

Arrêt N° 113/18 – VII – CIV

**Audience publique du 13 juin deux mille dix-huit**

Numéro 43899 du rôle.

Composition:

Marie-Laure MEYER, premier conseiller, président;  
Monique HENTGEN, premier conseiller;  
Yola SCHMIT, conseiller;  
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

**la société à responsabilité limitée KARL BRAUN LUX INTERIEUR**, établie et ayant son siège social à L-7230 Helmsange, 23, rue Prince Henri, représentée par son gérant,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Tom NILLES d'Esch/Alzette en date du 22 juillet 2016,

comparant par Maître Jacques WOLTER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

e t :

**l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg**, représenté par son Ministre d'Etat, dont les bureaux sont établis à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation, poursuites et diligences du Ministère du Développement Durable et des Infrastructures, représenté par son Ministre, dont les bureaux sont établis à L-1499 Luxembourg, 4, Place de l'Europe,

intimé aux fins du susdit exploit NILLES du 22 juillet 2016,

comparant par Maître Yasmine POOS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

---

## LA COUR D'APPEL :

### Faits et rétroactes

Suivant courrier du 12 mars 2008, la société à responsabilité limitée KARL BRAUN LUX INTERIEUR (ci-après la société BRAUN) a été chargée par l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg (ci-après l'Etat) des travaux de menuiserie intérieure en bois à exécuter dans le cadre de la construction du Lycée Technique (...) à (...).

Par exploit d'huissier du 19 juillet 2010, la société BRAUN a fait donner assignation à l'Etat afin de

- voir constater qu'il y a eu réception définitive des travaux en date du 14 septembre 2008, sinon en date du 12 mars 2009, sinon en date du 14 septembre 2009, sinon en ordre subsidiaire à voir instituer une expertise aux fins de comparer les prestations commandées avec les prestations effectuées et de décrire les origines d'éventuelles discordances, vices ou défauts

- voir condamner l'Etat au paiement de la somme de 1.276.635,67 euros,

- voir condamner l'Etat au paiement de la somme de 93.385,18 euros au titre des intérêts de retard courus au 31 juillet 2010, augmenté de 279,81 euros par jour à partir du 1<sup>er</sup> août 2010, sinon en ordre subsidiaire les intérêts légaux à partir du jour de l'échéance à fixer par le tribunal jusqu'à solde

- voir condamner l'Etat au paiement de la somme de 39.207,45 euros du chef de dommages-intérêts au titre des honoraires d'avocat,

- voir condamner l'Etat au paiement de la somme de 100.000.- euros du chef de dommages-intérêts au titre de l'atteinte à sa réputation du chef des affirmations faites par les agents de l'Etat au sujet de la capacité de la société BRAUN à mener à bien le chantier.

Après exécution de l'expertise ordonnée par jugement du 26 octobre 2011, la société BRAUN a demandé

- à voir dire que la réception définitive est intervenue
  - le 17 septembre 2008 au moment de l'inauguration du bâtiment
  - sinon le 18 novembre 2008, date d'une réception provisoire retenue par l'expert
    - sinon le 11 mars 2009
    - sinon après mise en demeure c'est-à-dire le 29 août 2009
    - sinon le 14 septembre 2009, date d'un procès-verbal de réception technique
- à se voir allouer les montants suivants:
  - 422.653,91 euros au titre du paiement des retenues de garanties
  - 15.367 euros HTVA, à majorer de la TVA à 15%, au titre des travaux supplémentaires approuvés par le maître de l'ouvrage
    - 5.500 euros HTVA, à majorer de la TVA à 15%, au titre de travaux supplémentaires refusés par le maître de l'ouvrage et oubliés par l'expert
      - 26.255,65 euros au titre du paiement de l'adaptation des prix sur les factures L026 (travaux) et L027 (travaux en régie)
      - 226.619,18 euros HTVA, à majorer de la TVA à 15%, au titre du paiement des travaux supplémentaires approuvés par l'expert
      - 217.110,80 euros au titre du paiement des travaux décommandés des panneaux magnétiques
        - 212.651,94 euros HTVA, à majorer de la TVA à 15%, au titre des postes N5, N6, N9, N11, N15, N16, Z10, Z11, N20, N21, Z1, Z2, Z3, Z33 et Z34
        - 52.304,81 euros HTVA, à majorer de la TVA à 15%, au titre des postes Z12, Z13, Z14, Z15, Z16, Z22, Z25 et Z26
        - 39.207,45 euros au titre de frais d'avocats payés avant l'assignation.

La société BRAUN a renoncé à sa demande originaire au titre de dommages-intérêts pour atteinte à sa réputation.

L'Etat a accepté les revendications de la société BRAUN pour un total de 37.676,20 euros HTVA composé comme suit :

- les postes N10, N12, N13, N14, N18, N23, Z5, Z6 et Z20 pour un total de 15.367 euros HTV
- le poste Z17 pour un montant de 992 euros HTVA
- les postes Z4, Z18, Z19 et Z30 pour un total de 19.385,20 euros HTVA

- le poste Z24 pour un montant de 1.932 euros HTVA.

Il a formulé de son côté une demande reconventionnelle pour se voir allouer

- la somme de 888.612,80 euros HTVA au titre des pénalités de retard
- la somme de 27.646,68 euros HTVA au titre du coût de remplacement des serrures des armoires
- la somme de 14.423 euros HTVA au titre des malfaçons constatées dans les travaux.

Par jugement du 8 juin 2016, le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, statuant à la suite du jugement du 26 octobre 2011, a

- donné acte à la société BRAUN qu'elle renonce à la demande en paiement de dommages-intérêts au titre de l'atteinte à la réputation,
- dit qu'il n'y a pas lieu à réception définitive du chantier,
- condamné l'Etat à payer à la société BRAUN la somme de 124.291,86 euros au titre des travaux réalisés,
- débouté la société BRAUN de la demande en paiement des retenues de garantie,
- débouté la société BRAUN de la demande en paiement des factures L026 (travaux) et L027 (travaux en régie) au titre de l'adaptation des prix,
- débouté la société BRAUN de la demande en paiement de dommages-intérêts en relation avec l'annulation du marché concernant l'habillage des panneaux magnétiques,
- débouté l'Etat de la demande en paiement des pénalités de retard,
- débouté l'Etat de la demande en paiement en relation avec le remplacement des serrures,
- condamné la société BRAUN à payer à l'Etat la somme de 14.423 euros HTVA au titre des vices et malfaçons,
- dit que tous les montants dont condamnation sont à majorer de la TVA au taux en vigueur en 2008,
- ordonné la compensation des montants dont condamnation,
- dit que le reliquat porte intérêts au taux légal tel que prévu à l'article 5 de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard,
- débouté la société BRAUN de la demande en paiement d'une indemnité de procédure,

- fait masse des frais et dépens, y compris les frais d'expertise, et en a imposé la moitié à chacune des parties, avec distraction au profit de Me Jacques Wolter.

### **Prétentions des parties**

Par exploit d'huissier de justice du 22 juillet 2016, la société BRAUN a régulièrement interjeté appel contre ce jugement qui lui avait été signifié le 16 juin 2016 pour

- voir dire que la réception définitive est intervenue
  - le 17 septembre 2008 au moment de l'inauguration du bâtiment
  - sinon le 11 mars 2009
  - sinon après mise en demeure c'est-à-dire le 29 août 2009
  - sinon le 14 septembre 2009, date d'un procès-verbal de réception technique
  - dire que la partie défenderesse est fautive de ne pas accorder la réception des travaux et faire le paiement de la retenue de garantie
- voir condamner l'Etat au paiement des montants suivants:
  - 422.653,91 euros au titre des retenues de garanties avec les intérêts légaux à partir de la réception jusqu'à solde,
  - 25.906,05 euros au titre de la facture L026/09 avec les intérêts légaux à partir du jour de l'échéance jusqu'à solde
  - 217.110,80 euros au titre des travaux décommandés des « Magnettafeln » avec les intérêts légaux à partir de la réception sinon du jour de l'assignation jusqu'à solde,
  - 230.959,92 euros HTVA, à majorer de la TVA à 15%, avec les intérêts légaux du jour des échéances respectives sinon du jour de l'assignation jusqu'à solde, au titre des postes N3, N7, N9, N15, N16, N17, N19, N20, N21, Z26,
  - 39.207,45 euros avec les intérêts (non autrement spécifiés) au titre de frais d'avocats payés avant la procédure judiciaire,
  - 5.000 euros au titre d'indemnité de procédure pour la première instance et
  - 5.000 euros au titre d'indemnité de procédure pour l'instance d'appel
- se voir décharger de la condamnation au paiement pour moitié des frais et dépens de l'instance, y compris les frais d'expertise
- voir confirmer le jugement entrepris pour le surplus

- voir condamner la partie intimée aux frais et dépens des deux instances, y compris les frais d'expertise.

Dans ses conclusions du 22 mars 2017, la société BRAUN demande à se voir allouer, au titre de la position N 9, le montant de 23.166 euros, plus TVA de 17%, avec les intérêts légaux au taux de la principale facilité de refinancement appliqué 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 7 points de pourcents à partir du 23 décembre 2009 jusqu'à solde; à titre subsidiaire de renvoyer ce point devant l'expert FISCH.

L'Etat conclut au rejet de l'ensemble des prétentions adverses. Il interjette régulièrement appel incident et demande à voir réformer le jugement en ce qu'il a fait droit aux revendications adverses concernant les postes N4, N22, Z2, Z25 et Z27 et l'a condamné au paiement de la somme de 124.291,86 euros. Il demande acte qu'il accepte la demande relative à la position N22 seulement à hauteur du montant total de 3.840.- euros hors TVA. Il demande encore à la Cour de retenir le montant contractuel maximal des pénalités de retard correspondant à un total de 888.612,80 euros et de condamner la société BRAUN au paiement de cette somme ainsi qu'au paiement de la somme de 27.646,68 euros hors TVA au titre des frais de remplacement des serrures des casiers. Il sollicite une indemnité de procédure de 10.000.- euros pour l'instance d'appel.

Dans ses conclusions du 6 juillet 2017, l'Etat demande acte de son paiement de la somme de 422.653,91 euros à la société BRAUN au titre des retenues de garanties. La société BRAUN reconnaît dans ses conclusions du 3 octobre 2017 avoir reçu le prédit montant sur son compte le 25 juillet 2017.

### **Quant à l'appel principal**

#### **Quant à la date de réception, la retenue de garantie et le cours des intérêts**

Les juges de première instance ont constaté qu'aucun procès-verbal de réception définitif n'a été dressé et qu'en présence des contestations persistantes de l'Etat, dont le bien-fondé est établi par les travaux de l'expert FISCH, il n'y a pas achèvement au sens du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics. Les contestations itérativement répétées par l'Etat permettant encore d'écarter toute réception tacite de l'ouvrage de sa part, les premiers juges ont estimé que l'Etat a pu refuser de procéder à la réception définitive

des travaux adjugés à la société BRAUN. En l'absence de réception définitive des travaux, la société BRAUN ne peut prétendre ni au cours des intérêts prévus au contrat, ni à la libération des montants retenus à titre de garantie.

L'appelante fait valoir qu'il n'était pas nécessaire de mettre en demeure le maître de l'ouvrage de passer réception des travaux alors qu'il participait de lui-même à des réunions ayant pour seul objectif l'établissement du procès-verbal de réception. L'achèvement des travaux n'aurait pas été remis en cause. Elle souligne que depuis septembre 2008, des élèves fréquentent l'établissement, de sorte que le maître de l'ouvrage avait le plein usage dudit bâtiment et que les parties avaient eu une réunion pour la réception de l'ouvrage le 11 mars 2009. L'Etat se retrancherait abusivement derrière de faux prétextes - dont notamment des réserves portant sur des travaux d'une valeur dérisoire par rapport au prix à payer et qui n'entravent nullement l'usage du bâtiment - pour refuser d'établir le procès-verbal de réception et de payer les travaux réalisés. L'appelante reproche aux premiers juges d'avoir refusé d'analyser l'importance des vices et défauts allégués par l'Etat et de sanctionner le refus de réception pour un motif dérisoire. Elle affirme que la réception judiciaire doit être prononcée au jour où l'ouvrage est en état d'être reçu ce qui serait le cas lorsque l'ouvrage commandé est achevé au sens de la loi ou de la jurisprudence.

L'appelante fait valoir que les plans *as-built* 5 a-t, annexés à ses conclusions du 22 mars 2017, existaient déjà antérieurement sous forme d'esquisses, se trouvaient en date du 9 mars 2017 (sic) dans les documents *as-built* déposés auprès du Lycée (...) - ces faits étant offerts en preuve par l'audition d'un témoin - et ont été redessinés à la machine. Elle précise que le fait qu'elle ait finalement dessiné les plans exigés par le maître d'ouvrage ne prouve pas qu'elle soit en faute. Elle demande à la Cour de fixer la date de réception alors que l'Etat ne pourrait pas, sans commettre un abus de droit, indéfiniment tenir en suspens cette réception et la refuser en prétextant de nouveaux points à redresser ou que toutes les réserves émises par lui ne sont pas encore levées.

L'intimé affirme qu'il a été nécessaire de reporter la réception définitive des travaux alors que certains vices et malfaçons n'ont jamais été redressés et que certains travaux restaient inachevés. Il renvoie à cet égard aux articles 3.1.12 et 3.1.15.2 des conditions techniques générales du marché public attribué à la société BRAUN. L'Etat fait remarquer que sont applicables au présent litige les dispositions légales et réglementaires d'ordre public relatives aux marchés publics et que les règles relatives aux ventes d'immeubles à construire issues de la loi du 28 décembre 1976 n'ont pas vocation à s'appliquer. Il conteste toute volonté de recevoir les travaux à la date de l'inauguration du lycée. Il fait valoir que l'importance de la

valeur des travaux restant à effectuer est sans incidence sur la question de la réception définitive qui doit résulter de la commune intention des parties. Ni la date de la réception provisoire du 18 novembre 2008, ni celle de la réception technique du 14 septembre 2009 ne sauraient valoir réception définitive des travaux au sens du règlement du 7 juillet 2003. En outre, l'appelante serait restée en défaut de remettre l'intégralité des plans *as-built*. Il fait valoir que, du fait des travaux restant à effectuer et des vices à redresser et des plans *as-built* non fournis, il ne peut y avoir réception définitive, ni facture définitive et donc pas libération des retenues de garantie et la condamnation aux intérêts de retard ne serait pas davantage justifiée.

Dans ses conclusions du 19 juin 2017 l'Etat admet que les plans notifiés en mars 2017 correspondent aux plans *as-built* manquant depuis mars 2009 et dans ses conclusions du 6 juillet 2017 il demande acte qu'il a restitué la somme de 422.653,91 euros à la partie appelante au titre de retenues de garantie, en précisant que cette restitution intervient de manière exceptionnelle sur base du décompte prématuré L28/09, certifié exact et conforme à l'original, après communication des plans *as-built*, les travaux étant à considérer comme terminés sans préjudice des vices, non-conformités et moins-values.

L'appelante reconnaît avoir reçu le prédit montant sur son compte le 25 juillet 2017.

La demande relative à la libération de la retenue de garantie est dès lors devenue sans objet, de même que l'appel y relatif.

La réception des travaux est régie par les articles 125 et suivants du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics qui sont de la teneur suivante:

*« Art. 125. (1) Sur initiative de la partie la plus diligente et après achèvement des travaux ou services et livraison des fournitures, il sera procédé à la réception de l'ensemble des prestations.*

*(2) La partie prenant l'initiative avise l'autre, par lettre recommandée, de la date et du lieu de la réception. Celle-ci peut avoir lieu au plus tôt 15 jours après l'avis en question, le cachet de la poste faisant foi.*

*Art. 126. (1) La réception est contradictoire.*

*(2) Elle est consignée dans un procès-verbal qui contient, d'une part, la description de l'état d'exécution des travaux ou des fournitures ou services, et, d'autre part, les quantités faisant l'objet du contrat.*

*Art. 127. La réception est définitive si les travaux ou fournitures ou services ne donnent pas lieu à des réclamations de la part du pouvoir adjudicateur.*



*Art. 128. (1) La réception est considérée comme provisoire si les travaux ou fournitures ou services donnent lieu à des réclamations de la part du pouvoir adjudicateur.*

*(2) Ces réclamations sont alors consignées dans un procès-verbal de réception provisoire dans lequel le pouvoir adjudicateur prévoira un délai pour la mise en état travaux ou le remplacement des fournitures ou services, en fonction de leur importance.*

*3) La réception définitive est reportée jusqu'au moment où les malfaçons et vices constatés auront été redressés.*

*Elle se fera conformément aux articles 125 et 126.*

*Art. 129. Au cas où une réparation ou mise en état ou un remplacement s'avère impossible ou trop coûteux par rapport au degré de gravité du vice invoqué, le pouvoir adjudicateur peut fixer une moins-value dont il sera tenu compte lors du décompte final sans préjudice d'une pénalité que le pouvoir adjudicateur peut prévoir au cahier spécial des charges pour l'exécution non conforme et sans préjudice d'autres sanctions prévues au présent règlement.*

*Art. 130. (1) Les marchés de travaux, fournitures ou services relatifs à des équipements spécifiques et hautement techniques peuvent prévoir dans le cahier spécial des charges un régime particulier de réception.*

*(2) Une réception intermédiaire respectivement partielle ou globale sera prononcée par le pouvoir adjudicateur après la livraison des fournitures et l'achèvement des travaux de respectivement une partie déterminée ou la totalité du marché et à la condition que ceux-ci ne donnent pas lieu à contestation de la part du pouvoir adjudicateur.*

*(3) Au plus tard à la réception intermédiaire globale, les paiements seront effectués en faveur de l'adjudicataire sous déduction d'un montant retenu en garantie qui ne peut dépasser deux pour cent.*

*(4) La réception définitive aura lieu au plus tard une année après la réception intermédiaire globale à condition que l'intégralité des malfaçons et vices devenus apparents par la suite aient été éliminés.*

*(5) Exceptionnellement et à condition que le cahier spécial des charges le précise, la réception définitive n'aura lieu que deux années après la réception intermédiaire globale ».*

Les dispositions du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 consacrent ainsi des règles particulières pour la réception en matière de marché public, dérogoire au droit commun.

L'article 3.1.15.2 des clauses techniques générales stipule que « la réception définitive sera faite contradictoirement après redressement de toutes les réserves formulées » et qu'elle sera refusée « dans le cas d'irrégularités ou de manquements graves ou encore de vices de construction ».

En l'occurrence, il est constant en cause qu'aucun procès-verbal de réception définitif n'a été dressé de manière contradictoire.

Il résulte des articles précités que la réception définitive est reportée jusqu'au moment où les malfaçons et vices constatés auront été redressés.

L'Etat a refusé de procéder à la réception définitive au motif que certains vices et malfaçons n'ont jamais été redressés, et il a réclamé à d'itératives reprises à la société BRAUN d'y remédier.

En présence des contestations de l'Etat, il ne pouvait y avoir de réception tacite, ni de réception d'un commun accord entre parties, la simple prise de possession étant insuffisante pour valoir réception définitive au sens des articles précités.

Selon l'expert FISCH, les travaux dont la société BRAUN avait été chargée présentaient des vices et malfaçons tant en août 2010, qu'en octobre 2010, et certains défauts persistaient encore lorsque l'expert a dressé son rapport en mai 2014.

La réception définitive n'ayant lieu que si l'ensemble des vices et malfaçons ont été éliminés et au vu des dispositions particulières applicables en la matière, il n'y a pas lieu de retenir que la réception définitive est intervenue à l'une des dates avancées par l'appelante.

Aux termes de l'article 2.2 des clauses techniques particulières, chaque entreprise doit fournir en fin de chantier et au plus tard avant la réception des travaux les plans *as-built* ainsi que les fiches techniques.

La société BRAUN n'a fourni l'intégralité des plans *as-built* qu'en mars 2017. Les premiers juges ont retenu à juste titre que, dès lors que ces plans faisaient partie de ses obligations contractuelles, elle ne peut se retrancher actuellement derrière l'inutilité supposée de tels plans pour arguer de l'absence d'incidence du défaut de présentation de ceux-ci.

Au vu des développements qui précèdent, il ne saurait être retenu que l'Etat a commis un abus en ne procédant pas à la réception définitive des travaux adjugés à la société BRAUN.

L'article 132 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 dispose que « *L'adjudicataire établit la facture définitive sur base du procès-verbal de réception définitive de l'ensemble des travaux, fournitures ou services* ».

Aux termes de l'article 134 (1) « *Le paiement de la facture définitive portant sur l'ensemble des travaux, fournitures ou services, y inclus les*

*montants retenus en garantie, déduction faite des montants d'acompte déjà liquidés, intervient au plus tard dans les 30 jours à partir de l'envoi de la facture suivant les conditions de forme prévues à l'article 120. Passé ce délai, des intérêts moratoires égaux au taux d'intérêt prévu à l'article 123 (2) commencent à courir de plein droit et sans mise en demeure préalable jusqu'au jour du paiement définitif».*

Les premiers juges en ont déduit à juste titre que l'adjudicataire est en droit de faire valoir des intérêts moratoires de retard sur sa facture définitive, mais qu'une telle facture définitive ne peut être émise qu'en présence d'un procès-verbal de réception des travaux définitif, de sorte que la société BRAUN ne peut pas prétendre au cours des intérêts prévus au contrat.

### **Quant aux adaptations des prix pour augmentation des salaires**

Les premiers juges ont rejeté la demande de la société BRAUN en paiement d'une facture L026/09 du 23 novembre 2009 d'un montant de 25.906,05 euros au titre d'une adaptation des prix du marché public par suite d'une augmentation des salaires motif pris qu'aux termes de l'article 111, point 2 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 l'adaptation ne peut pas être accordée que sur « la valeur du restant du marché encore à effectuer au moment de la demande », mais qu'il ne restait plus de travaux à effectuer au 23 novembre 2009, si ce n'est les travaux de réparation des vices et malfaçons au titre desquels aucune adaptation ne peut intervenir.

L'appelante reproche aux premiers juges de ne pas avoir pris en considération que la facture n'a pas fait l'objet de contestations jusqu'à la procédure judiciaire et que partant ces contestations étaient tardives. Elle fait encore valoir que la facture L026/09 est le décompte de l'adaptation relative à l'augmentation des salaires dont il doit être tenu compte du moment où les augmentations des salaires se sont imposées à l'employeur, le fait que la facture ait été établie après la fin des travaux étant sans importance.

Dans la mesure où la société BRAUN n'a pas interjeté appel en ce qu'elle a été déboutée de sa demande en paiement de la facture L027/09, il n'y a pas lieu de prendre en considération les développements de l'intimé y relatifs. L'intimé semble par ailleurs confondre les factures L026 et L027.

Il y a lieu de relever d'emblée que l'absence de contestations par l'Etat après réception de la facture ne saurait valoir acceptation tacite de celle-ci par l'Etat, auquel les règles de droit commercial ne sont pas applicables.

Il résulte des pièces que la facture L026/09 est relative à une demande d'adaptation du marché aux hausses de salaires.

L'intimé soutient, tel qu'en première instance, que ces demandes d'adaptation seraient nulles pour ne pas avoir été formulées selon les exigences réglementaires.

Aux termes de l'article 105 « *L'adaptation du contrat doit être demandée sous peine de nullité par lettre recommandée, excepté dans les cas suivants:*

- 1) *pour les fournitures où les variations de prix sont publiées par voie officielle;*
- 2) *pour les variations sur salaires décrétées par voie légale ou réglementaire ou les ajustements des salaires accordés comme conséquence de l'adaptation des salaires à l'échelle mobile des salaires ».*

C'est dès lors à juste titre que les premiers juges ont relevé que, dans la mesure où l'article 105 précité exempte de l'obligation d'une demande par voie de courrier recommandé les adaptations qui trouvent leur origine dans « *les variations sur salaires décrétées par voie légale ou réglementaire ou les ajustements des salaires accordés comme conséquence de l'adaptation des salaires à l'échelle mobile des salaires* », la facture L026 concernant une telle adaptation est exclue de l'exigence d'une demande par voie de courrier recommandé.

L'Etat s'oppose ensuite à la prise en compte de la facture L026 au motif qu'elle est relative à une demande d'adaptation du marché aux hausses des prix des matières premières et que la demande présentée le 23 novembre 2009 l'a été après achèvement des travaux, alors que l'article 111 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics excluait toute adaptation pour des prestations fournies avant la demande.

Cet argument est à écarter étant donné que la demande ne porte pas sur une adaptation du marché aux hausses des prix des matières premières, mais sur une adaptation des salaires à laquelle l'article 111, point 1, n'est pas applicable.

L'Etat s'oppose en dernier lieu à la demande motif pris que la société BRAUN avait formulé son offre peu avant le 8 octobre 2007, soit après l'adoption et la publication de la loi du 27 juin 2006 adaptant certaines modalités d'application de l'échelle mobile des salaires et des traitements qui entraînait l'application d'échéances indiciaires au 1er mars 2008 et au 1er

mars 2009, de sorte que la demande ne respecterait pas les conditions de l'article 103 (1) du règlement précité.

L'article 103 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 dispose que

*« Le contrat peut être adapté:*

*1) si, depuis la remise de l'offre, des variations imprévisibles de prix ou de salaires se sont produites suite à des interventions légales ou réglementaires;*

*2) si, depuis la remise de l'offre, des fluctuations importantes et imprévisibles des prix peuvent être constatées dans les cotations officielles, les mercuriales ou les publications de prix des matières premières ».*

Il en découle que, contrairement à ce qu'ont retenu les premiers juges, la hausse de salaires doit être imprévisible pour entraîner une adaptation du contrat.

L'appelante n'établissant pas que les augmentations de salaires aient été imprévisibles, ce d'autant moins en considération de la loi du 27 juin 2006, sa demande en adaptation du contrat ne saurait aboutir.

Son appel n'est dès lors pas fondé sur ce point.

### **Quant à la suppression de la commande « Magnettafeln »**

Le tribunal a rejeté la demande de la société BRAUN en paiement du montant de 217.110,80 euros à titre de dommages-intérêts pour suppression de la commande relative à la fourniture et la mise en place de l'habillage pour panneaux d'affichage magnétiques en se référant à l'article 3.1.16.1 des clauses techniques générales, en précisant que cette stipulation contractuelle, acceptée par la société BRAUN, n'encourt pas le reproche de violation de l'article 1134 du code civil et reçoit pleine et entière application.

L'appelante reproche aux premiers juges de ne pas avoir pris en considération que lesdites clauses ne sont pas négociables pour l'entrepreneur mais dictées par l'Etat. Il s'agirait d'une clause potestative et donc invalide. L'article 114 alinéa 2 du règlement du 3 août 2003 (sic) serait invalide et nul en ce qu'il ne correspondrait pas aux prescriptions légales et contredirait grossièrement l'article 4 de la loi (sans autres précisions) et ne respecterait pas les articles 1134 et 1174 du code civil.

L'Etat fait valoir que les dispositions légales et réglementaires d'ordre public relatives aux marchés publics sont applicables et non les règles de

droit commun du code civil. Il conteste que l'article 114 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 soit contraire à l'article 4 de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics. La non-exécution du poste « Magnettafeln » ne correspondrait pas à l'hypothèse d'une modification du contrat en cas de changements entraînant une variation de plus de 20% de la valeur totale du marché visée par l'article 114 (2). En abandonnant la position numéro 10.3 du bordereau des prix relative aux « Magnettafeln » qui représente une variation nettement inférieure à 20% du montant total de l'offre, l'Etat aurait simplement fait usage de son pouvoir de modification unilatérale du marché public, dans les limites fixées par la réglementation en vigueur et reprises au contrat signé entre parties, notamment au point 3.1.16.1 des clauses techniques générales du marché public. La décision aurait été dûment motivée notamment dans un courrier du 10 décembre 2009.

Selon l'Etat, il ne s'agit pas d'une clause potestative (notion par ailleurs inapplicable en droit des marchés publics) et la clause ne serait pas incompatible avec l'obligation d'exécuter les conventions de bonne foi tirée de l'article 1134 du code civil. A titre subsidiaire, l'Etat conteste le montant réclamé.

L'article 4 de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics dispose que *« Les pouvoirs adjudicateurs veillent à ce qu'il n'y ait pas de discrimination entre les différents entrepreneurs, les différents fournisseurs ou les différents prestataires de services. »*

*Ils veillent à ce que, lors de la passation des marchés publics, il soit tenu compte des aspects et des problèmes liés à l'environnement et à la promotion du développement durable.*

*Les conditions y relatives et l'importance à attribuer à ces conditions sont spécifiées dans les cahiers spéciaux des charges ».*

La Cour ne saurait suivre l'interprétation de l'appelante selon laquelle cet article *« dit que le pouvoir adjudicateur traite les opérateurs économiques sur un pied d'égalité c'est-à-dire qu'il les traite non seulement de manière égale entre eux mais aussi de manière égale à lui-même sans s'arroger des pouvoirs exorbitants ».*

L'article 114 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics prévoit que *« Le contrat peut être modifié sur demande de l'adjudicataire:*

*1) si, du fait du pouvoir adjudicateur, la date de commencement des travaux prévue est dépassée de plus de 40 jours ;*

2) *si le pouvoir adjudicateur apporte des changements au contrat entraînant une variation de plus de vingt pour cent de la valeur totale du marché ;*

3) *sans préjudice des dispositions de l'article 117, si du fait du pouvoir adjudicateur le délai contractuel est dépassé de plus de 40 jours ».*

L'article 116 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics prévoit que « *Le contrat peut être modifié sur demande du pouvoir adjudicateur dans les cas prévus à l'article 114, point 2) ».*

Les premiers juges ont retenu à juste titre que le respect en l'espèce de ces dispositions ne doit pas être vérifié, alors que la modification apportée au contrat ne dépasse pas le seuil de 20% de la valeur du marché, de sorte que les dispositions des articles 114 et suivants du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 ne sont pas applicables. Il n'y a dès lors pas lieu d'analyser les développements des parties relatifs à ces articles.

Il résulte de l'article 1.8.4 des clauses contractuelles générales que le marché en cause est un marché à prix unitaires.

L'article 3.1.16.1 des clauses techniques générales, gouvernant les marchés à prix unitaires, stipule que: « *Les quantités prévues au bordereau des prestations sont approximatives et peuvent varier en plus ou en moins: tout ou partie de l'une ou de l'autre prestation peut être abandonnée.*

*Pour autant que ces modifications n'entraînent pas une variation supérieure à 20 %, en plus ou en moins, du montant total de l'offre, ces modifications ne peuvent entraîner ni modification des prix unitaires, ni demande d'indemnité de la part de l'entrepreneur ».*

Cette stipulation contractuelle a été acceptée par la société BRAUN.

Les marchés publics sont régis par des dispositions particulières et les dispositions du code civil (notamment l'article 1174) ne font pas obstacle à l'introduction dans un tel contrat d'une clause telle que l'article 3.1.16.1 précité. La clause n'est par ailleurs pas contraire à l'article 1134 du code civil et à l'obligation d'exécuter les conventions de bonne foi.

L'appel n'est dès lors pas fondé sur ce point.

### **Quant aux prestations**

Le tribunal a déclaré la demande en paiement de la société BRAUN fondée à concurrence de la somme totale de 124.291,86 euros pour les

prestations fournies énumérées dans le rapport d'expertise FISCH sous les postes N4, N7, N10, N12, N12, N13, N14, N18, N22, N23, Z2, Z4, Z5, Z6, Z17, Z18, Z19, Z20, Z24, Z25, Z27 et Z30.

L'appelante demande, par réformation, la condamnation de l'Etat au paiement de la somme de 230.959,92 euros HTVA, à majorer de la TVA à 15%, et des intérêts, au titre des postes N3, N7, N9, N15, N16, N17, N19, N20, N21, Z26.

L'intimé conclut à la confirmation du jugement quant aux postes faisant l'objet de l'appel principal.

La Cour suit la même approche que le tribunal et les parties.

- *N3, Rundzylinder für Hauptschließeinrichtung*
- *N3, Zulage für Zylinderverlängerung 5 mm*
- *N3, Zulage für General Hauptschlüssel*
- *N3, Zulage für GHS-Schließplan erstellen mit Übergabe an Hausverwaltung*
- *N3, Schließzylinder für Glasschiebetüren an Vitrinenschränken*

L'expert a conclu sur base des pièces du dossier que les serrures devaient être fournies par l'Etat, et que la société BRAUN était partant fondée à les facturer après les avoir fournies.

L'appelante reproche aux premiers juges de ne pas avoir fait droit à sa demande relative au poste N3 au motif que la fourniture des serrures était comprise dans le marché à charge de la société BRAUN alors que l'expert avait conclu au contraire. Elle affirme qu'à l'origine le cahier des charges et les plans de détail fournis prévoyaient des serrures fournies par le maître d'ouvrage, mais que par la suite elle a reçu une commande orale avec des précisions techniques. Elle renvoie aux conclusions de l'expert FISCH selon lequel ce poste n'était pas compris dans le cahier des charges. Elle accepte les conclusions de l'expert concernant l'évaluation du point *N3, Zulage für GHS-Schließplan erstellen mit Übergabe an Hausverwaltung*, à 1.000 euros de sorte qu'elle réclame le montant total de 129.869,88 euros.

L'intimé fait valoir que ces positions font partie du bordereau de soumission et ne peuvent donner lieu à un supplément. Il ajoute que les prestations fournies par la société BRAUN concernant les casiers des élèves n'ont pas été conformes au cahier des charges étant donné que les serrures installées n'étaient pas uniques, mais qu'une même clé pouvait ouvrir plusieurs casiers. En outre, leur prix aurait été surfait étant donné qu'il était largement supérieur à celui demandé par la société qui a procédé au remplacement conforme des serrures des casiers. L'Etat conclut au rejet de



l'attestation testimoniale du fils du gérant de la société BRAUN pour être contraire aux exigences de l'article 402 du NCPC. Pour autant que de besoin, il souligne que la réalité de la prétendue commande orale n'est établie par aucune fiche de régie signée conformément aux exigences de l'article 98 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 et de l'article 1.5.10 des clauses contractuelles générales.

Le tribunal a relevé que le bordereau des prix se trouvant à la base du marché indique aux positions 4.5.1.1 et 4.5.1.2 :

« 4.5.1.1 *Armoire 6 casiers dim. 105 x 225 x 55 cm (l x h x p)*

*Dimensions 105 x 225 x 55 cm (l x h x p)*

• *Serrure avec clé sécurisée et hiérarchisée, 2 clés par casiers, + 2 passe-partouts*

*Voir détails 01, 02 et 05*

4.5.1.2 *Armoire 12 casiers dim. 210 x 225 x 55 cm (l x h x p)*

*Dimensions 210 x 225 x 55 cm (l x h x p)*

• *Serrure avec clé sécurisée et hiérarchisée, 2 clés par casiers, + 2 passe-partouts*

*Voir détails 03 à 05 ».*

Le même genre de précisions se trouve aux positions 4.5.3.10 et 4.5.3.11.

L'appelante ne prend pas position à cet égard. Elle ne verse aucun document écrit établissant que les serrures devaient initialement être fournies par l'Etat et ont par la suite fait l'objet d'une commande orale.

C'est à juste titre que le tribunal en a déduit que la fourniture des serrures était comprise dans le marché à charge de la société BRAUN et que celle-ci n'est donc pas en droit de les facturer à part.

Le jugement est à confirmer sur ce point.

*- N7, Mehrpreis 170 Bänder*

L'appelante critique le jugement en ce qu'il ne lui a accordé que la somme de 1.020 euros pour ce poste alors que l'expert a conclu que la totalité du montant était dû. Elle souligne que le modèle d'armoire lui présenté par le maître d'ouvrage avait des portes avec des charnières à 110°, mais que lors d'une visite des lieux **B**) aurait expressément demandé à ce

que des charnières à 170° soient utilisées pour les armoires, ce qui constituait une commande supplémentaire. Ce changement aurait concerné 5.000 charnières.

L'intimé affirme avoir souhaité la mise en place des charnières permettant une ouverture des portes des armoires à 170° pour seulement 50 armoires. Il fait remarquer que non seulement la version des faits adverse est contredite par les pièces versées en cause, mais encore que l'attestation testimoniale de Madame T1), salariée de la société BRAUN, ne saurait valablement prouver la réalité de la prétendue commande supplémentaire alors qu'elle ne répond pas aux exigences du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 et des clauses contractuelles générales du marché. Il en serait de même de l'offre produite par la partie adverse qui ne mentionnerait qu'un supplément par charnière s'ouvrant à 170° de 3,40 euros hors TVA sans en indiquer la quantité.

Il résulte des courriels du 11 juillet 2008 et du 27 octobre 2008 que l'architecte chargé de la direction du chantier a demandé de prévoir l'ouverture à 170° pour 50 armoires seulement.

Le jugement est à confirmer en ce qu'il a déclaré la demande fondée à concurrence de 1.020.- euros.

*- N9, Sonderhalterung für Lüftungsgitter an Kühldecken*

L'expert a retenu que la prestation en question était incluse dans le prix unitaire des plafonds.

Le tribunal a rejeté la demande motif pris que la société BRAUN reste en défaut d'apporter le moindre élément de preuve permettant de retracer qu'il y aurait eu une modification des prévisions initiales pour ce poste.

L'appelante fait valoir que l'expert n'a pas vérifié si la mise en œuvre effective correspondait au cahier des charges et aux plans fournis qui étaient la base contractuelle et qu'il n'a pas contrôlé s'il y a eu des modifications et si les modifications ont généré des travaux supplémentaires. Elle affirme qu'il était prévu d'utiliser les grilles de ventilation dans les plafonds des salles de classe, mais que l'architecte décida de les intégrer dans les plafonds refroidissants, engendrant ainsi des travaux supplémentaires qui ont dû être effectués sur chantier avec la modification de la sous-construction. A titre subsidiaire, elle réitère sa demande formulée en première instance à ce que l'expert fasse une analyse détaillée de cette demande.

L'intimé réplique que la position N9 est relative à des travaux compris dans le bordereau de soumission sous la position 7.2. et qu'une augmentation de quantité, correspondant à 8 unités supplémentaires, du matériel a été comptée par la société BRAUN et payée par l'Etat. Pour autant que de besoin, il conteste l'existence de quelconques travaux supplémentaires de ce chef, travaux dont la réalité n'est établie par aucune fiche de régie signée conformément aux exigences de l'article 98 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 et de l'article 1.5.10 des clauses contractuelles générales. Il s'oppose à tout complément d'expertise motif pris qu'après le dépôt du rapport d'expertise, la partie appelante a explicitement refusé qu'il soit procédé à la lecture du rapport d'expertise sollicitée par l'intimé.

L'appelante renvoie à une esquisse du 9 mai 2008 et à un plan du 2 juin 2008 qui à eux seuls ne sont cependant pas de nature à établir qu'il y ait eu une modification des prévisions initiales de nature à engendrer des travaux supplémentaires.

Le jugement est à confirmer en ce qu'il a débouté la société BRAUN de sa demande relative à ce poste.

- *N15, Zulage für nachträgliches Einbauen von Rechteckleuchten*
- *N16, Wie vor, jedoch für runde Leuchten*

L'expert a retenu que l'intégration des installations techniques - en l'occurrence les luminaires - était incluse dans le marché de base.

Le tribunal a rejeté la demande au motif que la société BRAUN reste en défaut d'apporter le moindre élément de preuve permettant de retracer qu'il y aurait eu une modification des prévisions initiales pour ce poste.

L'appelante affirme qu'il s'agit de travaux supplémentaires qui ont dû être effectués sur chantier pour la modification de la sous-construction en raison de la demande du maître d'ouvrage d'incorporer les luminaires ronds et carrés dans le faux-plafond (au lieu de les poser sur le faux-plafond). Elle estime que l'expert a fait une interprétation erronée du cahier des charges dans la mesure où le cahier des charges prévoit que les prix unitaires doivent inclure tous les trous, mais qu'il ne peut s'agir que des trous prévus dans les plans de souscription émis par l'architecte et que les aménagements demandés sur place au moment du montage ne peuvent être inclus dans l'offre de l'entrepreneur.

L'intimé fait valoir que ces prestations sont comprises dans le bordereau de soumission au point 7.2 et ne peuvent dès lors donner lieu à

aucun supplément. Pour autant que de besoin, il conteste l'existence de quelconques travaux supplémentaires de ce chef, travaux dont la réalité n'est établie par aucune fiche de régie signée conformément aux exigences de l'article 98 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 et de l'article 1.5.10 des clauses contractuelles générales.

Le point 7.2 du bordereau de soumission relatif au « faux-plafond acoustique » indique entre autres l'intégration des techniques ainsi que toutes fournitures et prestations auxiliaires suivant les conditions techniques et les plans de principe en annexe.

Les plans (versés par l'appelante comme pièces 74 à 76) ne sont pas de nature à établir qu'il y ait eu une modification des prévisions initiales de nature à engendrer des travaux supplémentaires. L'appelante ne verse par ailleurs aucun autre document écrit de nature à établir que l'Etat ait commandé des travaux supplémentaires.

Le jugement est à confirmer en ce qu'il a débouté la société BRAUN de sa demande relative à ce poste.

*- N17, Herstellen, Liefern und Montieren von Gehäusen für Lautsprecher*

L'expert n'a pas examiné cette position, mais l'a retenue dans son récapitulatif comme étant justifiée.

Le tribunal a rejeté la demande motif pris qu'il ne résulte pas des éléments du dossier que la fourniture des boîtiers pour haut-parleurs était comprise dans le marché initial ou a fait l'objet d'une commande supplémentaire de la part de l'Etat.

L'appelante reproche aux premiers juges de ne pas avoir retenu ce poste alors que l'expert l'avait reconnu comme justifié. Elle affirme qu'il s'agit de travaux supplémentaires, non prévus dans le cahier des charges. Les boîtes pour haut-parleurs auraient été spécialement commandées par Madame A) et les plans du 2 mai 2008 auraient été signés par l'architecte. Une offre complémentaire a été émise le 4 août 2008.

L'intimé s'oppose à cette demande au motif que la société BRAUN a exécuté ces prestations sur ordre et pour le compte d'une autre entreprise chargée de la mise en place des haut-parleurs, et non du pouvoir adjudicateur. Pour autant que de besoin, il conteste l'existence de quelconques travaux supplémentaires de ce chef, travaux dont la réalité n'est établie par aucune fiche de régie signée conformément aux exigences

de l'article 98 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 et de l'article 1.5.10 des clauses contractuelles générales.

Dans un courrier adressé le 4 août 2008 à l'architecte **A)** la société BRAUN indique que « *Zusätzlich in Rechnung stellen wir Gehäuse für die Lautsprecher (...) vorgesehen zur Aufnahme der bauseits beigestellten Lautsprecher, in Absprache mit der beauftragten Fachfirma* ».

Il ne résulte pas des éléments du dossier que cette offre ait fait l'objet d'une commande supplémentaire de la part de l'Etat par la suite.

Le contraire semble être le cas alors que par courriel du 27 octobre 2008, l'architecte « *Eine Halterung für Lautsprechergehäuse war nicht Teil Ihrer Leistung, sondern der ausführenden Firma. Bitte wenden Sie sich daher auch an Diese* ».

Au vu des contestations de l'Etat, la société BRAUN reste en défaut d'établir que la fourniture et le montage des boîtiers pour haut-parleurs ait fait l'objet d'une commande supplémentaire de la part de l'Etat.

Le jugement est à confirmer en ce qu'il a débouté la société BRAUN de sa demande relative à ce poste.

- N19, Rückwände für Schrankwände Gymnastikräume 1+3
- N20, Fest eingebaute Böden und Zwischenwände in den Schränken der Gymnastikräume
- N21, Fachböden für Schränke Gymnastikräume

L'expert n'a pas analysé la position 19 et ne l'a pas retenue dans son récapitulatif. Il a considéré que les positions 20 et 21 font partie intégrante de la position N19.

Le tribunal a rejeté la demande au motif qu'il ne résulte pas des éléments du dossier que la fourniture de parois postérieures pour les armoires dans les salles de sport était comprise dans le marché initial, ni que les trois postes aient fait l'objet d'une commande supplémentaire de la part de l'Etat.

L'appelante fait valoir que les positions N19, N20 et N21 ont été générées de la même façon: ces travaux ne faisaient pas partie des plans ni de l'offre mais l'architecte aurait décidé en cours de chantier et en trois étapes comment il voulait faire les armoires et il aurait à chaque fois rajouté un élément. Les postes N19, N20 et N21 concerneraient des travaux

distincts. L'expert aurait dû vérifier les offres et les travaux. L'appelante admet que les positions N20 et N21 figuraient dans la même offre du 20 octobre 2008 mais estime que l'expert n'a pas vérifié ces offres supplémentaires, respectivement ces factures, sinon il aurait constaté que les factures concernent des postes différents de la même offre.

L'intimé conteste la position N19 motif pris que l'appelante reste en défaut de produire des pièces adéquates de nature à justifier ses prétentions. Concernant les positions N20 et N21, il se rallie aux conclusions de l'expert.

Les trois postes n'étaient pas compris dans le marché initial, mais ont fait l'objet d'une offre du 20 octobre 2008. Il ne résulte pas des éléments du dossier que cette offre ait fait l'objet d'une commande supplémentaire ferme de la part de l'Etat par la suite.

Le jugement est à confirmer en ce qu'il a débouté la société BRAUN de sa demande relative à ces postes.

*- Z26, Zulage Sockelleisten für Anbringen Gehrungsschnitten bei Außenecken*

L'expert a considéré, après examen minutieux du cahier des charges, des plans et des conditions techniques, que le niveau de finition des plinthes n'est pas précisé au niveau du cahier des charges et que l'exécution fournie donne usuellement lieu à l'application d'un supplément.

Le tribunal a rejeté la demande au motif que la position Z26 concerne des travaux de revêtement de sol tels que visés à la norme CTG 036, de sorte que la coupe « en onglet » était prévue au cahier des charges.

L'appelante reproche aux premiers juges de ne pas avoir fait droit à sa demande sur ce point alors que l'expert l'avait reconnue comme fondée. Elle soutient qu'il s'agit de travaux supplémentaires complexes, suite à une modification de la commande lors d'un entretien du 20 février 2008.

L'intimé fait valoir que cette position fait partie du bordereau de soumission et que l'expert a à tort accordé cette position à la société BRAUN. Il considère que la réalisation d'une finition des coins dite « *en onglet* » était incluse dans le marché et renvoie au point 1.3.5 du CTG 036. Il fait valoir que l'attestation testimoniale de Madame T1) – salariée de la partie appelante – versée par l'appelante ne saurait prouver contre et outre le plan de soumission et les stipulations des clauses techniques générales.

Aux termes du point 1.3.5 du CTG 036, faisant partie intégrante du CRTI-B en vertu du point 3.1 des clauses techniques générales – CRTI-B, « *les plinthes et capots en bois, métal et PVC-dur doivent être fixés selon la nature des matériaux qui les constituent et faire l'objet de coupes d'onglet dans les angles et aux joints* ».

La position Z26 faisait dès lors partie du marché initial et le jugement est à confirmer en ce qu'il a débouté la société BRAUN de sa demande relative à ce poste.

### **Quant aux dommages et intérêts au titre des frais d'avocat**

Le tribunal a rejeté la demande de la société BRAUN en réparation du préjudice qu'elle affirme avoir subi du fait d'avoir été obligée d'avoir recours à un avocat pour défendre ses intérêts avant toute procédure judiciaire face à l'intransigeance de l'Etat, motif pris que l'Etat n'a pas commis de faute en s'opposant aux revendications de la société BRAUN.

L'appelante fait valoir que l'Etat abuse de son pouvoir pour refuser d'établir le procès-verbal de réception de sorte qu'elle était contrainte de recourir aux services d'un avocat pour essayer de solutionner l'affaire. Le travail de l'avocat allemand et de l'avocat luxembourgeois aurait été complémentaire et leurs honoraires ne concerneraient pas les mêmes prestations.

L'intimé conclut à la confirmation du jugement sur ce point en contestant toute faute dans son chef, le fait que les honoraires d'avocat soient la suite directe de la prétendue faute de l'Etat, la nécessité de recourir à deux avocats différents ainsi que le montant réclamé.

Au vu des développements qui précèdent, l'appelante reste en défaut d'établir la preuve d'une faute de l'Etat en relation causale directe avec le préjudice allégué.

Le jugement est à confirmer en ce qu'il a rejeté la demande.

### **Quant à l'appel incident**

#### **Quant aux prestations**

L'Etat critique le jugement en ce qu'il a fait droit aux revendications adverses concernant les postes N4, N22, Z2, Z25 et Z27 et l'a condamné au paiement de la somme de 124.291,86 euros. Il accepte la demande relative à

la position N22 seulement à hauteur du montant total de 3.840.- euros hors TVA.

La société BRAUN demande la confirmation du jugement quant aux postes faisant l'objet d'un appel incident par l'Etat.

*- N4, Einlassen von Schlüsselschildern durch Einfräsen in die Kunststoffoberfläche*

L'expert estime que le cahier des charges et les plans ne permettent pas d'identifier que la plaquette d'identification doit être posée à fleur de support et que l'architecte aurait dû préciser cette demande au niveau du cahier des charges et/ou des plans.

L'Etat considère que ce poste fait partie intégrante des prestations figurant au bordereau de soumission, tel qu'il résulte des plans joints à la soumission, de sorte qu'aucun supplément ne serait dû. Sur les plans joints à la soumission, les plaquettes de numérotation des cases auraient clairement été prévues à fleur de la couche du stratifié. Le coût de fraisage pour arriver à cette finition serait donc nécessairement compris dans le prix du bordereau. Il souligne que l'attestation testimoniale de Madame **T1**) ne saurait prouver contre et outre le plan de soumission et les stipulations des clauses techniques générales.

La société BRAUN considère qu'il s'agit d'un travail supplémentaire. Elle précise que le modèle lui présenté par le maître d'ouvrage portait une plaquette collée et non pas intégrée dans le revêtement et que la demande de l'architecte d'incorporer la plaquette a nécessité un travail de fraisage.

Les premiers juges ont retenu à juste titre qu'il ne résulte pas des éléments du dossier que les plaquettes devaient être posées à fleur de support.

Dans la mesure où il n'est pas contesté que les travaux ont été exécutés tels que demandés par l'Etat, le jugement est à confirmer en ce qu'il a retenu que le montant réclamé est dû.

*- N22, Reservepaneele*

L'expert explique que la société BRAUN a remis en date du 20 octobre 2008 une offre quant à la fourniture de 100 panneaux acoustiques (pièces de réserve). 60 panneaux ont dû être remplacés pour cause de dégradations dont l'origine est inconnue et 40 panneaux ont été livrés pour être tenus en



réserve. Au vu du bon de livraison et d'une mention manuscrite, il conclut que 41 panneaux sont à prendre en considération.

L'Etat souligne que le rapport d'expertise relève aux pages 30 et 31 que sur les 100 panneaux acoustiques figurant au bon de commande, seuls 40 panneaux ont finalement été livrés et estime que le chiffre 41 pris en considération par l'expert est le résultat d'une erreur de frappe. Compte tenu d'un prix unitaire de 96.- euros hors TVA, il conviendrait dès lors de réduire le montant de la condamnation prononcée en première instance à 3.840.- euros hors TVA.

Selon la société BRAUN, il s'agit de travaux supplémentaires. Le maître d'ouvrage aurait commandé 100 panneaux en réserve (dont 60 sont déjà utilisés) faisant l'objet d'une offre complémentaire du 20 octobre 2008.

Il résulte du document analysé par l'expert que 100 panneaux acoustiques ont été livrés à titre de réserve, dont 60 ont été utilisés pour remplacer des panneaux endommagés et 40 ont été tenus en réserve.

Le jugement est à confirmer en ce qu'il a déclaré la demande fondée pour la livraison des 100 panneaux.

*- Z2, Zulage zu Fensterbänken für Abkantung aus Sperrholz mit Schichtstoffbelag, auf Gehrung gearbeitet anstelle Massivholzanleimer nach Detail 8*

L'expert n'a pas analysé cette position.

Le tribunal a déclaré la demande fondée pour ce poste motif pris que ce travail supplémentaire a été proposé et accepté par l'Etat.

L'Etat conteste que ce poste puisse donner lieu à un supplément, motif pris que pour ce poste, la société BRAUN a présenté un échantillon sur place en précisant clairement qu'il n'y aurait aucune demande de prix supplémentaire. Comme cet échantillon a été accepté comme tel, il ne serait pas acceptable de demander un supplément plus de deux ans après, pour un montant de 33.751,20 euros HTVA.

La société BRAUN précise qu'il s'agit de travaux supplémentaires en raison du fait que l'architecte n'appréciait pas la proposition d'exécution mais a demandé une exécution plus noble par un assemblage en onglet. Cette exécution n'ayant pas été prévue dans le cahier des charges, il s'agirait d'une commande supplémentaire.

Dans la mesure où l'Etat ne conteste pas avoir commandé ce travail et qu'il n'établit pas que la société BRAUN ait renoncé à facturer un prix supplémentaire à ce titre, le jugement est à confirmer en ce qu'il a déclaré la demande fondée pour ce poste.

*- Z25, Anbringen von Außenecken auf Gehung gearbeitet, Holzverkleidung Flure Verwaltung*

L'expert, qui a analysé cette position ensemble avec les positions Z23 et Z24, a expliqué que l'aménagement des niches dans la salle des sports en armoires n'était pas prévu au cahier des charges et que les travaux en question, commandés par l'Etat, devaient être payés.

Le tribunal a noté à juste titre qu'il y a manifestement erreur dans le chef de l'expert, puisque le libellé de la position Z25 ne se réfère pas à des armoires dans la salle des sports mais à un habillage en bois dans le couloir de l'administration et que l'expert ne se prononce donc en définitive pas sur cette position. Il a fait droit à la demande de la société BRAUN à ce titre motif pris que la finition « en onglet » n'était pas prévue au cahier des charges mais qu'elle a été demandée en cours de chantier par l'Etat.

L'Etat fait valoir qu'il résulte du plan de soumission et des stipulations des clauses techniques générales (articles 3.1 et 1.3.5) que la finition des coins « dite en onglets » est incluse dans le marché.

Selon la société BRAUN, l'exigence de travailler les coins en onglet a été posée par l'architecte au moment de la discussion des plans de détail et n'était pas prévue dans le cahier des charges.

Tel que le relèvent les premiers juges, le plan de soumission invoqué par l'Etat concerne l'habillage mural de blocs sanitaires, et ne vise donc pas les travaux de menuiserie dont était chargée la société BRAUN. C'est à tort que l'Etat renvoie au point 1.3.5 du CTG 036 alors que ce point concerne la pose de plinthes et capots tandis que les travaux de la position Z25 portent sur la couverture des murs.

C'est dès lors à juste titre que les premiers juges ont conclu que la finition « en onglet » n'était pas prévue au cahier des charges, mais qu'elle a été demandée en cours de chantier par l'Etat. Le jugement est à confirmer en ce qu'il a déclaré la demande fondée à ce titre.

*- Z27, Zusätzliches Anbringen von Bodendichtungen Sockelleisten laut Anweisung Bauleitung*

L'expert estime que l'intégration d'un joint souple entre plinthe et revêtement de sol est dépendant de la nature du revêtement et que la prestation aurait dû être incluse dans les travaux de revêtement de sol. Il conclut à l'admission de la demande.

L'Etat se réfère aux positions 4.1, 4.2 et 4.3 bordereau et aux clauses techniques particulières (point 3.2.2.2) pour faire valoir que la mise en place d'une bande d'étanchéité inférieure en caoutchouc noir était prévue dans le marché initial. Il rappelle qu'une attestation testimoniale ne saurait ni prouver contre et outre un écrit, ni remplacer un bon de régie signé.

La société BRAUN affirme que l'Etat a demandé la mise en place de joints spéciaux sous les plinthes même derrière les armoires et que l'exécution de ce travail a été spécialement demandée.

Tel que le relèvent les premiers juges, les positions du bordereau auxquelles l'Etat se réfère concernent la mise en place d'armoires et sont donc étrangères à la question de la jonction entre plinthe et revêtement de sol.

C'est à juste titre que le tribunal a suivi l'appréciation de l'expert selon laquelle la mise en place de ce joint relevait en principe d'un autre corps de métier, et n'était donc pas comprise dans le marché conclu avec la société BRAUN, de sorte que celle-ci est en droit de se faire payer pour les travaux commandés et exécutés.

Le jugement est à confirmer sur ce point.

### **Quant au remplacement des serrures**

Le tribunal a rejeté la demande reconventionnelle de l'Etat en paiement de la somme de 27.646,68 euros HTVA au titre du coût de remplacement des serrures des armoires au motif que l'Etat ne peut reprocher à la société BRAUN d'avoir mis en œuvre un produit préconisé par ses propres soins.

L'Etat fait exposer que la fourniture des serrures faisait partie du marché, mais que les serrures fournies par la société BRAUN n'étaient pas conformes au cahier des charges étant donné qu'une même clé permettait d'ouvrir plusieurs casiers. Face au refus de la société BRAUN de remplacer les serrures non conformes l'Etat aurait été obligé de recourir aux services d'une autre société pour un prix de 27.646,68 euros HTVA (31.793,69 euros TTC).

La société BRAUN soutient que les pièces versées par l'Etat n'établissent pas que le montant de 31.793,69 euros a effectivement été payé.

Les premiers juges ont relevé que le cahier des charges ne prévoit pas le type de serrure à mettre en œuvre et que la précision qu'il doit s'agir de serrures ne comportant pas de doublons dans les clés ne résulte pas avec évidence de l'indication qu'il doit s'agir de « *Serrure avec clé sécurisée et hiérarchisée, 2 clés par casiers, + 2 passe-partouts* ».

Le courrier du 28 juillet 2008 auxquels se réfèrent les premiers juges n'émane pas de l'Etat, mais de la société BRAUN, laquelle y apporte des précisions quant aux serrures prévues, en se référant expressément à des serrures du type Juni. Selon les éléments du dossier, ce choix n'a pas été critiqué par l'Etat de sorte qu'il ne saurait actuellement le reprocher à la société BRAUN.

L'appel incident n'est dès lors pas fondé sur ce point.

### **Quant aux pénalités de retard**

Le tribunal a rejeté la demande de l'Etat en paiement des pénalités de retard motif pris que l'Etat ne fait pas état ni ne verse de mise en demeure d'achever les travaux adressée à la société BRAUN dans les formes prévues à l'article 1.8.8. du cahier des charges joint à la soumission publique.

L'Etat fait valoir que selon le rapport FISCH le début des travaux se situe au 11 février 2008, une première réception provisoire s'est tenue le 18 novembre 2008 et une réception technique le 14 septembre 2009. A défaut de prolongation du délai d'exécution, le délai contractuel de 100 jours ouvrables pour la durée des travaux serait dès lors largement dépassé. Selon l'expert, la société BRAUN serait à l'origine des retards constatés. L'Etat conclut à l'applicabilité des pénalités de retard en soulignant que la première mise en demeure est datée du 31 octobre 2008 et que la lecture de la mise en demeure du 16 juin 2010 révèle que, près de 20 mois après la première mise en demeure, la réception définitive n'a toujours pas pu avoir lieu faute d'achèvement des travaux. En application de l'article 1.8.7 des clauses contractuelles générales le montant maximal des pénalités serait à retenir.

La société BRAUN affirme que le point de départ des travaux ne saurait se situer avant le 1<sup>er</sup> avril 2008 et qu'elle ne pouvait pas respecter les délais notamment en raison du non-respect des délais par d'autres corps de métier et des travaux supplémentaires. Elle conteste tout retard qui lui soit

imputable. Elle ajoute qu'aucune demande de pénalités de retard ne lui a été adressée avant la présente procédure. Elle avance que les pénalités de retard sont à considérer comme une clause pénale et ne sont dues qu'en cas de faute de l'entrepreneur dûment constatée par le juge. Elle estime que sans dommage prouvé, la clause pénale est inapplicable.

L'article 1.8.7 des clauses contractuelles générales du dossier de soumission est de la teneur suivante: « *Pour cette soumission, des pénalités sont prévues et spécifiées ci-après: En cas de retard dûment constaté sur les délais du contrat, une peine conventionnelle sera déduite sur l'avoir de l'entrepreneur. Les peines conventionnelles pour les retards ainsi constatés sont exigibles à partir de la date de la mise en demeure par lettre recommandée du pouvoir adjudicateur et seront dues jusqu'à la date de l'achèvement des travaux sans préjudice de la date de réception. La pénalité journalière est fixée à l'aide d'une des deux formules suivantes au choix. Les pénalités sont limitées à 20% du montant du contrat. Elles seront déduites du décompte final* ».

Il appartient à l'Etat d'établir que les conditions d'application de l'article 1.8.7 sont réunies.

Il résulte tant de l'article précité que des articles 125 et suivants du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 que la date d'achèvement des travaux ne correspond pas à la date de la réception définitive et que les travaux peuvent être considérés comme achevés même s'ils donnent encore lieu à des réclamations de la part du pouvoir adjudicateur en raison de malfaçons et vices.

Les courriers émanant des architectes et de l'Etat, faisant surtout état de vices et malfaçons, ne sauraient suffire pour établir le « retard dûment constaté » des travaux. Une réception provisoire s'est tenue en novembre 2008, soit peu de temps après une mise en demeure par courrier recommandé du 31 octobre 2008.

En ces circonstances, l'Etat n'a pas établi le bien-fondé de sa demande sur base de l'article 1.8.7. précité.

Le jugement est dès lors à confirmer, quoique pour d'autres motifs, en ce qu'il a rejeté la demande en paiement des pénalités de retard.

### **Quant aux indemnités de procédure**

La société BRAUN demande à se voir allouer une indemnité de procédure de 5.000 euros pour la première instance et du même montant pour l'instance d'appel.

L'Etat conclut au débouté des demandes adverses et sollicite une indemnité de procédure de 10.000 euros.

L'application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile relève du pouvoir discrétionnaire du juge.

Le jugement est à confirmer par adoption des motifs en ce qu'il a rejeté la demande de la société BRAUN en allocation d'une indemnité de procédure.

Les demandes respectives des parties tendant à l'allocation d'une indemnité de procédure pour la présente instance sont à rejeter, aucune des parties n'établissant l'iniquité requise par l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

### **Quant aux frais et dépens**

Au vu de l'issue du litige, c'est à juste titre que le tribunal a fait masse des frais et dépens, y compris les frais d'expertise, et en a imposé la moitié à chacune des parties. Il y a de même lieu d'imposer les frais et dépens de la présente instance pour moitié à chacune des parties.

### **PAR CES MOTIFS :**

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

reçoit les appels principal et incident en la forme,

les dit non fondés,

confirme le jugement pour autant qu'il a été entrepris,

dit non fondées les demandes respectives basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

fait masse des frais et dépens et en impose la moitié à chacune des parties, avec distraction au profit de Me Jacques WOLTER, sur ses affirmations de droit.