Audience publique du premier juin deux mille dix-sept

Numéro 42550 du rôle

Composition:

Eliane EICHER, président de chambre,
Alain THORN, premier conseiller,
Danielle SCHWEITZER, conseiller,
Josiane STEMPEL, greffier.

Entre :

1) la société anonyme **A.)** , établie et ayant son siège social à (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

2) la société anonyme **B.)** , établie et ayant son siège social à (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

appelantes aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Luc KONSBRUCK, en remplacement de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg, du 25 juin 2015,

comparant par Maître Nicolas DECKER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et :

l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, représenté par son Premier Ministre, ayant ses bureaux à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation, et pour autant que de besoin par son Ministre du Développement durable et des Infrastructures, ayant ses bureaux à L-1499 Luxembourg, 4, Place de l'Europe, Bâtiment Alcide de Gasperi,

intimé aux fins du susdit exploit,

comparant par Maître Claude CLEMES, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

L A C O U R D ' A P P E L :

Durant l'année 2006, l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg (ci-après l'ETAT) a soumis au marché public la construction du nouveau lycée technique (...).

Le marché relatif à l'exécution « des travaux de cloisons légers en plâtre et en bois stratifié » a été adjugé le 23 mai 2007 à l'association momentanée A.) -B.) .

Ayant fait valoir que l'ETAT retient indûment le montant de 152.484,57 EUR sur la facture finale émise par l'association momentanée A.) -B.) au titre de pénalités de retard au motif que celle-ci n'a pas respecté le délai d'exécution des travaux pour manque d'effectifs sur le chantier et du fait d'une prétendue erreur dans la commande des cloisons de plâtre, la société anonyme A.) et la société anonyme B.) , agissant en leur qualité d'associées de l'association momentanée A.) -B.) , ont fait donner assignation à l'ETAT à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour le voir condamner à lui payer la somme de 152.484,57 EUR du chef de travaux réalisés avec les intérêts au taux légal.

Par un jugement du 22 avril 2015, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a dit que l'ETAT peut mettre en compte des pénalités de retard. Pour le surplus et avant tout autre progrès en cause, le tribunal a révoqué l'ordonnance de clôture de l'instruction du 25 février 2015 et invité les parties à le renseigner sur le coût final des travaux fournis par A.) -B.) .

Ce jugement n'a, selon les actes de procédure versés en cause, pas été signifié.

Par exploit d'huissier de justice du 25 juin 2015, la société anonyme A.) et la société anonyme B.) (ci-après A.) -B.)) ont régulièrement relevé appel de la décision du 22 avril 2015.

Elles demandent de réformer la décision entreprise et de faire droit à la demande en paiement de la somme de 152.484,57 EUR.

Les appelantes soutiennent que c'est à tort que l'ETAT impute le retard dans l'exécution des travaux à une prétendue erreur dans la commande et à la pose des cloisons en plâtre par A.) -B.) . Elles auraient fait application des clauses et des conditions générales du dossier de soumission. En ce qui concerne le manque d'effectifs, elles font valoir que si des retards devaient être constatés, ils ont exclusivement été causés par les autres intervenants sur le chantier du lycée « ... ».

Les appelantes estiment que c'est à tort que le tribunal de première instance a retenu qu'en signant le procès-verbal de réception du 29 juillet 2009, elles ont admis que le dépassement du délai d'achèvement était dû au manque

d'effectifs. Selon elles, le rapport de réception du 29 juillet 2009, sur lequel se sont basés les juges de première instance, ne vaut pas aveu extrajudiciaire puisqu'il n'a pas été rédigé par leurs soins. Si par impossible, il devait être retenu qu'il y a aveu extrajudiciaire dans leur chef, il ne s'agit que d'une présomption qui peut être renversée par la preuve contraire.

Au vu des rapports journaliers de présence, établis par le chef de chantier travaillant à l'époque pour l'association momentanée, le nombre d'effectifs résultant du rapport de réception serait contredit et ne pourrait correspondre à la réalité. Il ressort, selon les appelantes, des rapports de chantier établis par les architectes que les retards sont dus aux autres intervenants du chantier et ont empêché l'association momentanée d'avancer dans les travaux de pose des cloisons en plâtre dans les bâtiments du nouveau lycée. Le tribunal de première instance aurait rejeté à tort l'offre de preuve par témoins ainsi que la demande tendant à voir enjoindre à l'ETAT de verser les rapports du poste de garde de services de sécurité présents sur le chantier afin d'établir le nombre d'ouvriers dépêchés sur les lieux. Contrairement à l'affirmation de l'ETAT, elles n'auraient pas commandé le mauvais matériel. L'ETAT aurait dû tenir compte des arrêts forcés indépendants de la volonté des parties appelantes dans l'appréciation du délai d'exécution.

L'ETAT conclut à la confirmation du jugement de première instance en ce qu'il a retenu qu'il peut mettre en compte des pénalités de retard. Il fait valoir que le planning d'exécution de l'association momentanée, revêtu du cachet A.) -B.) et annexé au rapport de réception définitif signé par le maître de l'ouvrage, les architectes, les bureaux de contrôle et l'entreprise a retenu officiellement une moyenne de 15 ouvriers travaillant sur le chantier en 2008 au lieu des 22 ou 23 ouvriers prévus en moyenne et que le chantier a accusé un dépassement de délai de 31 jours. Il n'aurait fait qu'appliquer ce constat qui constitue un aveu extrajudiciaire dans le chef de l'association momentanée.

Il est constant en cause que les travaux attribués à l'association momentanée ont été exécutés à la satisfaction de l'ETAT, mais que l'ETAT refuse le règlement du montant de 152.484,57 EUR en faisant état de pénalités de retard qui seraient dues au dépassement du délai d'achèvement des travaux par l'appelante.

L'article 1.8.7 des conditions générales du contrat conclu entre parties prévoit que :

« Pour cette soumission des pénalités de retard 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 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 ».

Dans le cadre de ce marché, les parties ont opté pour la deuxième formule qui prévoit une pénalité forfaitaire de 0,25 % du montant de l'offre par jour ouvrable de retard.

L'article 2.1.8.1 dispose que : « *Le délai d'exécution maximal, imposé par la Direction des travaux est de 140 jours ouvrables pour le montage sur site, hors arrêts forcés dont les causes sont indépendantes de la volonté de l'entrepreneur et de ses sous-traitants, à partir de la date de l'ordre d'exécution.* »

Le rapport de réception définitive du 29 juillet 2009 renseigne un dépassement de 31 jours dû à un manque d'effectifs sur le chantier.

A.) -B.) fait valoir que ce rapport ne constitue pas un aveu extrajudiciaire faite « d'avoir été rédigé par les parties appelantes ».

Aux termes de l'article 1354 du Code civil, l'aveu qui est opposé à une partie est ou extrajudiciaire ou judiciaire.

L'aveu peut être défini comme étant une déclaration par laquelle une personne reconnaît comme vrai et comme devant être tenu pour avéré à son égard un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques.

Contrairement à l'aveu judiciaire quant auquel l'article 1356, alinéa 2, du code civil précise qu'il « fait pleine foi contre celui qui l'a fait », l'aveu extrajudiciaire ne se voit reconnaître aucune force probante particulière qui s'imposerait au juge (Cass. 3e civ., 23 janv. 1969, n° 67-10.259 : Bull. civ. 1969, III, n° 66). Cela s'explique par les circonstances dans lesquelles l'aveu extrajudiciaire est recueilli, hors la présence du juge. On ne saurait dès lors imposer à celui-ci de s'y conformer. Le juge appréciera souverainement la force probante de l'aveu extrajudiciaire.

Les juges peuvent se déclarer totalement convaincus par un aveu extrajudiciaire, ils peuvent à l'inverse le rejeter, y trouver un indice ou un commencement de preuve par écrit (Jurisclasseur Civil Art. 1354-1356 Fasc. 20 nos 49-50).

A supposer que le rapport dont question n'ait pas été rédigé par l'association momentanée, il est cependant constant en cause qu'il a été signé par son représentant sans aucune réserve quant au dépassement du délai d'achèvement des travaux de 31 jours dû au manque d'effectifs.

Le fait que l'association momentanée ait envoyé auparavant des courriers de contestations à l'ETAT quant au manque d'effectifs et quant à l'avancement des travaux ne saurait partant pas porter à conséquence. Elle aurait au moment de la signature du rapport dû signaler que les retards dans l'exécution des travaux ne lui sont pas imputables et qu'il n'y avait pas un manque d'effectifs de sa part.

Or, en signant le procès-verbal, elle a admis un dépassement du délai d'achèvement des travaux de 31 jours «suivant relevé A.) en annexe » causé par un effectif insuffisant de sa part.

C'est partant à juste titre que le tribunal de première instance a retenu qu'au regard du procès-verbal du 29 juillet 2009, l'ETAT peut imposer des pénalités de retard à l'association momentanée et qu'il a rejeté tant l'offre de preuve par témoins présentée par l'association momentanée par laquelle elle entend démontrer que les retards sur le chantier sont dus à d'autres entreprises présentes sur le chantier que la demande de l'association momentanée tendant à voir enjoindre à l'ETAT de verser les rapports du poste de garde du service de sécurité afin d'établir que le nombre des ouvriers qu'elle avait dépêchés sur les lieux était supérieur à celui indiqué dans le procès-verbal de réception du 29 juillet 2009.

L'ETAT entend mettre en compte un montant de 152.484,57 EUR sur la facture finale émise par A.) -B.) à titre d'indemnités de retard.

A.) -B.) estime qu'il y a lieu de réduire le montant retenu étant donné que le taux de 0,25 % a été appliqué au montant de l'offre de base de 1.967.542,75 EUR, soit 4.918,86 EUR par jour. L'offre de base ayant été diminuée de 202.500 EUR, le taux de 0,25 % devrait être appliqué au montant final de 1.635.442,75 EUR soit 4.088,61 EUR par jour. Les pénalités ne seraient en outre dues que jusqu'à l'achèvement des travaux.

Il convient de rappeler que l'article 1.8.7 des clauses contractuelles prévoit une pénalité forfaitaire de 0,25 % du montant de l'offre par jour ouvrable de retard.

En l'absence d'autres éléments de nature à déterminer le coût final des travaux exécutés par A.) -B.) , le tribunal de première instance est, par adoption de ses motifs, à confirmer en ce qu'il a invité les parties à le renseigner à ce sujet.

A.) -B.) réclame une indemnité de procédure de 5.000 EUR pour chacune des deux instances.

La demande présentée par A.) -B.) pour la première instance est à toiser lors de la continuation des débats.

Au vu de l'issue du litige, A.) -B.) est à débouter de sa demande pour l'instance d'appel.

L'ETAT réclame une indemnité de procédure de 5.000 EUR pour l'instance d'appel.

L'iniquité n'étant pas établie, cette demande est à rejeter.

PAR CES MOTIFS

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

reçoit l'appel,

le dit non fondé,

confirme le jugement entrepris,

renvoie le dossier devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour continuation des débats,

déboute la société anonyme A.) , la société anonyme B.) et l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG de leurs demandes présentées sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile pour l'instance d'appel,

condamne la société anonyme A.) et la société anonyme B.) aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Claude CLEMES, avocat concluant, qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Eliane EICHER, président de chambre, en présence du greffier Josiane STEMPER.