

Arrêt civil

Audience publique du 19 novembre deux mille quatorze

Numéro 39655 du rôle.

Composition:

Marie-Anne STEFFEN, président de chambre;
Pierre CALMES, premier conseiller;
Marie-Laure MEYER, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, représenté par son Ministre d'Etat, dont les bureaux sont établis à L-2910 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation, et pour autant que de besoin par le Ministre du Développement Durable et des Infrastructures, dont les bureaux sont établis à L-2450 Luxembourg, 4, Place de l'Europe,

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Patrick MULLER, en remplacement de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg en date du 25 février 2013,

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

e t :

la société anonyme ENTREPRISE GENERALE DE CONSTRUCTION H),

intimée aux fins du susdit exploit MULLER du 25 février 2013,

comparant par Maître Victor ELVINGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Dans le cadre d'une adjudication publique, soumise au régime de la loi du 4 avril 1974, concernant le régime de marchés publics de travaux et de fournitures, la société anonyme Entreprise Générale de Construction H) SA (ci-après H) SA) s'est vu confier la réalisation du Centre National Sportif et Culturel à Luxembourg-Kirchberg. L'ETAT ayant refusé de régler des coûts supplémentaires mis en compte par H) SA, des experts chargés de vérifier le bien-fondé des prétentions de la demanderesse furent désignés par lettres collectives des 28 février 2001 et 21 janvier 2003. Dans leur rapport, les experts retiennent que H) SA pouvait prétendre à un montant de 161.580.249.- francs hors TVA, soit 185.817.286.- francs TVA comprise (arrondis à 4.610.000.- €). Le 14 août 2006, l'ETAT paye un montant total de 5.803.365,27.- €, soit 4.610.000.- € en principal et 1.193.365,27.- € à titre d'intérêts calculés au taux fixé par règlement grand-ducal et ce sur le montant principal hors TVA.

Estimant que le taux légal (tel que prévu par la loi du 22 février 1984 relative au taux de l'intérêt légal) n'était applicable que jusqu'au 8 août 2002, date pour laquelle 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 devait être transposée, qu'à partir de cette date elle peut prétendre au taux directeur de la Banque Centrale Européenne majoré de la marge (i.e. taux BCE + 7%) et que les intérêts sont de toute façon dus sur le montant TVA comprise, H) SA a par exploit d'huissier du 2 octobre 2007 assigné l'ETAT pour voir toiser les questions du calcul des intérêts et de leur taux.

Par jugement du 12 décembre 2012, le tribunal a dit que :

- jusqu'au 31 août 2003 H) SA peut prétendre aux intérêts tels qu'ils ont été fixés par les règlements grand-ducaux successifs pris sous l'empire de la loi du 22 février 1984 sur le montant de 4.610.000.- € (correspondant au principal TVA comprise),

- à partir du 1er septembre 2003 (date d'entrée en vigueur du règlement grand ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur

les marchés publics) elle a droit aux intérêts au taux directeur de la Banque Centrale Européenne majoré de la marge sur le même montant,

- sur le montant de 4.398.311,78 € les intérêts sont dus à partir du 29 juillet 2000 et que sur la somme de 211.688,22.- € ils le sont à partir du 1er janvier 2002,

- le paiement de 5.803.365,27 € que l'ETAT a fait en date du 14 août 2006 est à imputer d'abord sur les intérêts.

Pour le surplus, le tribunal a nommé un expert calculeur afin de déterminer, conformément aux principes ci-avant énoncés, le solde de la créance dont H) SA dispose encore à l'encontre de l'ETAT sur base du rapport d'expertise du 17 mars 2003.

Par exploit du 25 février 2013, l'ETAT a régulièrement interjeté appel contre le jugement du 12 décembre 2012 qui lui avait été signifié en date du 16 janvier 2013. Il conclut à voir :

- réformer le jugement entrepris,

- dire que la seule somme productive d'intérêts est la somme de 4.008.696.- euros due à H) SA en principal, mais hors taxes, et non la somme correspondant à la TVA,

- dire que le taux d'intérêt est, même postérieurement au 1^{er} septembre 2003, le taux d'intérêt légal de droit commun, à l'exclusion du taux spécial (BCE majoré de la marge).

H) SA a interjeté appel incident et donne à considérer que les premiers juges ont à tort retenu que le taux BCE + 7% ne s'applique qu'à partir du 1^{er} septembre 2003. Elle affirme que le taux BCE + 7% aurait dû s'appliquer dès le 8 août 2002 sur base de l'effet direct de la directive 2000/35/CE. Elle soutient que le traitement lui réservé par l'ETAT serait tout à fait exceptionnel alors que pour d'autres corps de métier intervenus sur ce même chantier, le taux prévu par la directive précitée était appliqué aux montants TTC.

1. Quant à l'assiette de calcul des intérêts de retard

Selon l'ETAT, les intérêts doivent être calculés sur le montant principal HTVA alors que l'avance de la TVA n'équivaut pas à une prise en charge définitive. La réglementation fiscale permet la régularisation de la taxe due et la rend même obligatoire au bout de deux ans. Dans son acte d'appel, l'ETAT indique que H) SA était légalement obligée d'opérer la régularisation de la taxe due et qu'elle n'a certainement pas hésité à réclamer la restitution à l'administration de l'enregistrement.

L'ETAT estime qu'il n'y a donc aucune raison de faire courir les intérêts sur un montant « *qui avait été remboursé à H)* ». Il se base sur les dispositions de l'article 3 du règlement grand-ducal du 21 décembre 1979 (pris sur base de l'alinéa 3 de l'article 33 de la loi sur la TVA) qui permet au fournisseur (donc à H) SA) de régulariser la taxe qu'il a facturé au preneur, dans la mesure où il peut être raisonnablement admis que le preneur ne paiera pas ou ne paiera pas intégralement le montant facturé. L'ETAT affirme que « *nous nous trouvons, en l'espèce, dans une situation de ce type, l'Etat ayant contesté dès avant l'introduction de la demande en justice l'exigibilité de la TVA sur le montant en question* ».

H) SA par contre estime que la TVA faisant partie de la créance et que l'entreprise qui l'a facturée devant la décaisser au profit de l'ETAT, il y aurait lieu d'appliquer les intérêts de retard également sur la TVA. A l'appui de ce raisonnement, elle cite l'article 5 du décret français 2002-232 du 21 février 2002, pris en exécution de la directive 2000/35/CE, aux termes duquel « *les intérêts moratoires appliqués aux acomptes et au solde sont calculés sur le montant total de l'acompte ou du solde toutes taxes comprises* » et elle invoque la jurisprudence du Conseil d'Etat français relative à l'article 353 du code des marchés publics français selon laquelle l'assiette des intérêts moratoires est constituée par une créance TVA incluse.

La société H) SA rappelle qu'elle fait partie d'un groupe coté en bourse, que ses comptes sont annuellement révisés par un réviseur agréé (la sàrl Deloitte Audit) et qu'elle respecte ses obligations vis-à-vis de l'ETAT relatives à l'exigibilité de la TVA. H) SA souligne que le seul fait de s'être vu attribuer des travaux dans le cadre d'un marché public, établit qu'elle a dû être en règle avec ses obligations en matière de TVA.

H) SA fait valoir que l'ETAT - qui a invoqué le règlement grand-ducal du 21 décembre 1979 pris sur base de l'alinéa 3 de l'article 33 de la loi TVA pour affirmer que H) SA aurait eu l'obligation d'opérer la régularisation de la taxe due (page 2 de l'acte d'appel) - s'est trompé alors que cette affirmation est basée sur l'alinéa 2 de l'article 3 et qu'elle vise non pas le fournisseur mais le preneur qui a déduit la taxe en amont.

La Cour relève d'abord que ni le décret du 21 février 2002, ni la jurisprudence du Conseil d'Etat français n'ont vocation à s'appliquer au présent litige.

Conformément à l'article 23 de la loi modifiée du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée, la taxe devient exigible au moment où le fait générateur de la taxe a lieu et lorsqu'il y a, comme en l'espèce, obligation de délivrer une facture, la taxe devient exigible :

a. le 15 du mois suivant celui au cours duquel est intervenu le fait générateur,

b. lors de la délivrance de la facture, lorsqu'elle a été délivrée avant la date prévue au point a) ci-avant.

En application de l'article 63.1 de la loi précitée sur la TVA, l'assujetti doit verser à l'ETAT avant le quinzième jour de chaque mois le montant de la taxe sur la valeur ajoutée qui est devenue exigible dans son chef au cours du mois précédent. Cette obligation incombe à l'assujetti indépendamment du fait de savoir si la facture a été payée par le débiteur ou non.

L'ETAT ne conteste pas que H) SA s'est conformée à cette obligation.

Il est établi que H) SA a émis deux factures en date des 26 mai 2000 (facture n° 1903) et 28 novembre 2003 (facture n° 03/447-3128) réclamant le paiement de montants principaux, TVA de 15% comprise. La TVA afférente est devenue exigible à ces dates.

L'ETAT affirme que H) SA aurait eu l'obligation, sinon la possibilité d'opérer la régularisation de la TVA due.

L'article 33 de la loi modifiée du 12 février 1979 prévoit la possibilité de régularisations et dispose dans son alinéa 3 qu'un « *règlement grand-ducal arrêtera des dispositions particulières concernant les régularisations de la base d'imposition à opérer dans le cas où, pour quelque cause que ce soit, le montant facturé ou convenu à titre de rémunération ne correspond pas à la rémunération effectivement encaissée ou versée* ».

Ce règlement grand ducal du 21 décembre 1979 dispose dans son article 3 que « *Lorsqu'il peut être raisonnablement admis que le preneur, assujetti ou non, ne paiera pas ou ne paiera pas intégralement le montant facturé pour une livraison de biens ou une prestation de services soumise à la taxe, le fournisseur est autorisé à opérer la régularisation de la taxe due.*

En tout cas si, dans un délai de deux ans à partir de l'exigibilité de la taxe, le preneur assujetti n'a pas encore payé ou a payé en partie seulement

à son fournisseur assujetti le montant facturé, il doit procéder à une régularisation de la taxe en amont déduite, dans la mesure où le montant facturé est resté impayé.

Cependant, lorsque le montant resté impayé fait l'objet d'un paiement ou d'un encaissement ultérieur, une nouvelle rectification respectivement de la taxe due et de la taxe en amont déductible doit intervenir ».

L'ETAT ne maintient plus son moyen basé sur le deuxième alinéa de l'article précité (régularisation obligatoire) alors que H) SA a su valablement exposer que ce texte n'est pas applicable à H) SA alors qu'il n'impose pas de régularisation obligatoire à l'assujetti qui a émis la facture.

H) SA n'avait donc aucune obligation de régulariser la taxe payée par elle.

L'ETAT maintient son moyen que H) SA aurait pu procéder à la régularisation. Il fait valoir que les parties se seraient trouvées dans la situation visée par l'article 3 du règlement précité (cas où il peut être admis que « le preneur ne paiera pas ou ne paiera pas intégralement le montant facturé ») alors que l'ETAT aurait contesté dès avant l'introduction de la demande, l'exigibilité de la TVA.

Ce moyen, qui est contraire aux faits, ne saurait être admis. L'ETAT n'a, au vu des pièces soumises à la Cour, jamais contesté que la TVA soit mise en compte sur les factures émises par H) SA ; il a uniquement contesté qu'elle fasse partie de l'assiette de calcul des intérêts de retard. Le fournisseur (H) SA) n'avait donc aucune raison d'admettre que son client (l'ETAT) ne paiera pas ou pas intégralement la TVA.

Il ressort des développements ci-dessus que l'entrepreneur qui dresse une facture devra verser mensuellement à l'ETAT, avant le quinzième jour de chaque mois le montant de la TVA, qui est devenue exigible dans son chef au cours du mois précédent, indépendamment du fait de savoir si la facture a été payée par le débiteur ou non. L'entrepreneur doit donc avancer le montant correspondant à la TVA. Comme H) SA a dû avancer la TVA pour le compte de son cocontractant, elle a subi une perte de ce chef et par voie de conséquence il convient de retenir que les intérêts de retard qui lui reviennent sont à calculer sur le montant principal TVA comprise.

C'est donc à bon droit que les juges de première instance ont décidé que les intérêts de retard dus à H) SA sont à calculer sur le montant principal, TVA comprise.

Il y a lieu de confirmer le jugement entrepris sur ce point.

A titre surabondant, et comme la charge de la preuve n'incombe pas à H) SA, il n'y a pas lieu de faire droit à son offre de preuve, formulée à titre subsidiaire, tendant à établir qu'elle n'a pas demandé à l'ETAT le remboursement de la TVA. A ce sujet, il convient de rappeler à l'ETAT que contrairement à ses affirmations, le secret fiscal, ancré dans la Abgabenordnung, n'est pas applicable en matière de TVA.

2. Quant au taux des intérêts de retard

L'ETAT affirme que c'est à tort que les premiers juges ont décidé qu'à partir du 1^{er} septembre 2003, H) SA a droit aux intérêts au taux BCE + 7%. Il donne à considérer que les contrats sont soumis à la loi en vigueur au moment de leur conclusion (en application de l'article 2 du code civil) et que pour les marchés publics, ceux-ci continuent d'être régis par la loi en vigueur au moment de l'avis d'adjudication. Ce principe ne pourrait être mis hors jeu, de surcroît par un texte réglementaire hiérarchiquement inférieur aux principes ayant valeur législative.

La loi du 18 avril 2004, applicable aux marchés publics, contient des dispositions transitoires d'après lesquelles elle n'est pas applicable aux contrats conclus antérieurement à son entrée en vigueur.

L'ETAT conclut donc que le taux « BCE + marge » n'est pas applicable aux contrats conclus antérieurement à la transposition de la directive.

H) SA, qui a interjeté appel incident, invoque l'effet direct de la directive 2000/35/CEE qui a prévu pour les retards de paiement dans les transactions commerciales un taux d'intérêt correspondant au taux BCE + 7%. D'après H) SA les particuliers ont la possibilité d'invoquer les dispositions d'une directive lorsque ses dispositions apparaissent comme étant, du point de vue de leur contenu, inconditionnellement et suffisamment précises (cf. arrêt CJUE n°51/76 du 1er février 1977 « Verbond van Nederlandse Ondernemingen » et arrêt CJCE n°148/78 du 5 avril 1979 « Ratti »).

L'appelante sur incident affirme que cette directive, qui aurait dû être transposée avant le 8 août 2002, s'applique en principe aux contrats en cours mais que les Etats ont la possibilité d'exclure, lors de la transposition, les contrats conclus avant le 8 août 2002.

Elle demande à la Cour d'appliquer le taux BCE + 7% à partir du 8 août 2002 et d'appliquer antérieurement à cette date le taux d'intérêt légal fixé sur base de la loi du 22 février 1984.

H) SA soutient que la loi du 18 avril 2004 ne serait pas applicable en l'espèce mais qu'il y aurait lieu d'appliquer la « législation spéciale » applicable aux marchés publics soit la loi du 3 juin 2003 ainsi que la loi du 25 juin 2009 et leurs règlements d'exécution.

Selon H) SA, les taux suivants seraient applicables pour les périodes suivantes :

- jusqu'au 8 août 2002 (date limite de transposition de la directive) application du taux légal fixé suivant la loi du 22 février 1984,

- du 8 août 2002 au 1^{er} septembre 2003 (date d'entrée en vigueur du règlement du 7 juillet 2003) effet direct de la directive taux BCE + 7%,

- à partir du 1^{er} septembre 2003 : application des articles 123 et 124 du règlement grand ducal du 7 juillet 2003, et

- à partir du 15 août 2009 : application des articles 123 et 124 du règlement grand ducal du 3 août 2009.

a. quant à l'effet direct de la directive 2000/35/CE

La directive 2000/35/CE du 29 juin 2000 a prévu dans les transactions commerciales l'application d'un taux d'intérêt pour retard de paiement correspondant au taux d'intérêt de la principale facilité de refinancement appliquée par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement principal la plus récente effectuée avant le premier jour de calendrier du semestre en question, majoré d'un minimum de sept points (taux BCE + 7%).

Suivant son article 6(1) la directive aurait dû être transposée avant le 8 août 2002. Elle n'a été transposée en droit luxembourgeois que par :

- le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics, entré en vigueur le 1^{er} septembre 2003,

- la loi du 18 avril 2004 publiée au Mémorial A n° 66 du 6 mai 2004.

H) SA fait valoir que la directive, transposée tardivement en droit luxembourgeois, aurait eu un effet direct à la date à laquelle elle aurait dû être transposée. Elle se base sur l'article 288 alinéa 3 TFUE (ancien article 249 alinéa 3 TCE) et invoque l'arrêt *Verbond van Nederlandse Ondernemingen* de la CJUE du 1^{er} février 1977 et l'arrêt *RATTI* de la CJCE du 5 avril 1979. Elle conclut qu'il y a lieu d'appliquer le taux d'intérêts BCE + 7% à partir du 8 août 2002 et demande la réformation du jugement sur ce point.

Il y a lieu de rappeler que l'article 4 de la lettre collective du 28 février 2001 stipule que « *La somme éventuellement retenue par l'expert est passible de l'intérêt légal à compter de 45 jours ouvrables à compter de la présentation de la facture N° 1903 en date du 26 mai 2000* ».

L'article 4 de la lettre collective du 21 janvier 2003 indique que « *La somme éventuellement retenue par l'expert est passible de l'intérêt légal dû à partir du 1er janvier 2002* ».

Au moment de la rédaction de ces deux lettres collectives, l'intérêt légal au Luxembourg était réglementé par la loi du 22 février 1984 qui prévoyait que le taux de l'intérêt légal est fixé par règlement grand-ducal.

La loi du 22 février 1984 a été abrogée par la loi du 18 avril 2004 portant notamment transposition 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.

Par ailleurs, les parties déclarent que la directive a déjà été partiellement transposée en droit luxembourgeois par la loi du 30 juin 2003 et son règlement d'exécution du 7 juillet 2003 qui fixe le taux pour les intérêts de retard en matière de marchés publics également au taux BCE + 7%. Depuis l'entrée en vigueur en date du 1^{er} septembre 2003 de ces deux derniers textes, deux taux d'intérêt existent à savoir celui applicable en matière de marchés publics (et depuis l'entrée en vigueur de la loi de 2004 celui applicable aux transactions commerciales) et celui applicable à tous les autres contrats.

La directive 2000/35/CE dispose qu'elle entre en vigueur le jour de sa publication au Journal officiel des Communautés européennes soit le 8 août 2000.

Aux termes de son article 6, « 1. *Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive avant le 8 août 2002. Ils en informent immédiatement la Commission.*

Lorsque les États membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres.

2. *Les États membres peuvent maintenir ou adopter des dispositions plus favorables au créancier que celles nécessaires pour se conformer à la présente directive.*

3. *Lors de la transposition de la présente directive, les États membres peuvent exclure:*

a) *les créances qui sont soumises à une procédure d'insolvabilité à l'encontre du créancier,*

b) *les contrats qui ont été conclus avant 8 août 2002 et*

c) *les demandes d'intérêts d'un montant inférieur à cinq euros.*

4. *Les États membres communiquent à la Commission le texte des principales dispositions de droit national qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive.*

5. *Deux ans après le 8 août 2002, la Commission procède à un examen, entre autres, du taux légal, des délais contractuels de paiement et des retards de paiement, pour évaluer les incidences sur les transactions commerciales et les effets de la législation dans la pratique. Les résultats de cet examen et des autres examens auxquels il sera procédé seront communiqués au Parlement européen et au Conseil, assortis au besoin de propositions visant à améliorer la présente directive ».*

L'ÉTAT n'a pas transposé la directive endéans le délai. Il soutient qu'au moment de la signature des deux lettres collectives, la directive 2000/35/CE était en vigueur depuis le 8 août 2000 (article 7) et qu'en faisant référence à l'intérêt légal (qui n'aurait pu qu'être celui de droit commun), les parties ont voulu exclure le taux d'intérêt fixé par la directive.

H) SA conclut au rejet de ce moyen et fait valoir que même si les lettres collectives mentionnent le « taux légal » sans autre précision, cela ne veut pas dire qu'elle ne puisse plus se prévaloir de l'effet direct de la directive.

Les directives européennes sont des normes européennes de droit dérivé définies par l'article 288 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne : "*La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens.*"

La question centrale relative aux directives touche à leur invocabilité devant les juges nationaux respectivement à leur effet direct. Or, dans sa jurisprudence Van Duyn du 4 décembre 1974, la CJCE a estimé que les directives avaient un effet direct dans les ordres juridiques nationaux. Cet effet semble désormais soumis à deux conditions: il faut que le délai de

transposition soit expiré et que les dispositions invoquées de la directive soient précises et inconditionnelles.

Il est établi que tel est le cas en l'espèce et que par ailleurs, il est juridiquement injustifiable pour l'ETAT de se prévaloir du non accomplissement par lui-même de ses obligations de transposition pour soutenir que les dispositions de la directive (et donc le taux y prévu) ne sont pas applicables.

Toutefois, au vu du libellé des deux lettres collectives, rédigées postérieurement à l'entrée en vigueur de la directive, il y a lieu d'appliquer le « taux légal ». Les parties n'ont pu faire référence qu'au taux légal fixé conformément à la loi de 1984 et non pas au taux BCE + 7%. A défaut de précision, dans les deux lettres collectives, que le taux BCE + 7% serait applicable et au vu de l'absence de référence expresse à la directive, la partie H) SA ne peut actuellement pas faire admettre le contraire.

Le libellé des deux lettres collectives qui est clair et non ambigu ne saurait être interprété autrement.

C'est donc à bon droit et pour des motifs que la Cour adopte que les premiers juges ont décidé que l'intérêt légal visé par les parties aux articles 4 des deux lettres collectives ne pouvait être que celui fixé par les règlements grand-ducaux successifs pris sur base de la loi du 22 février 1984.

Les appels, tant principal qu'incident, ne sont pas donc fondés.

b. quant au sort des contrats en cours

L'ETAT fait valoir dans son acte d'appel, que le marché public liant les parties reste soumis à la loi en vigueur au moment de l'avis d'adjudication.

H) SA conteste cette affirmation et fait valoir que l'ETAT ne peut prétendre à aucun droit acquis à l'application du taux d'intérêt prévu par la loi du 22 février 1984 à ses propres retards de paiement alors qu'il s'agirait en l'espèce d'appliquer une nouvelle règle en matière de calcul des intérêts légaux sur des retards de paiement en cours.

Il convient d'analyser dans un ordre chronologique les différentes lois, postérieures à celle du 22 février 1984 relative au taux de l'intérêt légal, susceptibles de trouver application en l'espèce.

- la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics

Cette loi, qui est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2003, a abrogé la loi modifiée du 4 avril 1974 concernant le régime de marchés publics de travaux et de fournitures, applicable à l'adjudication publique à H) SA.

Les deux parties au litige déclarent que cette loi, qui prévoit dans son règlement d'exécution que le taux des intérêts de retard est fixé au taux BCE + 7%, a partiellement transposé en droit luxembourgeois la directive 2000/35/CE.

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi et de son règlement en date du 1^{er} septembre 2003, il n'existait qu'un seul taux d'intérêt légal au Luxembourg conformément à la loi du 22 février 1984. Depuis lors, deux taux d'intérêt différents coexistent et le taux des intérêts moratoires dus à l'adjudicataire est fixé au « *taux de la principale facilité de refinancement appliquée par la BCE à son opération de refinancement principal la plus récente effectuée avant le premier jour de calendrier du semestre en question (taux directeur) majoré de sept points pour cent* ».

Selon H) SA il y aurait lieu d'appliquer « la loi nouvelle » dès son entrée en vigueur aux retards de paiements dans le chef du maître de l'ouvrage, « *de sorte que les articles 123 et 124 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 trouvent application dès ... (le) 1^{er} septembre 2003* », respectivement les articles 123 et 124 du règlement grand ducal du 3 août 2009 depuis l'entrée en vigueur de la loi du 25 juin 2009 et de son règlement d'exécution du 3 août 2009.

Elle affirme que ni la loi, ni son règlement d'exécution n'ont exclu de leur champ d'application les contrats en cours.

Selon l'ETAT, il y aurait lieu d'appliquer la loi du 22 février 1984 alors que la loi du 3 juin 2003 ne s'est pas prononcée sur le sort des contrats en cours.

En principe la loi ancienne cesse ses effets à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Or, en réalité la situation est beaucoup plus complexe, un changement de législation pouvant entraîner des interférences entre la législation nouvelle et la législation ancienne. Assez souvent le législateur, prévoyant lui-même les problèmes soulevés par cette transition, entreprend de résoudre ad hoc les problèmes transitoires par l'insertion de dispositions transitoires dans les clauses finales de la loi nouvelle.

La loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics ne contient pas de telles dispositions transitoires, son article 101 disposant simplement que la loi du

4 avril 1974, concernant le régime des marchés publics de travaux et de fournitures, est abrogée tandis que l'article 102 fixe l'entrée en vigueur au 1er septembre 2003.

Il convient dès lors de se référer aux deux grands principes qui régissent la solution du problème, soit, d'une part, le principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle et, d'autre part, celui de sa non-rétroactivité.

Le principe de l'effet immédiat tend à assurer à la fois l'efficacité de la loi nouvelle (considérée comme étant la plus adaptée aux conditions et aux besoins du moment) et l'unité de législation à un moment donné (en effet, la survivance de la loi ancienne entraîne une dualité de législation).

Le principe de non-rétroactivité répond à une préoccupation de sécurité juridique. Ce principe est une garantie donnée aux situations juridiques valablement acquises et consolidées sous la loi ancienne et répond, en ce sens, à un besoin de paix et de stabilité sociale (cf. Introduction à la science du droit, Pierre PESCATORE, page 315).

L'article 2 du code civil, en ce qu'il dispose que « la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif », met l'accent sur le principe de non-rétroactivité pour l'application des règles juridiques.

Etant insérée au Titre préliminaire du code civil qui a une portée générale, la règle de non-rétroactivité vaut pour tous les domaines du droit, y compris le droit administratif, économique et social (ibidem, page 317).

L'application de la règle de l'article 2 du code civil, simple et claire en apparence, donne néanmoins lieu à de grandes difficultés en pratique et on peut constater dans ce domaine une certaine discordance entre la jurisprudence et la doctrine.

La jurisprudence, ancienne et bien assise, distingue en ce qui concerne l'effet de la loi nouvelle entre les droits acquis et ce qu'elle appelle les simples expectatives. La loi ne modifie pas les droits acquis sous le régime de la loi ancienne ; en d'autres mots, reporter la loi nouvelle à des situations juridiques pleinement formées sous l'empire de la loi ancienne, ce serait lui faire produire un effet rétroactif. Au contraire, la loi nouvelle se substitue à la loi ancienne pour autant qu'il ne s'agisse que de simples expectatives. La Cour de cassation française chambres réunies, a exprimé cette thèse dans les termes suivants en son arrêt du 13 janvier 1932 (D.P. 1932, I. 18) : « Toute nouvelle loi s'applique même aux situations établies ou aux rapports juridiques formés dès avant sa promulgation, à moins qu'il n'en résulte la lésion de droits acquis ».

La solution doctrinale consiste à faire une distinction entre l'acquisition des droits (ou, plus largement, la formation de situations juridiques) et les effets successifs d'un rapport de droit antérieurement formé. L'acquisition d'un droit ou la création d'une situation juridique (que ce soit par l'effet d'un fait ou d'un acte 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 (ibidem , pages 317 à 318).

Il découle de l'ensemble des développements qui précèdent que, répondant à une préoccupation de sécurité juridique et à un besoin de paix et de stabilité sociale, la règle de la non-rétroactivité interdit de reporter la loi nouvelle en arrière et de l'appliquer à la création de situations juridiques établies - que ce soit par l'effet d'actes juridiques ou de faits juridiques - sous l'empire de la loi ancienne.

Il y a donc lieu d'examiner s'il y a lieu à application de l'ancienne loi du 22 février 1984 relative au taux d'intérêt légal ou de la loi nouvelle du 30 juin 2003 et de son règlement d'exécution du 7 juillet 2003 qui fixe dans ses articles 123 et 124 le taux des intérêts de retard au taux BCE + 7%.

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.

A défaut d'une telle exclusion, dans la loi de 2003, qui selon les parties transpose 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 titre surabondant, il faut noter que l'ETAT n'a pas un droit acquis à voir appliquer le taux prévu par la loi de 1984, qui est un taux largement inférieur au taux BCE + 7%. Il ressort des considérants de la directive que « de lourdes charges administratives et financières pèsent sur les entreprises, en particulier petites et moyennes, en raison des délais de paiement excessifs et des retards de paiement. En outre, ces problèmes constituent l'une des principales causes d'insolvabilité menaçant la survie des entreprises et ils entraînent de nombreuses pertes d'emplois ». C'est partant dans un objectif de lutte contre les retards de paiement dans les transactions commerciales que la directive a fixé le taux des intérêts de retard au taux BCE + 7%. Elle a précisé que « 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 ». Accorder à l'ETAT un droit acquis à continuer à « bénéficier » du faible taux fixé en application de la loi de 1984 reviendrait à contrecarrer le but et l'esprit tant de la directive que de la loi de 2003.

Il y a partant lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a retenu qu'à partir du 1er septembre 2003, H) SA a droit aux intérêts au taux directeur de la BCE majoré de la marge de 7%.

Il y a lieu de rejeter comme dépourvu de tout fondement le moyen de l'ETAT basé sur le fait qu'un règlement (celui du 7 juillet 2003) ne saurait prévaloir sur une loi (celle du 18 avril 2004) cf. conclusions de l'ETAT du 14 janvier 2014 p. 6.

Le règlement d'exécution du 7 juillet 2003 a été pris en application des mesures d'habilitation inscrites à l'article 20 (2) de la loi du 30 juin 2003 et ce règlement peut donc valablement fixer le taux d'intérêt de retard en matière de marchés publics au taux BCE + 7%. Il n'existe donc en l'espèce aucune dérogation prohibée par un règlement à une loi (postérieure).

Finalement, il échet de noter que la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics est une loi spéciale qui reste applicable au cas d'espèce malgré l'entrée en vigueur de la loi postérieure du 18 avril 2004, qui est une loi générale.

- la loi du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard (portant transposition de la directive 2000/35/CE)

H) SA soutient que cette loi ne s'applique pas, en application de l'adage *lex specialis derogat legi generali*, aux contrats relevant des marchés publics ; ceux-ci étant soumis aux dispositions spéciales relatives aux intérêts de retard prévues par la loi du 30 juin 2003 et par les articles 123 et 124 du règlement grand ducal du 7 juillet 2003 (actuellement les articles 123 et 124 du règlement grand ducal du 3 août 2009).

Il ressort des développements ci-dessus que la loi spéciale de 2003 reste applicable aux relations des parties jusqu'à son abrogation par la loi du 25 juin 2009 (et son règlement d'exécution du 3 août 2009). Il convient toutefois de noter dès l'ingrès que les articles 123 et 124 de ces deux règlements d'exécution sont identiques en ce qu'ils retiennent un taux BCE + 7%.

Au vu de ce qui précède, les développements des parties quant à loi du 18 avril 2004 ne sont pas concluants, alors que cette loi n'est pas applicable au litige et que pour le surplus elle fixe également le taux d'intérêt de retard au taux BCE + 7%. Comme ce taux est applicable en l'espèce dès le 1er septembre 2003, il est à la limite sans pertinence d'examiner s'il l'est en application de la loi de 2003 ou de celle de 2004.

La loi du 18 avril 2004 (entrée en vigueur le 10 mai 2004) portant transposition de la directive, dispose dans son article 18 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 ».

La violation de l'article 18 de la loi de 2004 par les premiers juges, invoquée par l'ETAT laisse d'être établie.

3. Quant au point de départ des intérêts

C'est finalement à bon droit que les premiers juges ont décidé, sur base des lettres collectives des 28 février 2001 et 21 janvier 2003 fixant le point des départ des intérêts et du fait que l'ETAT n'avait pas contesté que la somme de 4.610.000.- euros était à ventiler en deux postes, le premier de 4.398.311,78 euros et le second de 211.688,22 euros, que « sur le montant de 4.398.311,78.- € les intérêts sont dus à partir du 29 juillet 2000 et que sur la somme de 211.688,22.- € ils le sont à partir du 1er janvier 2002 ».

Au vu de l'ensemble des développements qui précèdent, les appels ne sont pas fondés et le jugement entrepris est à confirmer.

4. L'indemnité de procédure

L'intimée H) SA réclame une indemnité de procédure de 10.000.- euros.

Comme il paraît inéquitable de laisser à sa charge l'ensemble des frais irrépétibles qu'elle a dû exposer pour faire valoir ses droits en instance d'appel, il y a lieu de faire droit à cette demande et de lui allouer, compte tenu de l'ensemble des éléments du dossier, une indemnité de procédure de 3.000.- euros.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, le magistrat de la mise en état entendu en son rapport,

reçoit les appels principal et incident en la forme ;

les déclare non fondés ;

partant, confirme le jugement entrepris ;

condamne l'Etat du Grand Duché de Luxembourg à payer à la société Entreprise Générale de Construction H) SA une indemnité de procédure de 3.000.- euros pour l'instance d'appel ;

condamne l'Etat du Grand Duché de Luxembourg aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître Victor ELVINGER, sur ses affirmations de droit.