

- Arrêt civil -

Audience publique du trois mai deux mille sept.

Numéro 31186 du rôle.

Composition:

Georges SANTER, président de chambre,
Irène FOLSCHEID, premier conseiller,
Monique BETZ, premier conseiller,
Natascha RAFFAELLI, greffière assumée.

Entre:

la société à responsabilité limitée CARDOSO & FRERE - PLATROLUX, établie et ayant son siège social à L-2440 Luxembourg, 158, rue de Rollingergrund, représentée par son gérant actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre KREMMER de Luxembourg en date du 6 avril 2007,

comparant par Maître Alex KRIEPS, avocat à la Cour à Luxembourg,

et:

A.), électro-mécanicien, demeurant à L- (...)

intimé aux fins du susdit exploit KREMMER,

comparant par Maître Gérard A. TURPEL, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

En vertu d'un contrat de construction du 3 novembre 1997 la société à responsabilité limitée Cardoso & Frère – Platrolux s'est engagée à réaliser pour compte de **A.)** des travaux de construction de sa maison sise à (...), (...)

Par jugement du 27 mars 2000 le tribunal de paix d'Esch-sur-Alzette, saisi par la société Cardoso d'une demande en paiement dirigée contre **A.)** lequel s'est prévalu de malfaçons commises par la société Cardoso, a nommé un expert en la personne de Pitt Chrisnach.

Dans un rapport déposé le 5 octobre 2002 l'expert Chrisnach a conclu comme suit relativement à la façade de l'immeuble: "*Il s'avère absolument nécessaire de mettre en place une façade isolante dûment calculée, surveillée et réceptionnée par un bureau d'études agréé en la matière, en vue d'obtenir l'étanchéité calorifique exigée.*" Il a évalué le coût de la remise en état de la façade à 30.054,97 euros.

Suite à la lecture du rapport, qui a eu lieu le 9 décembre 2002, les parties ont engagé des négociations qui ont abouti à la signature, les 2 et 7 avril 2003, d'une convention transactionnelle, dont les quatre premiers points sont libellés comme suit:

1. Cardoso appliquera à ses frais une façade minérale de type Chromolith de 24 mm (double couche) armée d'un treillis, sur les trois faces libres de l'immeuble sis à (...), la teinte étant à déterminer par **A.)**.
2. Les travaux seront, sous peine d'une astreinte de 250.- EUR par jour de retard, entamés le 2 mai 2003 au plus tard et achevés le 15 juin 2003 au plus tard.
3. Ils sont couverts par une garantie décennale.
4. Ils se feront sous le contrôle de l'expert Pitt Chrisnach ou, en cas de refus de celui-ci, sous le contrôle d'un architecte à désigner d'un commun accord des parties, et seront réceptionnés par l'expert ou l'architecte en question; ce ne sera qu'à condition d'une réception écrite et sans réserve que les travaux seront considérés comme achevés au sens des présentes.

L'expert Chrisnach ayant refusé la mission de surveillance, les parties ont d'un commun accord désigné l'expert Robert Kousmann de cette mission. L'expert Kousmann, sollicité à ces fins par courrier du 6 juin 2003, a accepté la mission et fixé une entrevue sur les lieux pour le 17 juin 2003.

Par courrier du 12 juin 2003 le mandataire de la société Cardoso informe l'expert que les travaux de façade sont achevés depuis le 5 juin 2003.

Le 17 juin 2003 l'expert Robert Kousmann procède à la réception des travaux.

Dans un courrier adressé le même 17 juin 2003 aux mandataires des parties l'expert retient que la mission de contrôle de l'exécution des travaux était exclue, étant donné

que les travaux étaient terminés avant même l'envoi du courrier le chargeant de cette mission.

Il dit que la réception des travaux ne peut être prononcée que sous réserve de différentes remarques énumérées par la suite. Elles sont au nombre de neuf.

Concernant les produits utilisés l'expert retient que les prescriptions du fabricant n'ont pas absolument été respectées, mais que les manquements constatés ne sont pas si importants qu'une dépose et réfection de la façade s'impose.

L'expert note enfin que lors de la visite des lieux du 17 juin 2003 le représentant de la société Cardoso s'est déclaré d'accord à remédier sans retards aux travaux de nettoyage des alentours et de réfection de l'enduit de façade.

Lors d'une nouvelle visite des lieux qui a eu lieu le 10 septembre 2003 la société Cardoso ne s'est pas présentée et l'expert a constaté que les travaux de remise en état proposés dans son rapport du 17 juin 2006 ne sont pas exécutés, à part les travaux de nettoyage en partie latérale de l'immeuble.

Par exploit d'huissier du 26 février 2004 **A.)** a fait comparaître la société Cardoso devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, pour s'entendre condamner à lui payer la somme de 74.400.- euros du chef de l'astreinte conventionnelle courant depuis le 2 mai 2003 (298 x 250€), sous réserve des montants à échoir depuis le 25 février 2004.

Par jugement rendu le 14 mars 2006 le tribunal a condamné la société Cardoso à payer à **A.)** une pénalité de retard de 165.- euros par jour de retard à partir du 15 juin 2003.

De ce jugement non signifié la société Cardoso a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 6 avril 2006.

La société Cardoso avait mandaté l'expert Claude Weiland de se prononcer sur les conclusions de l'expert Kousmann concernant l'exécution des travaux de façade et cet expert arrive dans un rapport du 16 mai 2004 (par erreur le rapport porte la date du 16 mai 2003) à la conclusion que les travaux ont été réalisés conformément aux prescriptions techniques des produits appliqués et qu'aucune malfaçon d'une envergure plus importante pouvant justifier un refus de réception des travaux n'a pu être constatée au jour de sa visite des lieux. Il retient que quelques points faibles restent toutefois à être surveillés dans le futur, notamment pendant la période de garantie décennale.

Les premiers juges ont refusé de prendre en considération le rapport unilatéral Weiland au motif qu'un rapport d'expertise est inopposable à toute personne qui n'a pas été appelée ou représentée aux opérations d'expertise.

La société Cardoso reproche aux premiers juges d'avoir écarté le rapport Weiland. Elle soutient qu'il résulte de décisions récentes de la Cour d'appel et de la Cour de cassation que l'opposabilité d'un rapport unilatéral est devenue le principe dès lors que le rapport a été régulièrement versé aux débats et discuté entre parties.

L'intimé, de son côté, soutient que les tribunaux se reconnaissent seulement la possibilité de prendre en considération un rapport unilatéral, mais que l'inopposabilité d'un tel rapport demeure le principe.

Le terme "opposabilité" doit rester réservé aux expertises judiciaires. L'expert judiciaire doit respecter le principe du contradictoire et c'est le respect du contradictoire lors des opérations d'expertise qui rend son expertise opposable aux parties qui y ont été présentes ou représentées. Cette opposabilité de l'expertise judiciaire ne peut toutefois être étendue à des parties qui sont restées étrangères aux opérations d'expertise.

L'expertise unilatérale ou officieuse, qu'une partie se fait dresser à l'appui de ses prétentions ou contestations, n'est par définition pas contradictoire. Toutefois, une telle expertise constitue un élément de preuve au sens de l'article 64 du nouveau code de procédure civile et s'il est régulièrement communiqué et soumis à la libre discussion des parties il est à prendre en considération en tant qu'élément de preuve et ne peut être écarté en raison de son seul caractère unilatéral (Cass. 7.11.2002, P.32,363; Tony Moussa, Expertise en matière civile et commerciale, 2^e éd. p. 166).

C'est partant à tort que les premiers juges ont écarté le rapport Weiland au motif qu'il est unilatéral.

La Cour n'entend toutefois pas suivre l'appelante qui estime qu'étant donné que l'expert Weiland est d'un avis contraire à l'expert Kousmann, il y a lieu de faire abstraction des conclusions de l'expert Kousmann et de retenir que les travaux sont à considérer comme définitivement achevés le 5 juin 2003. En effet, il n'y a au demeurant aucune raison de se rallier aux conclusions de l'expert Weiland plutôt qu'à celles de l'expert Kousmann.

La société Cardoso fait ensuite plaider que la clause figurant au point 4. de la transaction ne doit pas être appliquée à la lettre, qu'il suffirait en effet d'émettre une réserve pour n'importe quel motif dérisoire pour refuser la réception et considérer les travaux comme inachevés. Selon l'appelante, la volonté des parties portait sur la réalisation d'une façade et cette façade était définitivement achevée le 5 juin 2003 et qu'il convient donc de ne pas appliquer la clause à la lettre sous peine d'abus de droit.

En ordre plus subsidiaire l'appelante conclut à une réduction plus conséquente de la pénalité, donnant à considérer que les travaux de façade ont été évalués par l'expert Chrisnach à 30.054,98 euros et qu'une clause pénale même réduite à 165.- euros par jour, et qui à la date de l'acte d'appel atteint déjà 168.300.- euros, est absolument disproportionnée par rapport au coût des travaux. Elle demande la réduction de la pénalité à 25.- euros par jour. Elle conclut d'autre part à voir fixer une date butoir au-delà de laquelle la clause pénale cessera de s'appliquer. Elle fait valoir que la clause pénale ne peut continuer à courir ad aeternam, augmentant de jour en jour en présence du refus injustifié de l'intimé de réceptionner les travaux achevés le 5 juin 2003, et qu'en abusant de la sorte d'une prérogative contractuelle **A.)** commet un abus de droit.

A.) s'oppose à une interprétation de la clause pénale dans le sens voulu par la société appelante. Il fait valoir que les parties ont de commun accord arrêté les termes de la transaction, que les effets de la transaction sont ceux d'un contrat et lorsque le juge est appelé à apprécier la validité et/ou le contenu d'un contrat, il n'a à faire intervenir aucune considération étrangère à la volonté des parties.

Selon **A.)**, les parties ont d'abord clairement défini les travaux de remise en état qui devaient consister en l'application d'une façade minérale de type chromolith de 24 millimètres (double couche) armée d'un treillis, que la société Cardoso n'a pas respecté cette clause, l'enduit appliqué par elle n'ayant que 20 millimètres d'épaisseur.

A.) soutient d'autre part que les parties ont convenu que ce n'est qu'à condition d'une réception sans réserve que les travaux sont considérés comme achevés, que la société Cardoso soutient donc actuellement à tort que la volonté des parties ne portait que sur la réalisation de la façade.

Concernant la demande en réduction de la pénalité convenue **A.)** fait valoir que la clause moratoire a pour objet de sanctionner le simple retard, qu'elle a donc vocation à se cumuler avec l'exécution de l'obligation principale et qu'une comparaison du montant de la clause pénale moratoire avec celui de la remise en état est inopérante. **A.)**, qui déclare accepter la réduction opérée par les premiers juges, s'oppose à toute réduction supplémentaire, de même qu'à une limitation de l'astreinte dans le temps.

Les conclusions de l'appelante tendant à voir dire que la clause figurant au point 4. de la transaction doit être interprétée dans le sens qu'elle a rempli ses obligations en réalisant une façade ne peuvent être accueillies. Tel aurait été le cas si les parties avaient stipulé que l'achèvement de la façade doit résulter d'un constat d'achèvement. Or elles ont convenu que ce n'est que par une réception sans réserve que les travaux sont considérés comme achevés. Si une telle clause est rigoureuse, elle a toutefois été acceptée par la société Cardoso, laquelle exécute des travaux de construction et connaît donc la différence entre un constat d'achèvement et une réception sans réserve.

Les parties ont par ailleurs convenu de confier la réception à un expert respectivement à un architecte, donc à un tiers neutre et objectif dont on peut attendre une exécution consciencieuse de sa mission.

En ce qui concerne l'affirmation de **A.)** que la société Cardoso n'a pas exécuté la façade conformément à ses engagements, l'enduit appliqué par lui n'ayant qu'une épaisseur de 20 millimètres au lieu des 24 millimètres convenus, la Cour constate que dans son courrier du 17 juin 2003 l'expert Kousmann ne fait pas figurer l'épaisseur de l'enduit parmi les réserves émises. Dans ses conclusions quant aux produits utilisés il dit que le produit "Maxit IP 18E" doit, selon descriptif du fabricant être exécuté à une épaisseur d'au moins 20 millimètres. S'il émet une réserve quant au respect de cette prescription à tous les endroits de la façade, il retient toutefois qu'une dépose et réfection de l'enduit de façade ne s'impose pas.

L'épaisseur de l'enduit n'entrera donc pas en compte pour l'application de la clause pénale.

La société Cardoso conclut à une réduction plus conséquente de la pénalité, ramenée par les premiers juges à 165.- euros par jour.

Il est un fait que la façade réalisée par la société Cardoso était achevée dès le 5 juin 2003, mais son exécution a donné lieu à des réserves de la part de l'expert Kousmann, réserves contestées dans leur majorité par l'expert Weiland.

D'après l'article 1231 du code civil, lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier.

Si une pénalité de retard court en principe jusqu'à l'exécution de l'obligation par le débiteur, il faut toutefois retenir en l'espèce, vu la définition donnée par les parties de l'achèvement, qui ne consiste pas en la simple réalisation de l'ouvrage laquelle a eu lieu dans les délais, mais dépend encore de sa réception sans réserves, que la pénalité de retard peut être réduite pour les seuls travaux de redressement à faire.

Pour être en mesure d'apprécier l'intérêt que l'exécution partielle a en l'espèce procuré au créancier, la Cour doit connaître l'envergure des manquements commis par la société Cardoso dans la réalisation de la façade.

La société Cardoso conteste les réserves formulées par l'expert Kousmann et se prévaut à l'appui de ses contestations du rapport Weiland. Il y a donc lieu de recourir à l'avis d'un autre homme de l'art qui examinera les réserves formulées par l'expert Kousmann à la lumière des observations faites par l'expert Weiland.

Pour permettre à la Cour de se faire une opinion sur l'envergure des travaux que l'expert retiendra comme restant à exécuter, celui-ci procédera à une évaluation du coût de ces travaux.

Par ces motifs :

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

reçoit l'appel en la forme;

avant tout autre progrès en cause,

nomme expert Monsieur Jean-Claude Hengen, ingénieur civil, demeurant à L-5652 Mondorf-les Bains, 4, rue Michel Rodange, avec la mission:

- de procéder à l'inspection de la façade de la maison appartenant à **A.**), sise à L- (...) et d'examiner les réserves émises au sujet de son exécution par l'expert Robert Kousmann en prenant en considération les observations de l'expert Claude Weiland;

- d'évaluer le coût des travaux qu'il retiendra comme restant à exécuter;

ordonne à la société à responsabilité limitée Cardoso & Frère – Platrolux de consigner au plus tard le 1^{er} juin 2007 la somme de 1.000.- euros à titre de provision à valoir sur la rémunération de l'expert à la Caisse des Consignations et d'en justifier au greffe de la Cour sous peine de poursuite de l'instance selon les dispositions de l'article 468 du nouveau code de procédure civile;

charge Madame le premier conseiller Irène Folscheid du contrôle de cette mesure d'instruction;

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

dit que si l'expert rencontre des difficultés dans l'exécution de sa mission, il devra en référer au même magistrat;

dit que l'expert devra déposer son rapport au greffe de la Cour le 14 septembre 2007 au plus tard;

réserve les frais.