces montants avec les intérêts légaux à partir du 1er octobre 2000, sinon à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde.

Par jugement du 12 juillet 2012, le tribunal a dit fondée la demande de la société **SOC.2.)** en application du principe de la facture acceptée et condamné la société **SOC.1.)** à payer à la demanderesse la somme de 849.413,68 € avec les intérêts légaux à partir de la mise en demeure jusqu'à solde. Il l'a encore condamnée à lui payer des intérêts au taux légal sur la somme de 261.919,22 € à partir du jour de la mise en demeure jusqu'au 8 décembre 2006. Il a dit non fondée la demande reconventionnelle de la société **SOC.1.)** qui tendait à se voir tenir quitte et indemne par la société **SOC.2.)** de toute condamnation pouvant être prononcée en faveur de l'ETAT du chef des travaux exécutés par la société **SOC.2.)** et l'a condamnée aux frais et dépens de l'instance.

Il a ensuite condamné l'ETAT à payer à la société **SOC.1.)** la somme de 2.345.072,74 € avec les intérêts légaux à partir du 13 novembre 2007 jusqu'à solde et la somme de 1.405.556,29 € avec les intérêts légaux à partir du 30ième jour ouvrable qui suit la date du 19 octobre 2000 jusqu'à solde. Il a dit qu'à la date du 14 août 2006, la somme de 996.709,41€ payée par l'ETAT à la société **SOC.1.)** s'imputait d'abord sur les intérêts, puis sur les factures d'acompte. L'ETAT a encore été condamné à payer à la société **SOC.1.)** les intérêts légaux sur la somme de 150.809,05 € à partir du 30ième jour ouvrable qui suit la date du 2 décembre 2005 jusqu'au 14 août 2006.

La demande en paiement de frais supplémentaires de la société **SOC.1.)** a été rejetée.

Quant aux demandes reconventionnelles de l'ETAT, le tribunal a déclaré irrecevable la demande en paiement de pénalités de retard, déclaré la demande en paiement de frais supplémentaires partiellement fondée et condamné la société **SOC.1.)** à payer à l'ETAT la somme de 1.627.267,75 € avec les intérêts légaux à partir du 2 janvier 2006 jusqu'à solde.

Il a dit que cette créance se compensait avec celles de la société **SOC.1.)** et s'imputerait d'abord sur les intérêts des factures d'acompte, puis sur les factures d'acompte et finalement sur la demande en restitution d'une garantie.

Par actes d'huissier de justice des 9 et 10 octobre 2012, la société **SOC.1.)** a régulièrement relevé appel de ce jugement qui lui a été signifié le 4 septembre 2012. Elle conclut à la condamnation de l'ETAT à lui payer les sommes reprises au jugement, mais augmentées d'intérêts autres que ceux alloués par le tribunal auquel elle reproche de ne pas avoir appliqué le taux « BCE + 7% » prévu par la loi du 18 avril 2004 sur les intérêts de retard ayant transposé la directive 2000/35/CE du Parlement Européen et du Conseil concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales (ci-après la directive).

La société **SOC.1.)** conclut encore, par réformation, à voir dire non fondée la demande reconventionnelle de l'ETAT et sollicite à titre subsidiaire l'institution d'une expertise.

La société **SOC.2.)** interjette appel incident contre le jugement de première instance en ce qui concerne le taux d'intérêt accordé par le tribunal. Elle réclame les intérêts de retard au taux « BCE + 7% ».

L'ETAT interjette également appel incident contre le jugement de première instance et conclut, par réformation, à voir dire non fondée la demande de la société **SOC.1.)** dirigée à son encontre. Il demande à la Cour d'interpréter la directive 2000/35/CE en ce sens que le taux d'intérêt de la BCE + 7 % n'est pas applicable à tous les cas dans lesquels sont en cause des « transactions commerciales » au sens de la directive, mais exclusivement aux cas dans lesquels le débiteur omet aux termes d'une transaction commerciale de payer sa dette qui n'est pas sérieusement contestable. En outre, ce taux d'intérêt ne serait applicable qu'aux créances issues de transactions commerciales et ne s'appliquerait pas aux restitutions de garanties. Il

demande encore à voir saisir la Cour de Justice de l'Union Européenne de deux questions préjudicielles.

Discussion

La saisine de la Cour d'appel se détermine au regard de l'effet dévolutif de l'appel principal de la société **SOC.1.)** et des appels incidents des intimés ETAT et **SOC.2.)**.

Le litige entre la société **SOC.1.)** et l'ETAT

La société **SOC.1.)** s'est vu attribuer le 4 décembre 1997 par le Ministère des Travaux Publics l'exécution du lot 1 du **X.)** (ci-après la **X.)** à (...) pour un prix global de 1.087.687.137 LUF ttc (soit 26.963.059,82 €). Le lot 1 concernait la réalisation des travaux « clos et couvert » en entreprise générale.

I. Les demandes de la société **SOC.1.)**

A. *La demande de la société **SOC.1.)** en condamnation de l'ETAT à lui payer la somme de 2.345.072,74 € du chef des retenues opérées sur les factures.*

Cette demande a été déclarée fondée par le tribunal qui a fixé la date de départ des intérêts légaux au 13 novembre 2007 jusqu'à solde et n'a pas fait droit à la demande en majoration du taux de l'intérêt prévu par la loi du 18 avril 2004 relative aux intérêts de retard. L'appel de la société **SOC.1.)** porte sur la décision du tribunal qui n'a pas fait droit à ses demandes relatives aux intérêts. L'appel incident de l'ETAT porte sur le principe de la condamnation.

Le tribunal a retenu ce qui suit :

*Il est constant que la société **SOC.1.)** a fourni à l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, en date du 14 juillet 1998, une caution bancaire pour un montant de 106.768.714,- francs luxembourgeois (10% du prix du marché). Cette caution constituait, d'après les termes du contrat (article 10.2 du cahier des charges) une garantie de bonne fin des travaux.*

L'Etat du Grand-Duché de Luxembourg ne conteste pas avoir retenu par ailleurs (et conformément aux factures émises) une somme de 10% à titre de garantie de bonne fin d'exécution des travaux, sur les factures d'acomptes.

Il en suit que les travaux ont été doublement garantis : par la caution bancaire fournie en date du 14 juillet 1998 et par les retenues de garantie opérées sur les factures d'acomptes, portant ainsi le montant garanti à un vingtième des travaux. Cette situation étant parfaitement anormale, car contraire aux pratiques habituelles du marché et abusive, il y a lieu de retenir qu'elle ne peut être que le fruit d'une erreur. Il en suit que l'Etat est redevable du montant indûment (car doublement garanti) retenu sur les factures d'acomptes.

La demande en paiement de la somme de 2.345.072,74 € est dès lors fondée en principe et ce, alors même que l'Etat ne dispose plus à l'heure actuelle d'une garantie. Cette circonstance ne saurait en effet avoir la moindre incidence sur le bien-fondé de la demande en restitution de la somme retenue par erreur, ce d'autant moins que l'Etat a volontairement et sciemment levé la garantie bancaire (donnée en échange de la première garantie et réduite à 5%) pour des motifs qui lui sont propres.

Dans la mesure où l'erreur provient cependant des deux parties et qu'elle n'a été dénoncée que par l'introduction de cet exploit, les intérêts légaux ne peuvent courir qu'à compter de la demande en restitution de la somme de 2.345.072,74 €, soit le 13 novembre 2007, jusqu'à solde.

Il n'y a pas lieu à application du taux majoré de 7% pour les motifs qui seront exposés plus loin sous III.B.2).

L'ETAT fait valoir que l'obligation pour la société **SOC.1.)** de fournir une garantie bancaire était prévue par l'article 10 du cahier des charges, tandis que la déduction de 10% sur les factures émises aurait été faite en application de l'article 38 du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989, applicable à l'époque des retenues. Il soutient partant que ces garanties et retenues ne s'excluraient pas, ne feraient pas double emploi et que le système en vigueur serait cumulatif et non pas alternatif. Les parties auraient librement accepté d'octroyer à l'ETAT une garantie ayant porté sur 20% de la valeur du marché, même s'il admet qu'il est d'usage que le taux normalement applicable soit de 10%. La finalité des retenues de 10% faites sur les factures serait de permettre à l'ETAT de se doter de fonds pour récupérer toute créance qu'il serait en droit de faire valoir contre l'adjudicataire, créance non spécifiquement liée aux travaux facturés. L'ETAT serait actuellement en droit de faire valoir une créance contre la société **SOC.1.)** du chef de pénalités de retard et de dommages-intérêts pour exécution non conforme des travaux et cette retenue servirait partant à couvrir ces créances.

L'article 10.2. des clauses administratives générales régissant la procédure de soumission et d'adjudication (chapitre I, I/I clauses administratives générales, sous A. page 29) intitulé « *garantie de bonne fin des travaux* » dispose «*comme garantie de bonne fin des travaux, il sera demandé à l'EG (i.e. Entrepreneur Général) une caution bancaire personnelle et solidaire, émanant d'un établissement bancaire agréé par le MO (i.e. Maître d'Ouvrage) pour un montant équivalent à 10% du montant du marché. Ce montant pourra être réduit à 5% après la réception, durant la période de garantie de deux ans. (pièce 1 a de l'ETAT)*

Le règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 portant 1° institution d'un cahier général des charges applicables aux marchés publics de travaux et de fournitures pour compte de l'Etat, 2° fixation des attributions et du mode de fonctionnement de la Commission des Soumissions (*note de la Cour*: il a entretemps été abrogé et remplacé par le règlement du 8 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale du 13 décembre 1988) disposait en son article 38 alinéas (3) et (4) que *des ordonnances de paiement correspondantes aux constats, déduction faite de dix pour cent qui sont retenus en garantie, sont émises au profit de l'adjudicataire (3). A la demande de l'adjudicataire, la retenue de garantie de dix pour cent peut être remplacée par une garantie bancaire....(4)*

Les retenues dont question à l'article 38 du règlement ont été spécifiées sous le point 6 des clauses administratives générales régissant la procédure de soumission et d'adjudication intitulé *conditions régissant l'appel d'offres - choix résultant du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989* (pièce 1a, page 13) sous le point 6.2.7 intitulé *pénalités* (page 17).

Y est prévu le régime qui s'applique aux pénalités de retards (6.2.7.i) et aux compensations pour malfaçons (6.2.7.ii).

L'article 6.2.7.i traitant des pénalités de retard, après avoir exposé le mode de calcul desdites pénalités dispose in fine qu'elles sont limitées au seuil maximum de 10% du montant hors taxe du marché et qu'elles seront déduites du décompte final.

L'article 6.2.7.ii traitant des compensations pour malfaçons prévoit que *si les travaux et fournitures de l'EG ne correspondent pas soit esthétiquement, soit quantitativement, soit qualitativement aux*

exigences des documents contractuels, alors le MO se réserve le droit de retenir sur les paiements des compensations dont les montants seront appréciés dans chaque cas en fonction de la gravité du manquement. Ces compensations seront retenues jusqu'au jour où l'EG aura fourni des prestations supplémentaires rendant les ouvrages conformes aux exigences.

La garantie de bonne fin des travaux prévue à l'article 10.2. des clauses administratives générales servait à garantir la bonne fin des travaux. Cette garantie fixée à 10% du montant du marché couvre les travaux exécutés par l'adjudicataire et vise à garantir une exécution des travaux conforme au bordereau de soumission. Elle peut être remplacée par une garantie portant sur 5% du montant global du marché, après la réception, la durée de la garantie étant de deux ans. Vu que cette deuxième garantie n'est appelée à entrer en vigueur qu'après la réception des travaux et que cette réception peut avoir été faite sous réserve, elle permet au maître de l'ouvrage de disposer d'une garantie durant deux ans qui couvre les défauts à redresser en exécution des réserves faites. La garantie bancaire conventionnelle est limitée à deux ans; elle n'est pas à confondre à la garantie légale du Code civil.

L'article 38 du règlement de 1989, ensemble l'article 6 des conditions administratives générales en portant exécution sont explicites en ce qui concerne l'objet des retenues faites sur les factures. En application de l'article 38 du règlement, le maître de l'ouvrage est en droit de *retenir en garantie* dix pour cent sur le montant des factures qui sont à établir selon les constats dont question aux alinéas (1) et (2) du même article. Selon l'article 6.2.7., ces retenues sont destinées à garantir le maître de l'ouvrage des inexécutions dues au retard imputable à l'entrepreneur général et aux malfaçons affectant les ouvrages qu'il aura érigés.

Même si l'ETAT soutient qu'il aurait été dans l'intention commune des parties de lui accorder une garantie de 20% (10% à titre de garantie bancaire et 10% à titre des retenues effectuées sur chaque facture), il suffit de constater que le bordereau de soumission a été établi par l'ETAT et que le soumissionnaire-adjudicataire y a adhéré. Il était dès lors clair dès le départ que l'ETAT disposerait de deux moyens de se prémunir contre toute inexécution de la part du maître de l'ouvrage. Il ne saurait être question d'une erreur commise par les parties, ni d'un abus commis par l'ETAT, le soumissionnaire ayant accepté, certes n' a - t - il fait qu'adhérer aux conditions imposées par l'ETAT, la loi conventionnelle qui allait gouverner les relations à venir.

Que l'ETAT estimait disposer de deux sortes de moyens pour se garantir contre toute inexécution fautive de ses obligations par le soumissionnaire ressort par ailleurs de l'attitude de l'ETAT au moment de l'émission et de l'échéance des garanties bancaires.

La garantie de bonne fin du 30 juin 1998 ayant porté sur 2.696.305,99 €, soit sur 10% du montant initial du marché, souscrite par la société adjudicataire auprès de la **SOC.3.)** a été envoyée à l'ETAT le 13 juillet 1998 (pièce 30 de l'appelante). Elle n'était pas limitée dans le temps.

La société **SOC.1.)** a fourni le 5 septembre 2003 à la demande de l'ETAT une nouvelle garantie bancaire de 1.172.360,95 € valable jusqu'au 31 juillet 2004.

Cette deuxième garantie a remplacé celle du 30 juin 1998 venue à échéance, selon l'ETAT, le 5 septembre 2003. Etant donné que la première garantie avait expiré, l'ETAT en a restitué le 28 juillet 2004 la copie qu'il détenait à la société **SOC.1.)**. Comme la deuxième garantie a pris fin le 31 juillet 2004, il ne disposait plus de garantie bancaire à partir de cette date, mais encore du montant retenu sur les factures.

La fourniture de la garantie de 1.172.360,95 € était due, selon l'ETAT, à la circonstance suivante :

*« Au vu du dossier de réfections déposé par **A.)** en avril 2003, qui a chiffré le montant à déduire des facteurs **SOC.1.)** à 2.540.819,07 euros et des retards de 2 mois de chantier imputables à **SOC.1.)**, entraînant une pénalité évaluée à l'époque par l'Etat à 2.394.192,60 euros (en réalité conformément à la demande reconventionnelle formulée dans le cadre de la première instance, il s'agit d'un montant de 2.344.613,90 euros), les retenues de garantie de 3.745.352,29 euros ne suffisaient plus à couvrir les créances de l'Etat à l'encontre de **SOC.1.)** (lettre de l'Administration des Bâtiments Publics à l'Etat du 1^{er} août 2003, pièce n° 12 de **SOC.1.)**), raison pour laquelle une nouvelle garantie bancaire de parfait achèvement a été réclamée à **SOC.1.)**».*

La Cour n'a pas été mise en possession de la lettre de l'ETAT demandant à la société **SOC.1.)** de lui fournir, en remplacement de la garantie de bonne fin sur 10%, une garantie réduite de 5%. La Cour se réfère partant uniquement à la lettre du 16 avril 2003 qui cependant ne mentionne pas le montant réclamé par l'ETAT. Ce dernier y invite

l'adjudicataire à lui fournir une garantie-caution bancaire portant sur 5% en lieu et place de la garantie de 10%. (pièce 31 de l'appelante)

Le montant de 1.172.360,95 € est mentionné dans une lettre interne du 1^{er} août 2003 (pièce 12 de l'appelante) adressée par le directeur des Travaux Publics à son ministre de tutelle. La société **SOC.1.)** n'y figure pas en copie. C'est pourtant elle qui a versé ce montant à titre de nouvelle garantie le 5 septembre 2003. C'est dans cette lettre qu'il est fait mention des pénalités de retard et des moins-values que l'ETAT entend réclamer à la société **SOC.1.)** et de l'obligation pour la société **SOC.1.)** de fournir une nouvelle garantie bancaire portant sur 1.172.306,95 €. Ce montant fera effectivement l'objet de la garantie émise par la BCEE le 5 septembre 2003.

La société **SOC.1.)** a accepté de fournir cette garantie. Ce montant ne constitue pas, contrairement à ce qui est prévu par l'article 10.2. des clauses administratives générales, la moitié de celui garanti par la première garantie de bonne fin. S'agissant cependant d'un montant moindre et l'ETAT ayant demandé à la société **SOC.1.)** de lui fournir une telle garantie expressément prévue par le cahier des charges, garantie venant remplacer la première garantie, l'adjudicataire n'avait aucune raison de ne pas la fournir, ce d'autant plus que le montant réclamé était inférieur à celui contractuellement stipulé. Cette garantie qui est une garantie de bonne fin (puisqu'elle a été prise en exécution du cahier des charges) a, au vu du raisonnement interne du directeur des Travaux Publics, était demandée en vue de couvrir la créance de l'ETAT du chef de pénalités de retard et de moins-value.

Cette garantie n'a jamais été destinée à remplacer les retenues selon l'article 38(4) du règlement grand-ducal de 1989 dont il est rappelé le contenu, à savoir qu'à *la demande de l'adjudicataire, la retenue de garantie de dix pour cent peut être remplacée par une garantie bancaire.*

Il découle des développements qui précèdent que l'ETAT est actuellement en droit de retenir le montant de 2.345.072,74 € en vertu de l'article 38 du règlement grand-ducal de 1989 et de l'article 6 des conditions administratives générales, de sorte qu'il convient, par réformation du jugement, de dire non fondée la demande de la société **SOC.1.)** en restitution dudit montant.

*B. La demande de la société **SOC.1.)** en condamnation de l'ETAT à lui payer la somme de 1.405.556,29 €*

Cette demande a été déclarée fondée par le tribunal qui a fixé la date de départ des intérêts légaux au 30^{ème} jour ouvrable qui suit la date du 19 octobre 2000 jusqu'à solde. Tenant compte d'un acompte de 996.709,41 € payé par l'ETAT le 14 août 2006, le tribunal a dit que ce montant s'imputait d'abord sur les intérêts courus jusqu'à cette date et le solde sur les factures en souffrance. Il n'a pas fait droit à la demande en majoration du taux de l'intérêt prévu par la loi du 18 avril 2004. L'appel de la société **SOC.1.)** porte sur la décision du tribunal qui n'a pas fait droit à sa demande relative aux intérêts dus en application de la loi du 18 avril 2004. L'appel incident de l'ETAT porte sur la décision du tribunal de faire courir les intérêts à partir du 30^{ème} jour suivant la date d'émission des factures.

Pour statuer ainsi qu'il l'a fait, le tribunal a retenu ce qui suit :

L'Etat affirme que les factures d'acomptes n°7023 et 7024, émises au printemps 2000, ont été contestées suivant courrier du 12 avril 2000 et 26 juin 2000. Ce fait est établi par les pièces.

Les mêmes factures ont cependant été émises à nouveau en date du 19 octobre 2000 et elles n'ont, depuis cette date, plus fait l'objet de contestations. Il en suit qu'elles sont dues en principe.

Conformément à l'article 51, paragraphe 5, du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 portant institution d'un cahier des charges applicable aux marchés publics de travaux et de fournitures pour compte de l'Etat, le délai de paiement est de 30 jours ouvrables à partir de la date d'entrée de la facture envoyée par l'adjudicataire.

Il en suit que les factures sont dues depuis le 30^{ième} jour ouvrable qui suit la date du 19 octobre 2000.

Le défendeur conteste devoir payer des intérêts de retard sur la somme des deux factures, soit sur la somme de 1.405.556,29 €.

Aux termes de l'article 51 précité, passé le délai des 30 jours ouvrables, les intérêts moratoires au taux légal sont dus à l'adjudicataire, de plein droit, et sans mise en demeure préalable du commettant.

Il en résulte que l'Etat doit payer les intérêts au taux légal sur les deux factures réclamées à partir du 30^{ième} jour ouvrable qui suit la date du 19 octobre 2000 jusqu'à solde.

Les contestations de l'appelante ne sont pas à analyser à cet endroit de l'arrêt, étant donné qu'elles se rapportent exclusivement à l'application du taux de l'intérêt issu de la loi du 18 avril 2004. Elle ne critique par contre pas le tribunal quant à l'imputation de la somme payée en 2006 d'abord sur les intérêts, puis le solde sur le principal.

L'ETAT fait valoir ne plus avoir dû contester les factures après le nouvel envoi le 19 octobre 2000, étant donné qu'il avait déjà contesté celles envoyées début 2000. Il expose avoir refusé de les payer vu que cette créance est appelée à se compenser, le cas échéant, avec celle qu'il allègue avoir à l'égard de la société **SOC.1.**)

Ces développements sont à écarter, étant donné que le tribunal a certes implicitement admis que l'absence de contestation des factures envoyées au mois d'octobre 2000 avait pour conséquence que les factures étaient dues en principe, mais le débat ne se situe pas au niveau de la contestation de la qualité des travaux fournis - en instance d'appel, l'ETAT n'émet aucune contestation de ce genre - mais se situe au niveau de l'exigibilité des deux factures.

La Cour reviendra sur cette problématique dans la suite de l'arrêt.

*C. La demande de la société **SOC.1.) en condamnation de l'ETAT à lui payer sur la somme de 150.809,05 € des intérêts de retard à courir à partir du 5 mai 2003 jusqu'au 14 août 2006***

Cette demande a été déclarée partiellement fondée par le tribunal. Il a retenu qu'il n'était pas établi que l'ETAT eût réceptionné la facture du 25 mars 2003 aux alentours de cette date, mais seulement le 2 décembre 2005, de sorte qu'il a accordé les intérêts de retard à partir du 30^{ème} jour ouvrable ayant suivi la date de réception de la facture. Il a rejeté la demande de la société en allocation des intérêts de retard prévus par la loi du 18 avril 2004.

L'appel principal de la société **SOC.1.)** qui demande à la Cour de faire courir les intérêts à partir du 5 mai 2003, soit le 30^{ème} jour ouvrable à compter du 25 mars 2003 n'est pas fondé, étant donné que même s'il devait être exact que la facture a été envoyée aux alentours du 25 mars 2003, sa réception subséquente par le destinataire n'est pas établie.

L'ETAT conteste en outre avoir reconnu, tel que le tribunal l'a mentionné dans son jugement, avoir réceptionné la facture le 2 décembre 2005. Cette preuve serait à rapporter par la société **SOC.1.)**. Il admet que la société a certes envoyé la facture le 2

décembre 2005, mais soutient que la date de réception n'est pas établie. Dès réception de la facture, celle-ci aurait été réglée, soit le 14 août 2006. Il conclut partant au rejet de la demande quant au cours des intérêts.

C'est cependant à bon droit que la société **SOC.1.)** renvoie à une lettre que lui a adressée le 4 mai 2006 le ministre des travaux publics dans laquelle il mentionne la facture 3118 portant sur la somme de 150.809,05 €, de sorte que l'ETAT doit l'avoir reçue avant cette date. La lettre du 4 mai 2006 renvoie par ailleurs à une lettre du 2 janvier 2006 adressée par le directeur des Bâtiments Publics à la société **SOC.1.)**. Cette lettre mentionne également la facture portant sur 150.809,05 €, non encore liquidée, qui, selon ladite lettre, « *demeure actuellement introuvable* ». Même si sur la copie de ladite lettre versée par la société **SOC.1.)** (pièce 19), l'appelante a porté la mention manuscrite suivante : *renvoyé en date du 02.12.05 ! avec tous les justificatifs*, rien ne permet d'établir au regard de la lettre du 2 janvier 2006 que la facture envoyée le 2 décembre 2005 ait été réceptionnée par l'ETAT dans les jours suivants.

Les contestations de l'ETAT, qui ne prend pas position quant au contenu de la lettre du 4 mai 2006 et qui conteste devoir payer des intérêts de retard au vu du fait que la société n'établirait pas la réception de la facture avant le 14 août 2006 sont à écarter au vu de la lettre du 4 mai 2006.

Au vu de ce que la lettre du 4 mai 2006 que le ministre a signée nécessitait un examen approfondi de la situation financière des parties et de la lettre de la société **SOC.1.)**, la Cour fixe la date de réception de la facture par l'ETAT au 1^{er} avril 2006.

Le jugement est à réformer en ce que les intérêts de retard ont commencé à courir le 31^{ème} jour ouvrable qui a suivi le 1^{er} avril 2006.

II. Les demandes de la société **SOC.1.)** et de l'ETAT liées à l'exécution tardive, sinon non conforme des travaux

La Cour regroupe sous ce volet les demandes de la société **SOC.1.)** et de l'ETAT. La société appelante réclame le paiement de frais supplémentaires dus au retard du chantier qu'elle soutient avoir été causé par l'ETAT et les demandes de l'ETAT ont trait aux pénalités de retard et aux dommages-intérêts à lui verser par la société **SOC.1.)** du chef de travaux non conformes, sinon affectés de vices et autres défauts.

Plusieurs remarques préliminaires s'imposent :

- Le contrat du 4 décembre 1997 ayant lié les parties a fixé un délai de dix-neuf mois endéans lequel les travaux devaient être terminés. La fin des travaux était fixée au 12 août 1999 (pièce 1 de l'appelante). Les travaux ont été finis le 22 février 2002 et le procès-verbal de réception définitive du lot 1 a été dressé le 12 juillet 2002.

Suite aux retards accumulés sur le chantier et à la demande de la société **SOC.1.)** qui réclamait le paiement de frais supplémentaires qui lui étaient échus jusqu'au 30 août 1999, les parties avaient chargé par lettres collectives des 28 février 2001 et 21 janvier 2003 les experts suisses Schalcher et Fechtig de déterminer les causes dudit retard. Les parties ont accepté les conclusions des experts et l'ETAT a payé le 14 août 2006 à la société **SOC.1.)** la facture du 28 novembre 2003 portant sur 4.610.000 € représentant les frais supplémentaires accrus à l'adjudicataire.

Les retards rencontrés durant l'avancement des travaux jusqu'au 30 août 1999 ayant entraîné des frais supplémentaires dans le chef de la société **SOC.1.)** ne font donc pas partie de l'objet du litige.

- Un litige judiciaire antérieur à celui dont la Cour est saisie a opposé la société **SOC.1.)** à l'ETAT et à l'architecte **A.)** qui avait été chargé par l'ETAT de l'élaboration des plans du **X.)**.

Par arrêts des 11 juillet 2007 et 19 janvier 2011, la Cour d'appel a dit que le bureau d'architectes **A.)**, sinon la société d'ingénieur **A.)** également chargée par l'ETAT, avai(en)t tardé à remettre les plans de coffrage et de ferrailage à l'entreprise générale **SOC.1.)**. Ces arrêts ont indirectement une incidence sur la présente instance, étant donné que les experts Schalcher et Fechtig ont retenu dans le rapport d'expertise du 17 mars 2003 que le retard pris dans l'avancement des travaux jusqu'au 30 août 1999 était imputable pour 7,1 mois à l'ETAT et pour 4 mois à la société **SOC.1.)**. Le total de 7,1 mois de retard imputé à l'ETAT se composait, selon les experts, d'un délai de 3,7 mois dû à des données erronées fournies par l'ETAT en début de chantier, de la moitié du retard dû à la remise tardive des plans de coffrage et de ferrailage, soit 2,9 mois (l'autre moitié ayant été mise à charge de la société **SOC.1.)**) et d'un demi-mois du chef de frais supplémentaires dus à la prolongation du chantier. Les experts ont donc mis à charge de l'ETAT et de la société **SOC.1.)** la moitié du retard dû à la livraison tardive des plans de coffrage et de ferrailage. Cette conclusion des experts a été contredite par les arrêts susdits qui

ont retenu que le retard était exclusivement imputable à l'architecte **A.**), chargé par l'ETAT de l'élaboration des plans. La Cour y reviendra, le délai de retard imputable à l'ETAT étant ainsi à fixer à dix mois.

Trois demandes sont concernées

*- La demande de la société **SOC.1.)** en allocation de la somme actualisée de 1.457.535 € ttc, à titre de frais supplémentaires résultant de la prolongation du chantier.*

Cette demande a été rejetée par le tribunal, motif pris de ce que la demanderesse était restée en défaut de prouver que les frais avaient été exposés, que leur montant était celui réclamé et qu'ils étaient directement imputables à une faute commise par l'ETAT, sinon qu'ils avaient été commandés par l'ETAT à titre de supplément.

L'appelante a renvoyé pour le détail des frais à un décompte du 29 septembre 2005 duquel il ressort qu'elle réclame la somme de 143.755,15 € ht à titre de frais supplémentaires d'installation de chantier, celle de 608.045,79 € ht à titre de frais supplémentaires pour l'encadrement du chantier et celle de 400.100,15 € ht à titre de frais supplémentaires des ouvriers.

L'appel de la société **SOC.1.)** tend à la réformation du jugement en ce que l'ETAT serait à condamner à lui payer le montant actualisé de 1.457.535 €, à augmenter des intérêts de retard au taux BCE + 7% à partir d'une mise en demeure du 29 juin 2005, sinon à partir de la demande en justice jusqu'à solde. Elle conclut en ordre subsidiaire à la nomination d'un expert qui aurait pour mission de déterminer les causes du retard de chantier entre le 1^{er} septembre 1999 et la réception définitive des travaux en février 2002, déterminer la prolongation du chantier en raison des causes à constater, déterminer les frais supplémentaires accrus à la société **SOC.1.)** en raison des retards de chantier et de réajuster ces frais en fonction de l'évolution de l'indice semestriel des prix à la construction.

L'ETAT conclut à la confirmation du jugement.

- La demande de l'ETAT en paiement de la somme de 2.344.613,90 €, sinon de 2.136.790,09 € au titre d'indemnités de retard.

Cette demande a été déclarée irrecevable par le tribunal au motif que l'ETAT avait proposé le 2 janvier 2006 à la société **SOC.1.)** de mettre la somme de 207.823,81 € à sa charge à titre de pénalités de

retard pour la durée du chantier, proposition acceptée par la société **SOC.1.)**.

Ce volet du jugement est entrepris par l'ETAT par la voie d'un appel incident. Il conclut, par réformation du jugement, à la condamnation de la société **SOC.1.)** à lui payer le montant de 2.344.613,90 € avec les intérêts au taux légal à partir du 1^{er} octobre 2000, sinon de la date de la demande reconventionnelle en justice jusqu'à solde, sinon celle de 2.136.790,09 € compte tenu de la somme de 207.823,81 € déjà retenue de ce chef.

La société **SOC.1.)** conclut à la confirmation du jugement.

- La demande de l'ETAT en paiement de la somme de 2.540.819,07 € du chef de défauts ou de mauvaise exécution.

La juridiction de première instance a déclaré la demande fondée et a fixé la créance de ce chef à la somme de 1.627.267.75 €.

L'appel principal de la société **SOC.1.)** porte sur la condamnation prononcée et l'appel incident de l'ETAT sur la réduction opérée par le tribunal.

Il ressort des trois demandes ci-dessus que deux aspects sont à examiner, à savoir les problèmes liés à la durée initiale non respecté du chantier à traiter dans le cadre conjoint des deux premières demandes (A) et les dommages-intérêts réclamés par l'ETAT du chef de travaux non exécutés selon les règles de l'art (B).

A. La durée des travaux

Au regard de ce qui a été dit ci-dessus, les parties ont accepté les conclusions des experts quant à la durée supplémentaire des travaux jusque fin août 1999.

Se pose uniquement la question de la période postérieure jusqu'à la réception des travaux. Ces travaux ont été terminés au mois de février 2002 et la réception a été faite au mois de juillet 2002. Le tribunal a qualifié cette réception de provisoire au vu des nombreuses réserves y faites par le maître de l'ouvrage.

Ici encore, plusieurs points sont à rappeler.

Le délai de finition des travaux s'impose à l'entrepreneur général. D'après le cahier des charges, il était fixé au 12 août 1999. L'analyse du retard pris et constaté par rapport à la date à laquelle le chantier aurait normalement dû être terminé a fait l'objet de l'expertise Schalcher-Fechtig et les conséquences financières à en tirer ont fait l'objet d'un accord entre parties.

Il en découle logiquement que la date de finition des travaux doit être reportée en application des conclusions des experts, puisqu'elles ont été acceptées par les parties. Il convient en conséquence de reporter la date à laquelle les travaux auraient dû être terminés de dix mois, selon les développements de la Cour faits ci-dessus. Il se trouve que les travaux ont été achevés le 20 février 2002, soit un retard substantiel par rapport à la date de finition, même reportée, d'où d'une part la demande en indemnisation du chef de frais supplémentaires de la société **SOC.1.)** qui reproche à l'ETAT d'être responsable du retard et d'autre part la demande de ce dernier en allocation de pénalités de retard.

Eu égard à la spécificité du chantier et à l'enchevêtrement des travaux en ce que le retard provoqué par un corps de métier influe nécessairement sur les travaux à débiter par l'autre, il ne saurait être fait abstraction de cette donnée qui met le corps de métier suivant dans l'impossibilité relative voire absolue, selon les cas, de commencer, continuer ou terminer ses travaux. Les parties litigantes en ont d'ailleurs été conscientes en ce qu'elles ont chargé les experts de déterminer les causes des retards imputables à l'une ou l'autre d'entre elles pour la période antérieure s'étant terminée le 30 août 1999. Ces principes doivent également valoir pour la période postérieure.

La demande de la société **SOC.1.)** en indemnisation des frais supplémentaires lui impose l'obligation d'établir que l'ETAT a provoqué ces frais, soit en raison de retards, soit en raison de commandes supplémentaires qui ont rallongé le délai de finition. Ces retards sinon suppléments de commande vaudraient le cas échéant cause d'exonération quant à l'obligation pour la société **SOC.1.)** de respecter le délai d'achèvement reporté.

L'ETAT a circonscrit sa demande en allocation des pénalités de retard à la période maximale prévue à l'article 6.2.7.i, alinéa 5 des clauses administratives générales qui est de 10% du marché initial htva. Le montant qu'il a mis à charge de la société **SOC.1.)** se décompose comme suit : la fin des travaux était prévue pour le 12 août 1999, mais elle n'a eu lieu que le 20 février 2002, soit un délai de

dépassement de trente mois, ramené à 23 mois en raison des 7,1 mois mis à charge de l'ETAT par les experts suisses. Les pénalités de retard étant calculées, non pas sur le retard effectif, mais fixées forfaitairement à 10 % du montant initial de la commande, soit en l'espèce 2.344.613,90 €, la pénalité appliquée correspondrait, selon l'ETAT, à une période de (269 jours ouvrables) 13,44 mois de retard. L'ETAT précise qu'il n'a pas encore tenu compte des quatre mois de retard imputables à la société **SOC.1.)** selon les conclusions des experts acceptées par les parties qu'il a déjà déduits d'un paiement fait à la société, de sorte que la société **SOC.1.)** ne serait plus redevable que de la somme de 2.136.790,09 € (2.344.613,90 - 207.823,81) Vu que la date de la finition est postérieure à la date maximale correspondant à la pénalité appliquée, le montant de 10% lui reviendrait en totalité.

La demande de l'ETAT a été déclarée irrecevable par le tribunal qui a implicitement fait application de l'exception de transaction. L'ETAT soutient que ce montant aurait fait l'objet d'une proposition d'arrangement transactionnel indivisible non acceptée in globo par la société **SOC.1.)** de sorte que même si la société **SOC.1.)** a accepté de voir mettre à sa charge la somme de 207.823,81€ correspondant aux quatre mois de retard qui lui étaient imputables, il serait en droit pour la période postérieure au 1^{er} octobre 2000 de réclamer de telles pénalités de retard.

Il convient de se reporter au contexte des discussions du 2 janvier 2006. L'ETAT a formulé une offre transactionnelle qui comporte plusieurs volets dont notamment celui relatif aux intérêts de retard. Cette proposition est acceptée par la société **SOC.1.)** quant à certains volets notamment celui ayant trait aux pénalités de retard dans son courrier du 1^{er} mars 2006, mais rejetée sur d'autres volets. Dans sa lettre en réponse du 4 mai 2006, l'ETAT prend acte de la position de la société dans les termes suivants : *au vu de votre courrier du 1^{er} mars 2006 par lequel vous réfutez notre proposition, je me dois de constater (note de la Cour : c'est le ministre des travaux publics qui constate) qu'il n'y a pas d'accord en l'occurrence, de sorte que notre proposition tombe en désuétude. Ainsi, l'on revient à la position initiale telle que préconisée d'ailleurs par l'architecte dans le dossier des moins-values.* Ce que l'ETAT annonce encore dans ce courrier, c'est qu'il va exécuter ceux des volets qu'il avait déjà considérés comme incontestables dans son premier courrier du 2 janvier 2006, le volet pénalités de retard n'en ayant pas fait partie.

Il n'y a pas eu accord des parties, étant donné que le volet pénalités de retard faisait partie d'une proposition d'arrangement global de l'ETAT non accepté par la société **SOC.1.)**.

Le jugement est à réformer en ce sens, la demande étant recevable.

La date de départ a été fixée par l'ETAT « en l'arrondissant » au 1^{er} octobre 2000, date de départ contestée par la société **SOC.1.)** qui demande à la voir fixer à une date postérieure qu'elle ne précise cependant pas. (voir ses conclusions du 6 janvier 2014, p.21).

La société **SOC.1.)** a formulé le 30 août 1999 ses premières revendications en raison de l'allongement du délai et l'expertise suisse portait sur les causes du retard. Etant donné que le retard a été imputé pour 7,1 mois à charge de l'ETAT auxquels il convient d'ajouter les 2,9 mois retranchés à tort par les experts, le délai se trouve allongé de dix mois imputables à l'ETAT. Il en découle que ces dix mois dont la responsabilité n'échoit pas à la société **SOC.1.)** doivent être ajoutés au délai contractuel, de sorte que ce dernier fixé initialement au 12 août 1999 s'est trouvé rallongé de ces dix mois, soit un délai qui s'est achevé le 12 juin 2000. C'est partant cette date qu'il convient de prendre en compte si le délai de quatre mois imputé à la société n'est pas considéré. Si ce délai est pris en compte, le délai est rallongé de ces quatre mois. L'ETAT ayant déjà appliqué une retenue du chef du retard imputable à la société adjudicataire de 207.823,81€, il convient d'ajouter les quatre mois et de fixer la date de départ du cours des pénalités de retard en principe au 12 octobre 2000. La Cour suppose partant que la date de départ fixée par l'ETAT « en l'arrondissant » au 1^{er} octobre 2000 est une date qui résulte d'un arrondissement « vers le bas », donc, en l'espèce, favorable au créancier de l'obligation d'achever les travaux à date fixe.

La Cour est cependant consciente de ce que le délai de départ des pénalités de retard est ainsi rétroactivement fixé par arrêt plus de quatorze années après la finition des travaux en février 2002 (contrairement au délai conventionnel initial connu des parties) et ne tient pas compte des contingences de l'époque dans lesquelles il y a lieu de se replacer, étant donné que les parties n'ont pu, ni en août 1999, ni en octobre 2000 prévoir que les experts allaient fixer les parts de responsabilité dans le retard dans les proportions telles que retenues dans leur rapport de 2003, ni prévoir les incidences des arrêts de 2007 et 2011 qui ont amené la Cour à allonger de facto le retard mis à charge de l'ETAT de 2,9 mois.

La Cour en tiendra compte dans la suite de ses développements.

La date de départ des pénalités de retard a donc (rétroactivement) pris cours en principe le 12 octobre 2000. Encore convient-il de savoir, face aux contestations de l'appelante, si les conditions d'ouverture de sa mise en œuvre étaient remplies à cette date. Il convient de se reporter aux stipulations contractuelles.

L'article 6.2.7 i deuxième alinéa des clauses administratives générales invoqué par la société **SOC.1.)** dispose qu'*en cas de dépassement du délai d'achèvement final offert par l'EG ou en cas de retards dûment constatés sur les délais intermédiaires, l'EG sera seul responsable et devra supporter les pénalités de retard et autres sanctions prévues dans les présentes clauses administratives.*

L'article 6.2.7 i cinquième alinéa invoqué par l'ETAT dispose que *les pénalités conventionnelles seront exigibles à partir de la date de la mise en demeure par le MO (par lettre recommandée) et sont dues jusqu'à la date de l'achèvement des travaux sans préjudice de la date de réception.*

L'appelante fait valoir qu'à défaut du retard dûment constaté par un procès-verbal - une simple lettre, voire même une lettre recommandée ne saurait suffire -, le délai n'aurait pas commencé à courir.

L'ETAT fait valoir que les pénalités de retard sont dues de plein droit en cas de dépassement du délai d'achèvement, tandis que les pénalités de retard pour les délais intermédiaires ne sont dues que si le retard est dûment constaté. Il en conclut que pour les pénalités réclamées pour le dépassement du délai d'achèvement final, il n'aurait pas été nécessaire de faire « dûment » constater le retard, abstraction faite de la forme dudit constat. Il se réfère encore, mais à tort, à l'article 42 du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 sur les marchés publics qui fixe le régime des astreintes et amendes, étant donné que cet article ne s'applique pas aux pénalités de retard.

Se référant à l'article 6.2.7 i avant - dernier alinéa des clauses administratives générales qui rend exigibles les pénalités de retard à compter de la mise en demeure, il expose avoir mis la société **SOC.1.)** à trois reprises en demeure d'achever les travaux, une première fois le 31 juillet 1998, une deuxième fois le 12 avril 2000 et une troisième fois le 10 novembre 2000, cette dernière mise en demeure ayant été faite par l'architecte **A.)** au nom et pour le compte de l'ETAT (pièce 20 de l'ETAT).

Les deux premières mises en demeure sont inopérantes. Celle envoyée le 31 juillet 1998 l'a été à un moment où l'adjudicataire était certes en retard, mais dont il est établi rétroactivement que le retard était pour la majeure partie imputable à l'ETAT. Il en est de même de la mise en demeure du 12 avril 2000.

Quant à la mise en demeure du 10 novembre 2000, elle est postérieure à la date du 12 octobre 2000 retenue par la Cour comme constituant en principe la date de départ des pénalités de retard.

En application de l'article 6.2.7 i avant - dernier alinéa, les pénalités de retard ont commencé à courir en principe à partir du 11 novembre 2000.

A. Les causes de la prolongation du délai d'achèvement et leur incidence sur la demande de l'ETAT en paiement de pénalités de retard et sur celle de la société **SOC.1.)** en remboursement des frais supplémentaires exposés en raison du non-achèvement des travaux dans le délai convenu.

La Cour renvoie aux développements faits ci-dessus concernant l'obligation pour la société **SOC.1.)** d'établir les causes qui l'ont mise dans l'impossibilité de respecter la date d'achèvement des travaux que la Cour a fixée au 11 novembre 2000.

La période concernée s'étend du 11 novembre 2000 au 20 février 2002. (pièce 36 de l'ETAT : procès-verbal de réception du 12 juillet 2002 fixant la date d'achèvement des travaux au 20 février 2002, date non contestée par la société **SOC.1.)**)

Il est encore rappelé que du fait de l'application forfaitaire des pénalités de retard fixée à 10% du montant initial de la commande, le montant réclamé par l'ETAT reste en-dessous de celui qu'il aurait été en droit de réclamer si la limite conventionnelle n'avait pas existé. Il expose ainsi que ce montant de 10% correspond à un retard de 13,44 mois (268,7 jours ouvrables), calculé selon la formule figurant au point 6.2.7 des clauses administratives générales du dossier de soumission.

Les parties litigantes se reprochent mutuellement d'être à l'origine du retard.

Ainsi, la société **SOC.1.)** fait valoir que le retard du chantier résulte des déficiences au niveau de la direction des travaux confiée par l'ETAT à l'architecte **A.)** et à l'absence de réaction du maître de l'ouvrage face à ses demandes tendant à voir procéder à la réception

des travaux. Elle renvoie quant au premier point à sa lettre du 1er mars 2006 (pièce 20 de l'appelante). Elle renvoie quant au deuxième point à la demande de réception du 26 mars 2001 adressée au maître de l'ouvrage. Les visites de réception auraient cependant chacune eu lieu avec un décalage se situant pour les différents chantiers (béton, lanterneaux, couverture, façades tous niveaux) entre 4,25 et 6,25 mois, soit en moyenne 5 mois et demi à partir de la demande. Les rapports de réception n'ayant pas été transmis dans les délais normaux, un délai global de plus ou moins six mois serait à mettre à la charge de l'ETAT.

Ces développements de la société **SOC.1.)** valent autant comme moyen de défense à l'action reconventionnelle de l'ETAT en allocation de pénalités de retard que comme moyen à l'appui de sa propre demande en allocation de dommages-intérêts pour frais supplémentaires résultant de la prolongation du chantier.

L'ETAT quant à lui impute les retards à la société **SOC.1.)**. Il soutient d'une part que les travaux n'étaient pas terminés le 26 mars 2001 et renvoie à plusieurs lettres adressées par le maître de l'ouvrage à l'adjudicataire. (pièces 24, 25, 28,30 de l'ETAT) Il fait en outre valoir que le retard a encore été provoqué par l'inefficacité des sous-traitants que la société **SOC.1.)** avait choisis pour exécuter les travaux de charpente en lamellé-collé et le platelage des coques. Il s'en serait suivi le remplacement de ces sous-traitants par la société **SOC.2.)** et un retard dans la fourniture et le montage des poutres en lamellé - collé. Il chiffre le retard ainsi accumulé à quelque douze mois. Un dernier retard aurait encore été provoqué par l'apparition en mai 2000 de fissures dans les poutres de lamellé-collé qui ont nécessité des travaux de modification et de réparation jusqu'au mois de février 2002.

La Cour ne dispose pas d'ores et déjà des données nécessaires pour déterminer les causes ayant conduit au retard de la finition des travaux. Les parties litigantes ont chacune offert de prouver le préjudice qu'elles ont subi par voie d'expertise.

Il convient d'y faire droit.

B. La demande de l'ETAT en paiement de la somme de 2.540.819,07 € du chef de défauts ou de mauvaise exécution

La juridiction de première instance a déclaré la demande fondée et a fixé la créance de l'ETAT à la somme de 1.627.267,75 €. Le montant initial revendiqué par l'ETAT, à savoir 2.540.819,07 € tel qu'il ressortait

du « dossier de réfaction » établi par l'architecte **A.)** a, selon une lettre du 2 janvier 2006 de l'ETAT été jugée excessive par ce dernier, de sorte que le tribunal a réduit le montant à celui indiqué dans la lettre du 2 janvier 2006, au motif que l'appréciation de l'ETAT quant au caractère excessif devait être qualifiée de reconnaissance extrajudiciaire. Le tribunal a dit que cette créance se compenserait au 2 janvier 2006 avec les demandes de la société **SOC.1.)** et s'imputerait d'abord sur les intérêts dus sur les factures d'acompte, ensuite sur les factures d'acompte et enfin sur la demande en restitution de la retenue de garantie.

L'appel de la société **SOC.1.)** porte sur la condamnation prononcée et l'appel incident de l'ETAT sur la réduction opérée par le tribunal.

La société **SOC.1.)** fait valoir que la demande de l'ETAT se base sur deux dossiers de « réfaction » dressés par l'architecte **A.)**, l'un ayant porté sur la somme de 6.772.704,51 €, daté au 1^{er} mars 2002, et l'autre du 22 octobre 2003 ayant porté sur 2.540.819,07 €, ce deuxième ayant remplacé le premier. Elle soutient que la réception définitive ayant eu lieu le 20 février 2002 sinon le 12 juillet 2002, l'ETAT ne serait plus en droit de faire valoir des défauts qui, s'ils étaient établis, auraient été apparents. Elle conteste l'existence des vices et malfaçons. Elle conclut au besoin à la confirmation du jugement en ce que le tribunal a réduit la somme allouée à l'ETAT.

Elle formule enfin une demande en garantie dirigée contre la société **SOC.2.)** afin que celle-ci la tienne et quitte et indemne de toute condamnation susceptible d'être prononcée contre elle au profit de l'ETAT. Cette demande connexe à la demande principale de la société **SOC.2.)** sera traitée ci-dessous sous II.

L'ETAT expose que l'architecte **A.)** a rédigé deux dossiers de moins-value, le second du 30 avril 2003 revu à la baisse suite à la réception provisoire du 12 juillet 2002. Lors d'une réunion du 7 juillet 2007 entre parties, la société **SOC.1.)** aurait marqué son accord avec le dossier rectifié de moins-value, mais se serait ravisée et n'aurait par la suite jamais contesté le fond des reproches contenus audit dossier. Il expose n'avoir jamais transigé avec l'adjudicataire sur ce volet, raison pour laquelle il interjette appel incident contre le jugement et conclut à se voir allouer la somme de 2.540.819,07 €. Il offre en preuve par voie d'expertise le dommage qui lui est accru du chef des moins-values.

La réception intitulée définitive date du 12 juillet 2012 (pièce 36 de l'ETAT). Elle contient les réserves formulées par le maître d'ouvrage

à l'encontre des travaux prestés par l'adjudicataire. Il est précisé page 27 du document qu'il ne s'agit que d'une réception provisoire. Il est encore établi que le procès-verbal de réception n'a pas été signé par la société **SOC.1.)** avec le contenu duquel elle n'était pas d'accord. Les réserves y formulées n'ont par la suite pas été levées par la société **SOC.1.)**.

Selon l'article 3.6.1. des clauses administratives particulières ayant lié les parties, la réception n'est définitive que si les travaux et fournitures ne donnent lieu à aucune contestation de la part du maître de l'ouvrage et sera provisoire avec réserves si les travaux et fournitures présentent des malfaçons, défauts ou autres irrégularités mineures. Pour le cas où des réserves ont été formulées, la DT (Direction Technique) fixe la date pour laquelle les réserves doivent être levées.

Il est donc faux de soutenir, tel que le fait la société **SOC.1.)**, que l'ETAT ne serait plus en droit de réclamer indemnisation, puisque ce dernier en ayant formulé des réserves, n'a pas donné son quitus à la société **SOC.1.)** quant aux travaux réalisés.

Peu importe également que dans des courriers qui ont été adressés les 16 avril et 1^{er} août 2003 par le directeur des Bâtiments Publics à la société appelante, ce dernier ait fait état « de la réception définitive du 12 juillet 2002 », étant donné qu'il y indique et demande à la société **SOC.1.)** de fournir une garantie bancaire au sens de l'article 10.2 des clauses administratives du cahier des charges valable pendant deux ans à partir de la réception définitive, vu que cette garantie a précisément pour but de garantir l'ETAT contre toute inexécution de ses obligations par l'adjudicataire, contenues sous la forme de réserves dans le procès-verbal de réception.

Il est enfin faux de soutenir que le rapport **A.)** du 1^{er} mars mars 2002 et communiqué à la société **SOC.1.)** le 10 juillet 2002 sur lequel se fonde l'ETAT pour réclamer indemnisation serait postérieur à la réception du 12 juillet 2002. L'adjudicataire en avait partant connaissance au moment de la réception, les réserves y mentionnées reprenant pour la plupart les vices et autres défauts dont mention audit rapport.

Le procès-verbal du 12 juillet 2002 n'a pas été signé par la société **SOC.1.)**. Il ne saurait partant valoir constat contradictoire des vices et défauts y énumérés dans ses annexes. Il en est de même du rapport **A.)** du 30 avril 2003 qui, pour avoir été établi par le bureau d'architecte et d'ingénierie lié au maître de l'ouvrage par un contrat de prestations

de services et dont il est établi (voir l'arrêt de la Cour de 2011) qu'il a contribué au retard pris dans l'avancement des travaux, ne saurait, tel quel, valoir preuve contre l'adjudicataire.

Il convient de recourir à un homme de l'art pour départager les parties.

Elles s'opposent tant pour cette expertise que pour celle visée ci-dessus sous A. à la nomination soit des experts suisses Schalcher & Fechtig, soit de l'expert Rigo nommé par la Cour d'appel dans son arrêt de 2007 pour des raisons tenant à la supposée partialité des hommes de l'art ayant déjà œuvré dans ce dossier de soumission. La Cour constate que les reproches formulés de part et d'autre contre ces hommes de l'art reposent, pour chacune des parties, sur des indices très peu probants qui ont trait à leur supposée partialité en faveur de la partie qui en propose la nomination. La Cour bien que ne partageant pas ces craintes dénuées de tout fondement ne va pas nommer un de ces experts au vu des difficultés que la ou les parties ne manqueront pas de faire valoir en cours d'expertise.

La mission se trouve définie au dispositif de l'arrêt. Elle s'étendra aux volets traités sous II. A. et B.

Le litige entre les sociétés **SOC.2.)** et **SOC.1.)**

Ce volet concerne la demande principale introduite par la société **SOC.2.)** contre la société **SOC.1.)** et la demande en garantie présentée par cette dernière contre la société **SOC.2.)**.

La société **SOC.1.)** entend voir lier le sort de ces deux demandes en ce qu'elle fait valoir que le sort de la demande en paiement de la société **SOC.2.)** serait tributaire de celui de la demande en garantie qu'elle a dirigée contre cette société. Elle soutient à cet égard que la demande de l'ETAT en condamnation pour vices et malfaçons tablerait notamment sur la mauvaise qualité du travail effectué par la société **SOC.2.)**. Il conviendrait partant de réserver le sort de la demande en paiement des factures **SOC.2.)** en attendant l'expertise ordonnée dans le cadre de la demande en paiement dirigée par l'ETAT contre elle.

La société **SOC.1.)** se réfère à une convention signée entre parties le 15 juin 2015 (pièce 50 de l'appelante).

Elle est de la teneur suivante :

1. En référence au récapitulatif de **SOC.2.)** transmis par courrier du 04.03.2004, **SOC.1.)** prendra en charge les positions 2 et 7 et la société **SOC.2.)** les positions 1 et 3.

2. Les retenues (*Sicherheitseinbehalte*) des positions 4, 5, 6, pour un montant total de 849.413,451 € ttc ainsi que la retenue de 261.919,22 € ttc, correspondant aux réclamations acceptées par les experts Schalcher / Fechtig dans leur rapport du 17.03.2003 seront retenues de la part de **SOC.1.)** jusqu'à la clôture finale du dossier Centre Sportif et Culturel et le paiement des sommes dues par le maître de l'ouvrage.

3. En contrepartie, la garantie de bonne fin (point 10.1 du marché de négociation du 27.08.98) a été restituée en date du 15.06.2005.

4. En cas d'action ou de recours par le maître de l'ouvrage **SOC.2.)** s'engage à appuyer, en ce cas, la position et les prestations de **SOC.1.)** à l'encontre du maître de l'ouvrage.

5. Les obligations de garantie imposées aux entrepreneurs en vertu des articles 1792 et 2270 du code civil ne se trouvent cependant pas affectées par la présente convention.

6. Les parties s'engagent à garder le contenu de la présente convention confidentiel, hormis son usage éventuel auprès d'un tribunal pour assurer soin respect.

Deux articles prêtent à discussion, à savoir les articles 2 et 4.

L'article 4 n'a aucune signification particulière, étant donné que la société **SOC.1.)** ne tire aucune conclusion juridique de la portée de l'engagement de la société **SOC.2.)**, pour autant qu'il en ait une.

L'article 2 traite des deux retenues. Celle portant sur 261.919,22 € correspondant aux réclamations acceptées par les experts Schalcher-Fechtig et par voie de conséquence par l'ETAT a été levée et la somme entretemps continuée par la société **SOC.1.)** à la société **SOC.2.)**. Le litige porte sur le taux d'intérêt que la société **SOC.2.)** entend voir fixer au taux « BCE + 7% ».

L'autre retenue portant sur 849.413,51 est destinée, selon la convention, à être retenue jusqu'à la clôture finale du dossier **X.)** et les sommes dues par le maître de l'ouvrage.

La convention est à replacer dans son contexte, à savoir dans celui des tractations menées par l'ETAT et la société **SOC.1.)** en vue de parvenir à une solution transactionnelle qui n'a cependant pas abouti (voir les développements faits ci-dessus). Ces pourparlers portaient également sur les travaux sous-traités par la société **SOC.1.)** à la société **SOC.2.)**. Il est renvoyé à ce titre aux pièces 12 et 19 de l'appelante. La proposition de transaction du 2 janvier 2006 (pièce 19) de l'ETAT à la société **SOC.1.)** traite spécifiquement des moins-values dues au « platelage support des couvertines » dont l'ETAT soutient qu'il a été effectué de concert entre les sociétés **SOC.1.)** et **SOC.2.)**, mais sans son accord préalable.

Il est vrai, tel que le fait valoir la société **SOC.2.)** qui invoque la théorie de la facture acceptée, que la société **SOC.1.)** n'a pas contesté les trois factures dont elle réclame paiement, de sorte qu'en application de l'article 109 du Code de commerce, ces factures seraient présumées avoir été acceptées au moment de leur émission.

Cependant, l'interprétation qu'il convient de donner à la phrase finale de l'article 2 doit être celle que la retenue du montant concerné perdurera jusqu'à ce que le volet ayant fait l'objet des trois factures soit complètement vidé. Le fait que les parties ont inséré *jusqu'au paiement des sommes dues par le maître de l'ouvrage* signifie certes qu'elles sont au moment de la convention parties de l'hypothèse que l'ETAT devrait s'acquitter d'un certain montant du chef des travaux réalisés, montant qui serait à payer par l'ETAT entre les mains de la société **SOC.1.)**, mais cette hypothèse serait encore remplie s'il s'avérait que l'ETAT ne devrait rien payer du tout. En effet, la volonté des parties était celle de lier le sort des retenues à celui concernant l'éventuelle dette de l'ETAT à l'égard de la société **SOC.1.)** du chef des travaux exécutés par la société **SOC.2.)** pour le compte de la société **SOC.1.)**.

L'article 2 ne prévoit pas expressément que la retenue ne sera libérée qu'à hauteur du montant que l'ETAT devra payer à la société **SOC.1.)** du chef des travaux sous-traités et exécutés par la société **SOC.2.)**. Admettre cependant le contraire serait vider de sens la convention de 2005, étant donné que si, ainsi que le fait valoir l'intimée, les deux montants n'étaient pas interdépendants, point n'aurait été besoin pour la société **SOC.2.)** de souscrire à ladite convention qui établit un lien entre les obligations découlant du marché principal et celui qui lui a été sous-traité.

La société **SOC.2.)** ne saurait quinze ans après les faits invoquer la théorie de la facture acceptée. Si, ainsi que retenu ci-avant, les

factures n'ont en son temps pas fait l'objet de protestations de la part de la société **SOC.1.**), c'est que la non-conformité des travaux réalisés n'a été opposée pour la première fois par l'ETAT qu'en 2002 et 2003 à l'occasion de l'établissement des rapports de l'architecte **A.**).

La théorie de la facture acceptée est une règle édictée en faveur du commerçant à laquelle il peut renoncer implicitement ou explicitement, pour peu que la renonciation soit certaine. Même à supposer qu'au moment de la réception des factures, la société **SOC.1.)** n'ait rien trouvé à y redire quant à la quantité et qualité des travaux réalisés, ses relations avec la société **SOC.2.)** s'inséraient dans le cadre du marché public de la **X.**).

La Cour renvoie à cet égard au contrat de sous-traitance du 24 septembre 1998 (pièce 1 de la société **SOC.2.)**) duquel il ressort qu'elle s'est vu remettre par la société **SOC.1.)** notamment une copie des clauses administratives générales et particulières du marché public du **X.)** fixant notamment la procédure à suivre pour la réception des travaux par le maître de l'ouvrage, de même que la liste des plans et les clauses techniques. L'article 17 du contrat de sous - traitance dispose en effet sous „ *Vertragsgrundlagen* » que « *die Bedingungen dieses Protokolls werden mit der Massgabe anerkannt, dass weitere Vertragsbestandteile hierzu nachrangig in aufgeführter Reihenfolge sind* „. Suit l'article 17.1. qui mentionne „*Folgende Vertragsbedingungen des Bauherrn*“ et qui renvoie (*siehe unten*) aux documents dont question ci-dessus. Il en ressort que dans les relations entre les sociétés **SOC.1.)** et **SOC.2.)**, il y avait lieu de tenir compte de cette réception, partant de toute revendication que l'ETAT pourrait faire valoir à l'encontre des travaux confiés à la société **SOC.1.)**, mais sous-traités à la société **SOC.2.)**. D'où d'ailleurs la raison d'être de la convention du 15 juin 2005.

Le jugement est partant à réformer en ce qu'il a d'ores et déjà condamné la société **SOC.1.)** à payer à la société **SOC.2.)** la somme de 849.413,451 € et en ce qu'il a d'ores et déjà rejeté la demande en garantie dirigée contre la société **SOC.2.)**.

Cette décision ne préjudicie en rien la question des relations contractuelles distinctes ayant existé entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur général et celles ayant existé entre l'entrepreneur général et le sous-traitant. Elle ne préjudicie en rien non plus les conséquences à tirer des constatations à faire par les experts chargés de dire si les travaux exécutés en sous-traitance par la société **SOC.2.)** sont/étaient affectés de vices ou autres défauts ou malfaçons et des conclusions juridiques à en tirer.

Quant à l'appel incident de la société portant sur le refus du tribunal d'augmenter la créance de 261.919,22 € des intérêts prévus par la loi du 18 avril 2004, la Cour renvoie aux développements qui vont suivre.

Le taux d'intérêts de retard applicable

Tant la société **SOC.1.)** que la société **SOC.2.)** font grief à la juridiction du premier degré d'avoir dit que la loi du 18 avril 2004 n'était pas applicable aux contrats ayant donné lieu aux demandes en paiement et partant d'avoir dit que les créances résultant des condamnations prononcées n'étaient à augmenter que du taux de l'intérêt légal issu de la loi du 22 février 1984.

L'ETAT conclut à la confirmation du jugement sur ce point. Pour le cas où il y aurait lieu à application de la loi du 18 avril 2004, il demande à la Cour, au besoin, de poser à la CJUE deux questions préjudicielles.

La directive 2000/35/CE du Parlement Européen et du Conseil concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales (ci-après la directive) a défini un taux d'intérêt pour retard de paiement pour lutter contre le retard de paiement dans les transactions commerciales et a imposé aux Etats membres de mettre en vigueur jusqu'au 8 août 2002 les dispositions législatives pour se conformer à cette directive. Elle a également réservé aux Etats membres la possibilité d'exclure les contrats qui ont été conclus avant le 8 août 2002. La directive définit *la transaction commerciale* comme « toute transaction entre des entreprises ou entre des entreprises et les pouvoirs publics qui conduit à la fourniture de marchandises ou à la prestation de services contre rémunération. » Elle définit le *taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à ses principales opérations de refinancement* comme étant « le taux d'intérêt appliqué à de telles opérations dans le cas d'appels d'offres à taux fixe. Dans l'éventualité où une opération de refinancement principale a été effectuée selon une procédure d'appels d'offres à taux variable, ce taux d'intérêt se réfère au taux d'intérêt marginal résultant de cet appel d'offres. Cela concerne aussi bien les adjudications à taux unique que les adjudications à taux variable ».

Il est admis qu'il s'agit du taux BCE + 7% applicable à l'époque des faits.

La directive n'a pas été transposée en droit luxembourgeois dans le délai de deux ans ayant expiré le 8 août 2002.

La loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics a abrogé la loi du 4 avril 1974 concernant le régime de marchés publics de travaux. Le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, portant exécution de la loi du 30 juin 2003 a prévu en ses articles 123 et 134 que tout retard dans le paiement des factures par le pouvoir adjudicateur entraîne l'application d'intérêts moratoires correspondant au taux BCE + 7 %. La loi du 30 juin 2003 et le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 sont entrés en vigueur le 1^{er} septembre 2003. Ce faisant, le règlement a anticipé en ce qui concerne le taux BCE + 7% la transposition de la directive qui à ce moment n'avait pas encore été insérée dans le droit interne.

La directive a été transposée au Luxembourg par la loi du 18 avril 2004 sur les intérêts de retard. Elle s'étend aux transactions commerciales telles que définies dans la directive.

La loi sur les marchés publics et son règlement d'exécution entrés en vigueur le 1^{er} septembre 2003 ne contiennent pas de disposition transitoire relative aux contrats en cours.

La société **SOC.1.)** et l'ETAT s'opposent sur la question de savoir si le taux prévu par la loi sur les marchés publics était immédiatement applicable ou non à leur contrat toujours en cours au 1^{er} septembre 2003, et si oui, à partir de quelle date.

L'ETAT soutient que le contrat de marché public ayant été signé en 1997, la loi et le règlement entrés en vigueur le 1^{er} septembre 2003 ne s'appliquent pas au contrat en cours, les effets même futurs de contrat restant soumis à la loi applicable au moment de sa conclusion, soit le taux légal issu de la loi de 1984, entre temps abrogée par celle du 18 avril 2004, sauf dispositions transitoires contraires non prévues par la loi du 30 juin 2003.

La société **SOC.1.)** invoque l'effet direct de la directive et l'omission du législateur luxembourgeois de l'avoir transposée pour le 8 août 2002 au plus tard. Elle fait valoir qu'étant donné que dans les cas où les autorités communautaires ont obligé les Etats membres à adopter un comportement déterminé, l'effet utile d'un tel acte se trouverait affaibli si les justiciables étaient empêchés de s'en prévaloir en justice et les juridictions nationales empêchées de la prendre en considération en tant qu'élément du droit communautaire. Elle en conclut que le taux BCE+7% devrait s'appliquer à ses créances contre l'ETAT depuis le 8 août 2002.

Ce raisonnement n'est pas correct, étant donné que la directive a laissé le choix aux Etats membres d'exclure du champ d'application de la loi la transposant les contrats conclus avant le 8 août 2002, de sorte que la directive n'a pas conféré au justiciable le droit inconditionnel à voir appliquer au contrat conclu avant le 8 août 2002 les dispositions issues de la directive transposée. Cette conclusion reste valable même en cas d'omission du législateur de transposer la directive dans les délais requis.

La société **SOC.1.)** s'empare à titre subsidiaire d'un arrêt rendu le 19 novembre 2014 par la Cour d'appel (arrêt ETAT- **SOC.1.)**, numéro du rôle 39655) pour déclarer dans ses dernières conclusions du 29 janvier 2015 que l'adjudicataire - cocontractant de l'ETAT a droit aux intérêts au taux directeur de la BCE majoré de la marge de 7% à partir du 1^{er} septembre 2003, date d'entrée en vigueur du règlement d'exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics.

Cet arrêt pour ne pas avoir fait l'objet d'un pourvoi en cassation a été accepté par les parties.

Pour asseoir sa décision, la Cour d'appel a dit que l'acquisition d'un droit ou la création d'une situation juridique est régie et reste régie par la loi en vigueur au moment de l'acquisition ou de la création du droit. Au contraire, les effets successifs d'un rapport de droit antérieurement formé sont régis, avec effet immédiat, par la loi nouvelle. Elle a encore dit qu'en matière de droit de créance issu d'un contrat, il y a lieu en principe d'appliquer la loi en vigueur lors de la conclusion du contrat. Toutefois, en l'espèce, la directive 2000/35/CE dispose dans son article 6.3.b. que les Etats membres peuvent, lors de sa transposition exclure les contrats qui ont été conclus avant le 8 août 2002, et qu'à défaut d'une telle exclusion dans la loi du 30 juin 2003, qui selon les parties transposerait partiellement ladite directive, ces contrats ne sont pas exclus et le taux BCE + 7% doit s'appliquer aux marchés publics, qu'ils aient ou non été conclus avant le 8 août 2002.

A noter que l'ETAT n'a pas critiqué les développements de la Cour, les décisions des juridictions administratives qu'il a invoquées pour soutenir que le contrat du marché public devrait rester régi par la loi applicable au moment de sa signature n'étant pas transposables au cas d'espèce. La partie **SOC.1.)** a, quant à elle, estimé que la question du taux des intérêts applicable en matière de marchés publics serait « définitivement tranchée ».

La Cour adopte la motivation de l'arrêt du 19 novembre 2014 et retient que la loi du 30 juin 2003 s'est appliquée au contrat ayant lié les parties et cela avec effet à partir du 1^{er} septembre 2003.

Le jugement est à réformer en ce sens.

L'ETAT continue de résister à la demande en soutenant qu'il y aurait lieu d'adopter une interprétation téléologique de la directive au vu de son considérant (16) qui est de la teneur suivante :

Les retards de paiement constituent une violation du contrat qui est devenue financièrement intéressante pour les débiteurs dans la plupart des Etats membres, en raison du faible niveau des intérêts de retard et/ou de la lenteur des procédures de recours. Des aménagements décisifs, y compris l'indemnisation des créanciers pour les frais encourus, sont nécessaires pour inverser cette tendance et pour faire en sorte que les conséquences d'un dépassement des délais de paiement soient telles qu'elles découragent cette pratique.

Il expose ainsi ne pas vouloir bénéficier des lenteurs des procédures de recours, dès lors que le litige serait complexe et que tant lui-même que la société **SOC.1.)** seraient de bonne foi et contesteraient les demandes en paiement réciproques pour des motifs légitimes qu'il appartiendrait actuellement à la Cour de trancher. Le but de la directive aurait été d'instaurer des intérêts à taux punitif pour les mauvais payeurs, ce qu'il ne serait pas. Il fait encore valoir que l'interprétation téléologique serait là pour éviter de donner à des textes en apparence clairs un sens qui ne respecte plus le but du législateur. Enfin renvoie-t-il aux articles 135 et 136 du règlement du 7 juillet 2003 dont l'interprétation devrait conduire à ce qu'aussi longtemps que dure la procédure de vérification des factures, les intérêts au taux majoré ne sont pas dus.

C'est la raison pour laquelle il prie la Cour de toiser le litige dans le sens exposé ci-dessus, sinon au besoin de saisir la CJUE des deux questions préjudicielles suivantes :

1. Est-il possible à un créancier d'invoquer l'effet direct de la directive 2000/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, pour en obtenir l'applicabilité à un contrat conclu avant le 8 août 2002, en se prévalant de l'article 6, paragraphe 3, littéra b de la directive (qui ouvre une option aux Etats membres d'exclure les contrats conclus avant le 8 août 2002), ainsi que du fait que lors de la transposition – tardive – de la directive, la législation

nationale applicable a prévu que la « présente loi s'applique aux paiements effectués en exécution des contrats conclus, renouvelés ou prorogés après son entrée en vigueur. Elle s'applique en tous cas aux paiements effectués en exécution des contrats en cours un an après son entrée en vigueur » ?

2. Convient-il, dans l'interprétation des articles 1^{er} et 3 de la directive 2000/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, de mettre en œuvre une réduction téléologique du champ d'application de la directive pour tenir compte du but énoncé au considérant n° 16 de la directive, en ce sens qu'il y a lieu de distinguer entre les retard de paiement de créances qui ne sont pas sérieusement contestables auxquels s'appliquera le taux d'intérêt particulier défini à l'article 3, paragraphe 1^{er}, d, de la directive, et les retards de paiement de créances qui sont sérieusement contestables, et auxquels ne s'applique pas ce taux d'intérêt particulier ?

La société **SOC.1.)** soutient que ni la directive ni la loi du 30 juin 2003 ni celle subséquente du 18 avril 2004 ne font pareille distinction et qu'il conviendrait de s'en tenir à une lecture littérale.

Il n'y a plus lieu d'examiner la question 1. qui a trait à l'application *ratione temporis* de la directive sinon de la loi qui la transpose en droit national au vu des développements faits ci-dessus. Il n'y a pas lieu pour la même raison de prendre en compte la teneur de la loi du 18 avril 2004, étant donné que la solution adoptée par la Cour est tirée de la loi spécifique sur les marchés publics du 30 juin 2003.

Quant à la deuxième question qui tend à voir restreindre le champ d'application des articles 1 et 3 de la directive aux créances non sérieusement contestables, mais non aux créances qui sont sérieusement contestables, il y a lieu de remarquer ce qui suit :

Les articles 135 et 136 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 auxquels renvoie l'ETAT règlent la procédure de paiement à suivre en cas de contestation d'une partie de la facture en ce qu'ils prévoient que le montant reconnu justifié après contrôle de celle-ci se verra augmenter des intérêts moratoires au taux BCE + 7 %. D'après la lecture que la Cour en fait, le passage de l'article 136 selon lequel « *le paiement du montant restant dû sera retardé jusqu'au moment où le litige sera vidé* » est à interpréter en ce sens que les intérêts de retard courront cependant à partir de la date prévue à l'article 134 du règlement, étant encore entendu que le litige dont question est celui qui oppose les parties dans cette phase administrative, mais non pas

un litige porté devant les juridictions. Le renvoi au règlement n'est dès lors pas pertinent.

Même l'ETAT admet que le texte de la directive est clair. La Cour pour sa part admet que le considérant 16 de la directive exprime la volonté claire du législateur communautaire de mettre fin à des pratiques qu'il entend contrecarrer dues aux taux d'intérêts débiteurs peu élevés qui inciteraient les débiteurs récalcitrants à exploiter la lenteur des procédures de recours pour ne pas régler leur dette à temps.

Il n'en reste pas moins que la directive a prévu des délais de paiement uniformes qui s'appliquent à tout débiteur concerné par son champ d'application et qu'elle a pris comme critère le simple retard de paiement, sans prendre en compte les raisons de celui-ci, partant la motivation du débiteur à ne pas s'acquitter de sa dette.

Si partant, dans son considérant 16, la directive tient compte des mauvais payeurs, mais l'étend à tous les débiteurs, qu'ils soient de bonne ou de mauvaise foi, c'est qu'une solution autre que celle adoptée par la directive est difficilement praticable.

La solution proposée par l'ETAT consistant à distinguer les créances sérieusement contestables de celles qui ne le sont pas et partant de restreindre le champ d'application de la directive, sinon des lois l'ayant transposée, voire d'interpréter ces lois à la lumière de la directive selon l'interprétation préconisée par l'ETAT a l'inconvénient majeur qu'elle entraînerait une insécurité juridique au niveau des relations entre les entités concernées, entreprises privées et pouvoirs publics, préjudiciables à la prévisibilité des règles applicables en matière commerciale et de marchés publics, dès lors que les notions de « créance sérieusement contestable » ou non n'est pas autrement définie. Cette définition ne saurait être laissée à l'appréciation des juridictions nationales, et vu qu'il s'agit d'une directive qui doit être interprétée et transposée de façon uniforme dans tous les Etats de l'Union Européenne, elle relève du pouvoir de décision législative.

Il n'y a dès lors pas lieu à saisine de la CJUE des deux questions proposées par l'ETAT.

I. Les demandes de la société **SOC.1.)** contre l'ETAT susceptibles d'être concernées par le taux BCE + 7%

Les demandes de la société **SOC.1.)** susceptibles d'être concernées sont celles analysées sous I. B. et C. et sous II. (demande

portant sur les frais supplémentaires du chef de la prolongation des travaux).

Quant au point de départ du cours des intérêts, la société **SOC.1.)** demande à ce que les créances qu'elle a contre l'ETAT soient productrices des intérêts au taux légal issu de la loi du 22 février 1984 jusqu'au 7 août 2002, puis que soit appliqué le taux BCE + 7%. Etant donné que la date de départ du 8 août 2002 n'a pas été retenue par la Cour et eu égard à la demande subsidiaire de la société **SOC.1.)**, la prise d'effet du taux revendiqué est celle du 1^{er} septembre 2003.

Encore convient-il de préciser la date de départ des intérêts, partant la date de l'exigibilité des factures.

1 La Cour a retenu sub I.B. que le montant du chef des factures 7023 et 7024 portant sur 1.405.556,29 € était dû. L'ETAT ne conteste pas les développements du tribunal relatifs au règlement grand-ducal de 1989, à savoir que les intérêts moratoires courent de plein droit, une fois expiré le délai de paiement de trente jours ouvrables qui a couru à partir de la réception des factures du 19 octobre 2000. Le jugement est à confirmer sur ce point, sauf à dire que jusqu'au 31 août 2003, les intérêts à appliquer sont ceux issus de la loi du 22 février 1984, puis, par application du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, ceux au taux BCE + 7%. L'imputation du paiement dont question au jugement est encore à confirmer.

2 La Cour a retenu sub I.C. que les intérêts légaux ont pris cours de plein droit le 31^{ème} jour ouvrable qui a suivi le 1^{er} avril 2006. Il s'agit des intérêts taux BCE +7%.

3 La demande de la société **SOC.1.)** tendant à se voir allouer la somme de 1.457.535 € du chef de frais supplémentaires résultant de la prolongation du chantier est contestée par l'ETAT et n'est de ce fait pas exigible. Elle ne le sera éventuellement qu'une fois le rapport d'expertise déposé et le montant fixé par la Cour.

4 Il en est forcément de même des demandes de l'ETAT en allocation de la somme de 2.540.819,07 € du chef de défauts ou de mauvaise exécution des travaux réalisés par la société **SOC.1.)** et en allocation de la somme de 2.136.790,09 € réclamée à titre d'indemnités de retard. Ces créances ne sont actuellement pas non plus exigibles pour la même raison que celle exposée sub 4.

Leur régime quant aux intérêts éventuels à appliquer (date, taux) est réservé.

II. La demande de la société **SOC.2.)** dirigée contre la société **SOC.1.)**

La société **SOC.2.)** a interjeté appel incident contre le jugement en ce que le tribunal n'a pas fait droit à sa demande en allocation des intérêts de retard BCE + 7 % ayant porté sur celle en paiement de la somme de 849.351,51 € et celle en paiement des intérêts de retard sur la somme de 266.919,22 € que la société **SOC.1.)** lui a d'ores et déjà payée le 8 décembre 2006.

La société **SOC.1.)** a interjeté appel principal contre le jugement et conclut dans l'acte d'appel à voir condamner l'ETAT à payer directement les montants réduits à la société **SOC.2.)**, en cas d'expertise charger les experts de la vérification du bien-fondé des montants réclamés par l'intimée et finalement lui donner acte de sa demande en garantie dirigée contre elle.

Le premier volet de l'appel principal de la société **SOC.1.)**, non autrement développé, manque de tout fondement légal ou conventionnel. Cette demande est à rejeter.

La Cour a retenu ci-dessus au vu du contenu de la convention du 15 juin 2005 signée entre parties que les parties avaient convenu de « retenir » le montant dû par la société **SOC.1.)** à la société **SOC.2.)** en attendant que soient vidées les éventuelles revendications de l'ETAT, raison pour laquelle le jugement a été réformé en ce qu'il a d'ores et déjà condamné la société **SOC.1.)** à payer à la société **SOC.2.)** la somme de 849.413,68 € et en ce qu'il a rejeté la demande en garantie. Reste encore à toiser la question des intérêts à appliquer sur la somme d'ores et déjà réglée par la société **SOC.1.)** à la société **SOC.2.)**.

L'appel de la société **SOC.1.)** ne porte pas sur la condamnation prononcée à sa charge en paiement des intérêts au taux légal portant sur la somme de 261.919,22 € à partir du jour de la mise en demeure jusqu'à solde. L'appel incident de la société **SOC.2.)** tend à la réformation du jugement en ce que le tribunal ne lui a pas alloué les intérêts BCE + 7%, cette demande formulée dans le dispositif des conclusions valant pour les deux demandes dirigées contre la société **SOC.1.)**.

La société **SOC.1.)** n'a pas contesté le bien-fondé de l'appel incident de la société **SOC.2.)** qui conclut, par réformation, à se voir allouer les intérêts de retard BCE + 7 % sur la somme de 261.919,22

€ à partir de la mise en demeure jusqu'au paiement intervenu le 8 décembre 2006. La Cour n'a pas été renseignée sur la date de la mise en demeure. Le jugement dont appel qui n'a pas intégré l'assignation introductive dans ses qualités ne la précise pas. La date est cependant d'importance eu égard au changement de législation concernant le taux des intérêts de retard. Les parties devront conclure sur ce point. Rien ne les empêche cependant pour le cas où la date est incontestable d'en tirer d'ores et déjà les conclusions juridiques qui s'imposent.

Quant à l'appel incident de l'intimée qui conclut à l'allocation d'intérêts de retard taux BCE + 7% en ce qui concerne le montant de 849.413,68 €, il convient à nouveau de constater que cette demande n'est pas contestée par la société **SOC.1.)**. Il y a cependant lieu de préciser que la date du 1^{er} septembre 2003 retenue par la Cour dans les relations de marché public ayant lié l'ETAT à la société **SOC.1.)** n'est pas applicable entre ces deux entreprises privées et qu'il convient d'appliquer les règles issues de la loi du 18 avril 2004. La Cour renvoie à l'alinéa précédent en ce qui concerne la date de la mise en demeure et à la mesure d'instruction y contenue.

Toutes les autres demandes non toisées par l'arrêt sont réservées en attendant le résultat de la mesure d'expertise à ordonner.

La société anonyme **SOC.1.)** s'appelle depuis octobre 2014 *formart anc. SOC.1.)*. La Cour en tient compte dans les qualités et au dispositif de l'arrêt. Elle a cependant préféré pour des raisons de lisibilité de s'en tenir dans la motivation de l'arrêt à l'ancienne dénomination sociale.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit les appels principal et incident,

les dit partiellement fondés,

réformant :

quant au litige formart anc. SOC.1.)- ETAT

dit non fondée au stade actuel de la procédure la demande de la société anonyme formart anc. **SOC.1.)** contre l'ETAT du Grand-Duché de Luxembourg à lui payer la somme de 2.345.072,74 €,

condamne l'ETAT du Grand-Duché de Luxembourg à payer à la société anonyme formart anc. **SOC.1.)** la somme de 1.405.556, 29 € avec les intérêts de retard à partir du 31^{ème} jour ouvrable qui suit la date du 19 octobre 2000, à savoir jusqu'au 31 août 2003 avec les intérêts au taux légal issu de la loi du 22 février 1984, puis au taux prévu par les articles 123 et 134 des règlements grand-ducaux successifs du 7 juillet 2003 et du 3 août 2009 pour la période couverte par ceux-ci jusqu'à solde, compte tenu du montant déjà réglé et l'imputation telle que décidée par le tribunal,

condamne l'ETAT du Grand-Duché de Luxembourg à payer à la société anonyme formart anc. **SOC.1.)** les intérêts de retard au taux prévu par les articles 123 et 134 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 à partir du 31^{ème} jour ouvrable qui suit la date du 1^{er} avril 2006 jusqu'au 14 août 2006,

*quant à la demande de la société anonyme formart anc. **SOC.1.)** en allocation de la somme de 1.457.535 € du chef de frais supplémentaires résultant de la prolongation du chantier et quant aux demandes de l'ETAT du Grand-Duché de Luxembourg en paiement de la somme de 2.136.790,09 € au titre d'indemnités de retard et de la somme de 2.540.819,07 € du chef de défauts ou de mauvaise exécution :*

fixe au 12 octobre 2000 la date à laquelle les travaux exécutés par la société anonyme formart anc. **SOC.1.)** auraient dû être terminés,

dit que les intérêts de retard ont vocation à s'appliquer à partir du 11 novembre 2000,

dit que la date de la fin des travaux est celle du 20 février 2002,

constate que l'ETAT du Grand-Duché de Luxembourg fonde ses revendications tirées de défauts, vices ou non conformités affectant les travaux sur le rapport **A.)** du 30 avril 2003,

fait droit aux mesures d'expertise sollicitées,

nomme expert Bertrand Schmit, architecte, avec adresse professionnelle à L-1123 Luxembourg, 9b, Plateau Altmünster,

avec la mission de concilier les parties si faire se peut, sinon dans un rapport écrit, sur base des dates et documents mentionnés ci-dessus

*1. de déterminer les causes ayant mené au retard pris dans la finition des travaux et de savoir à qui elles sont imputables, à savoir au maître de l'ouvrage et/ou aux prestataires de services liés à ce dernier, à la société anonyme formart anc. **SOC.1.)** adjudicataire des travaux du lot 1 ou à d'autres corps de métier non liés contractuellement à l'adjudicataire, pris isolément ou conjointement,*

*2. de se prononcer sur les frais qui ont dû être supportés par la société anonyme formart anc. **SOC.1.)** du chef de la prolongation du délai de finition des travaux,*

*3. de se prononcer sur la qualité des travaux exécutés par la société anonyme formart anc. **SOC.1.)** et notamment de dire si ces travaux ont été effectués selon les règles de l'art et selon le cahier des charges,*

4. pour le cas où tel ne devait pas être le cas, déterminer les moyens d'y remédier et les coûts en découlant, sinon de fixer la moins-value affectant les ouvrages concernés,

ordonne à chaque partie de consigner la provision de 8.000 € (4.000 € pour chaque partie) auprès de la Caisse de Consignation au plus tard pour le 1^{er} octobre 2016 et d'en justifier au greffe de la Cour, sous peine de poursuite de l'instance selon les dispositions de l'article 468 du nouveau code de procédure civile,

dit que l'expert déposera son rapport au greffe de la quatrième chambre de la Cour au plus tard le 1^{er} février 2017,

dit qu'il devra en toutes circonstances informer le magistrat chargé de la surveillance de l'expertise de l'état de ses opérations et des difficultés qu'il pourra rencontrer,

dit que si les frais et honoraires de l'expert devaient dépasser le montant de la provision versée, il devra en avertir ledit magistrat et ne continuer les opérations qu'après paiement ou consignation d'une provision supplémentaire,

dit que dans l'accomplissement de sa mission, l'expert pourra s'entourer de tous renseignements utiles et nécessaires et même entendre de tierces personnes, et au besoin s'adjoindre les services d'un tiers,

charge Monsieur le président de chambre Roger LINDEN du contrôle de cette mesure d'instruction,

quant au litige **SOC.2.)- formart anc. SOC.1.)**

dit que les parties ont convenu de retenir la somme de 849.413,68€ en attendant que soient vidées les revendications de l'ETAT du Grand-Duché de Luxembourg liées à l'exécution des travaux effectués par la société anonyme **SOC.2.)** pour le compte de la société anonyme formart anc. **SOC.1.)**,

sursoit à la demande de la société anonyme **SOC.2.)** en condamnation de la société anonyme formart anc. **SOC.1.)** à lui payer le montant de 849.413,68 € et à la demande en garantie présentée par la société anonyme formart anc. **SOC.1.)** contre la société anonyme **SOC.2.)**,

invite les parties à préciser la date des mises en demeure et son incidence sur les éventuels intérêts de retard à allouer,

dit qu'en ce qui concerne les intérêts de retard redus sur la somme de 261.919,22 €, les parties sont invitées à régler leur différend, sinon à se conformer à l'alinéa précédent,

réserve les autres demandes de toutes les parties et les frais,

renvoie le dossier devant le magistrat de la mise en état.