

Jugement civil no.193/2007 (XVIIe chambre)

Audience publique du mercredi, onze juillet deux mille sept

Numéro 104417 du rôle

Composition:

Marianne HARLES, vice-présidente,

Marielle RISCHETTE, juge,

Charles KIMMEL, juge

Danielle FRIEDEN, greffier.

E n t r e

la **SOC.1.) SA (SOC.1.)**, société anonyme de droit luxembourgeois, établie et ayant son siège social à L- (...), (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),

demanderesse aux termes d'un exploit du 22 septembre 2006 de l'huissier de justice suppléant Josiane GLODEN, en remplacement de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch-sur-Alzette,

comparant par Maître Marc ELVINGER, avocat, demeurant à Luxembourg,

e t

l'ADMINISTRATION COMMUNALE DE LA VILLE D'**LIEU.1.)**, établie à L- (...) **LIEU.1.)**, (...), représentée par son collège des bourgmestre et échevins actuellement en fonctions,

défenderesse aux fins du prédit exploit GLODEN,

comparant par Maître Roger NOTHAR, avocat, demeurant à Luxembourg.

L e T r i b u n a l

Vu l'ordonnance du 6 juin 2007 ayant limité la clôture de l'instruction au seul problème de la qualification de la mission confiée par les parties au Professeur Jean-Marie RIGO.

Entendu le rapport fait en application de l'article 226 du Nouveau Code de Procédure civile.

Entendu la **SOC.1.) SA** (ci-après « la société **SOC.1.) SA** ») par l'organe de Maître Marc ELVINGER, avocat constitué.

Entendu l'administration communale de la Ville d'**LIEU.1.)** (ci-après « la Ville d'**LIEU.1.)** ») par l'organe de son mandataire Maître Sandra ALVES ROUSSADO, avocat, en remplacement de Maître Roger NOTHAR, avocat constitué.

Par courrier du 5 septembre 2002, la Ville d'**LIEU.1.)** a passé commande à la société **SOC.1.) SA** de travaux de transformation de la maison communale d'**LIEU.1.)** suite à une procédure de soumission publique. D'après un certificat de paiement établi par la société **SOC.2.) SA** qui a été chargée du pilotage des travaux par la Ville d'**LIEU.1.)**, le marché a porté sur la somme de totale de 3.313.742,87 euros TTC, y compris le prix du marché de base, la prise en compte des avenants et les travaux exécutés en régie.

L'annexe à la commande des travaux à la société **SOC.1.) SA** comportait sous son point 1.10 un calendrier d'exécution des travaux. La date de fin des travaux a été fixée au 30 mai 2003 suivie d'une levée des réserves et de l'établissement d'un décompte final et d'un dossier « as built ». L'article 1.8.8 du dossier de soumission formant la base des relations contractuelles entre parties prévoyait la mise en compte de pénalités conventionnelles en cas de non respect du calendrier d'exécution des travaux. Il a été convenu de limiter le total des pénalités à 10% du montant du marché.

Le cours de l'exécution des travaux de transformation a été perturbé par la découverte d'amiante. Le traitement de l'amiante a nécessité une adaptation du calendrier d'exécution des travaux.

La date de la fin des travaux a finalement été reportée au 1er septembre 2003. La maison communale a été inaugurée le 15 septembre 2003.

Par lettre recommandée du 22 octobre 2003, la Ville d'**LIEU.1.)** a informé la société **SOC.1.) SA** qu' « *en date du 10 octobre 2003 un montant total de 299.000,00 EUR de pénalités de retard a été appliqué* ».

Face aux contestations de la société **SOC.1.) SA** sur le principe et le montant des pénalités mis en compte par la Ville d'**LIEU.1.)**, les parties ont chargé le Professeur Jean-Marie RIGO par lettre collective du 29 juin 2004 de la mission « *de concilier les parties, si faire se peut, sinon dans un rapport écrit et motivé de vous prononcer sur base des clauses et conditions du cahier des charges quant au bien-fondé, dans leur principe que dans leur quantum, des pénalités de retard* ». La lettre collective indique que « *les parties précisent que la présente demande d'expertise est faite sans reconnaissance préjudiciable aucune de part et d'autre. Les parties ont décidé d'accepter les conclusions qui découleront de l'expertise. (...) Les parties vous demandent dans le cadre de votre mission d'expertise d'assurer à tout moment le principe du contradictoire, c'est-à-dire notamment de ne pas consulter unilatéralement l'une ou l'autre des*

parties en cause, ses sous-traitants, ayants-droit ou autre sans en avoir informé l'autre partie et sans l'avoir invitée à participer à une telle consultation. Il en va de même de toute autre demande que vous serez amené à formuler dans le cadre de vos travaux d'expertise ».

Après une tentative de conciliation qui n'a pas abouti, le Professeur Jean-Marie RIGO a déposé son rapport en date du 12 novembre 2005.

Le Professeur RIGO a imputé le retard dans l'exécution des travaux de transformation, d'un côté, aux travaux d'élimination de l'amiante et, d'un autre côté, au fait que la société **SOC.1.) SA** « *n'a pas mis en œuvre tous les moyens possibles pour terminer ses travaux et assurer les levées de réserves d'une part et pour clôturer le décompte final d'autre part* ». Il a conclu que la société **SOC.1.) SA** redoit à la Ville d'**LIEU.1.)** la somme de 52.450 euros à titre de pénalités de retard, cette somme correspondant, d'après lui, au préjudice réellement subi par la Ville d'**LIEU.1.)**. Il a ajouté que cette dernière a également droit au remboursement de frais de nettoyage de 351,01 euros qu'elle a avancés, au paiement d'une partie des frais d'honoraires pour présence de maîtrise d'œuvre lors de la réception de l'ouvrage (1.500 euros) et des frais de remise en état de l'ascenseur (3.900 euros).

Par exploit d'huissier de justice du 22 septembre 2006, la société **SOC.1.) SA** a régulièrement donné assignation à la Ville d'**LIEU.1.)** à comparaître devant le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière civile, pour avoir paiement du solde du prix des travaux de transformation. Elle demande la condamnation de la Ville d'**LIEU.1.)** à lui payer la somme de 292.788,12 euros ainsi que les intérêts moratoires au taux directeur de la Banque Centrale Européenne sur la somme de 674.482,67 euros, somme indûment retenue par la Ville d'**LIEU.1.)**. La société **SOC.1.) SA** demande que le taux d'intérêt soit majoré de 7% trente jours à partir de l'envoi des factures respectives, sinon à partir du 4 mars 2005, sinon à partir de la date de la demande en justice jusqu'à solde.

A l'appui de sa demande, la société **SOC.1.) SA** fait plaider qu'elle accepte les conclusions du Professeur RIGO. En date du 4 mars 2005, elle aurait présenté son décompte final à la Ville d'**LIEU.1.)**. D'après ce décompte, la Ville d'**LIEU.1.)** lui redevrait la somme de 758.847,69 euros. La défenderesse aurait cependant refusé de lui payer ce montant. Ainsi, la Ville d'**LIEU.1.)** aurait compensé le remboursement de la garantie de 10% (287.596,31 euros) versée par la société **SOC.1.) SA** sur le montant total HTVA de chaque facture en application du point 1.12 « *Conditions de paiement* » de l' « *annexe à la commande de principe* » en mettant en compte des pénalités de retard. Après une retenue supplémentaire de 87.886,45 euros, le montant total des déductions par la Ville d'**LIEU.1.)** pour prétendues pénalités de retard se serait chiffré à (287.596,31 + 87.886,45 + 299.000 =) 674.482,76 euros. Suite à une assignation en référé lancée le 29 novembre 2005 par la société **SOC.1.) SA**, la Ville d'**LIEU.1.)** aurait accepté de débloquer une somme de 323.493,63 euros de sorte que le montant actuellement retenu par la défenderesse se chiffrerait à (674.482,76 – 323.493,63 =) 350.989,13 euros. En vertu des conclusions du Professeur RIGO, la Ville d'**LIEU.1.)** redevrait actuellement à la société **SOC.1.) SA** le montant de (350.989,13 – 52.450 – 351,01 – 1.500 – 3.900 =) 292.788,12 euros.

La Ville d'**LIEU.1.)** s'oppose à la demande de la société **SOC.1.)** SA. Elle conteste les conclusions du rapport RIGO, document qu'elle qualifie de simple rapport d'expertise, en ce que l'expert a procédé à une révision sensible des pénalités de retard redues par la société **SOC.1.)** SA. La Ville d'**LIEU.1.)** critique par ailleurs la mise en compte des intérêts moratoires par la demanderesse.

La société **SOC.1.)** SA fait valoir que la Ville d'**LIEU.1.)** ne saurait critiquer les conclusions du Professeur RIGO, ce dernier ayant été chargé d'un arbitrage dont la décision lie les parties en litige. Subsidiatement, il s'agirait d'une expertise-arbitrage ou d'une expertise irrévocable dont les conclusions seraient obligatoires « *pour les parties au niveau de ses conclusions* ».

Les parties ont demandé au tribunal de statuer par un jugement séparé sur la question de la qualification de la mission confiée au Professeur RIGO et de réserver le fond de l'affaire.

Pour qualifier la mission confiée par les parties au Professeur RIGO, il importe de définir les traits caractéristiques des institutions susceptibles d'entrer en ligne de compte : expertise amiable, arbitrage volontaire, transaction et expertise-arbitrage.

L'expertise amiable est l'opération à laquelle se livrent un ou plusieurs experts pour constater certains faits, vérifier, examiner, mesurer, évaluer certaines choses, et faire un rapport destiné à éclairer les parties, lorsqu'il se présente des questions que les parties ne peuvent apprécier par elles-mêmes, parce qu'elles demandent des connaissances spéciales, ou qu'elles nécessiteraient des déplacements trop prolongés ou trop onéreux (cf *Oscar DEJEAN, Traité théorique et pratique des expertises, 2ème éd., 1881, p. 1, n° 1 pour la définition de l'expertise*). L'expert émet un avis qui a pour objet d'éclairer un fait litigieux, d'établir une vérification, d'indiquer des travaux et réparations à faire, de fixer la valeur d'objets contestés ou d'évaluer un dommage ou un préjudice causé. Cet avis a le plus souvent une grande influence sur l'opinion des juges, quoique ceux-ci ne soient pas obligés de le suivre si leur conviction s'y oppose (*Louis MALLARD, Traité de l'expertise judiciaire, éd. 1901, p. 2 et 3*). L'expert, qu'il soit nommé par les parties ou désigné par le juge, l'est toujours afin de procéder à des constatations d'ordre matériel ou technique. Il excéderait sa mission s'il tirait des conclusions d'ordre juridique. De surcroît, son avis est consultatif et ne lie ni les parties ni le juge. L'expertise enfin, peut être organisée en dehors de tout litige existant (*Jacqueline LINSMEAU, « L'arbitrage volontaire en droit privé belge », éd. Bruylant 1991, p. 24, n° 17*).

L'arbitrage est l'institution d'une justice privée grâce à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun pour être résolus par des arbitres investis, pour la circonstance, de la mission de juger (*Encyclopédie DALLOZ, Procédure civile, verbo « Arbitrage en droit interne », p. 2, n° 1*). L'arbitrage volontaire est une juridiction que la volonté des parties confère à de simples particuliers pour statuer sur une ou plusieurs contestations qui les divisent. Il n'y a donc pas d'arbitrage sans contestation. Si aucun litige ne divise les parties, la matière de l'arbitrage fait défaut. Comme la juridiction arbitrale est volontaire, on peut compromettre à tout moment (*Alfred BERNARD, « L'arbitrage volontaire en droit privé », 1937, p. 19, n° 18 à 20*).

L'arbitrage et l'expertise ont au moins ceci de commun qu'elles interviennent en vue de la solution d'un litige, et qu'elles supposent l'une et l'autre l'intervention d'un tiers. Or, si dans l'arbitrage, le but est de trancher le litige, l'expertise tend à préparer la solution au litige (*Jean ROBERT, « L'arbitrage, droit interne, droit international privé », DALLOZ, 5ème éd., 1983, p. 10, n° 5*). L'expert est un auxiliaire temporaire commis par le tribunal pour le renseigner sur les questions de fait, d'ordre technique, et dont l'avis ne s'impose pas à lui. L'arbitre est un juge, choisi par les parties pour un temps limité, à l'expiration duquel il est dépouillé de ses pouvoirs (*Louis MALLARD, Traité-formulaire de l'expertise judiciaire, 7ème éd., 1955, p. 9*). La différence entre l'arbitrage et l'expertise dépend de la nature et de l'étendue des pouvoirs conférés. Elle réside moins dans la nature du différend soumis à l'appréciation des arbitres ou des experts que dans les effets attachés à l'opinion formulée par les personnes. L'arbitrage ne s'exerce jamais qu'à fin de jugement à rendre sur un litige. L'expertise au contraire n'implique qu'un simple avis qui ne lie ni les parties ni les tribunaux. Il y a arbitrage lorsque les parties ont décidé d'accepter l'avis des personnes qu'elles consultent pour trancher la contestation qui les divise. Il y a expertise quand les parties, à seule fin de s'éclairer, demandent à un ou des tiers un avis au sujet du différend qui les sépare, mais sans prendre l'engagement de se soumettre à cet avis. Il appartient au juge du fond de décider souverainement, en se fondant sur la commune intention des parties et des circonstances de la cause, si la mission confiée aux tiers relève de l'arbitrage ou de l'expertise (*Alfred BERNARD, op. cit., p. 20 et 21, n° 22 et 23*).

Bien qu'aucune des parties en cause ne l'ait évoqué, il y a également lieu de prendre en compte l'institution de la transaction qui est une institution voisine de l'arbitrage. Aux termes de l'article 2044 du Code civil, la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. La transaction suppose que les parties se fassent des concessions réciproques (*Juris-Classeur civil, articles 2044 à 2058, fasc. 10 : Transaction-notion, n° 1*). Entre les parties, la transaction a un triple effet : un effet extinctif, un effet obligatoire et un effet déclaratif (*Juris-Classeur civil, op. cit, fasc. 60, n° 2*). Son effet extinctif fait que la transaction met fin à la contestation ou au risque de contestation. La transaction diffère de l'arbitrage, entre autres, par le fait que, par la transaction, les parties résolvent elles-mêmes, ou par mandataires, le fond même de la contestation qui les divise. Dans l'arbitrage, au contraire, elles donnent, dans une convention qui porte soit le nom de clause compromissoire, soit celui de compromis, mission à des tiers de résoudre au fond la même contestation (*Encyclopédie DALLOZ, op. cit., p. 5, n° 22 et 23*).

L'expertise irrévocable, ou expertise arbitrage, quant à elle, repose sur une convention qui donne mission à un expert de réaliser un constat qui obligera les parties et éventuellement le juge public ou privé qui sera ultérieurement saisi d'un litige. Même si la décision de l'expert arbitre est, à l'instar de celle de l'arbitre juridictionnel, obligatoire, les deux institutions diffèrent l'une de l'autre eu égard à la mission confiée à l'expert arbitre, respectivement à l'arbitre juridictionnel. Ce dernier juge, tandis que l'autre constate un fait ou un complexe de fait de manière définitive. Si le tiers est seulement chargé de fixer irrévocablement une question de fait, sa mission ne peut être, malgré sa force obligatoire, que celle d'un expert. Si, au contraire, il est demandé au tiers de tirer des conséquences juridiques du même constat, sa mission est celle d'un arbitre. Le

critère de distinction passe ainsi par la nature de la mission confiée au tiers (*Juris-Classeur Procédure civile, verbo « Arbitrage », fasc. 1005, p. 19, n° 86 et 87*).

Il résulte de la lettre collective du 29 juin 2004 que les parties qualifient la mission confiée au Professeur RIGO de « *mission d'expertise* ». Il faut retenir à cet égard que la qualification donnée par les parties aux tiers auxquels elles s'adressent importe peu (*Alfred BERNARD, op. cit., p. 21, n° 23*).

Le tribunal constate au vu des principes dégagés ci-avant que les conclusions du Professeur RIGO ne sauraient être qualifiées de transaction, l'intervention d'un tiers commis par les parties excluant cette qualification.

D'après la société **SOC.1.) SA**, la mission confiée au Professeur RIGO est à qualifier de mission d'arbitrage, et non pas de mission d'expertise, et ce pour les raisons suivantes :

- la société **SOC.1.) SA** et la Ville d'**LIEU.1.)** ont toutes les deux exprimé la volonté de se soumettre à la décision du Professeur RIGO et d'accepter ses conclusions,
- le principe du contradictoire, dont l'importance de son respect avait expressément été soulignée par les parties dans la lettre collective du 29 juin 2004, a été respecté par le Professeur RIGO,
- l'existence d'un litige préalable entre les parties,
- le contenu de la mission confiée au tiers imposait à ce dernier de tirer de véritables conséquences de droit des faits constatés par lui et de faire application de clauses et conditions du contrat conclu entre parties.

La Ville d'**LIEU.1.)** fait valoir que, contrairement au raisonnement de la société **SOC.1.) SA**, la mission confiée au Professeur RIGO était une simple mission d'expertise :

- l'article 1.7 des clauses du contrat signé entre parties se serait opposé au recours à un arbitre
- le Professeur RIGO ayant seulement été appelé à vérifier sur base du cahier des charges si les jours de retard et partant les pénalités de retard mises en compte par la Ville d'**LIEU.1.)** étaient justifiés ou non, la mission aurait été cantonnée au constat d'un simple fait sans empiéter sur le terrain de l'appréciation en droit,
- la Ville d'**LIEU.1.)** n'aurait pas consenti à confier au Professeur RIGO une mission d'arbitrage dès lors que la lettre collective indique que « *la présente demande d'expertise est faite sans reconnaissance préjudiciable aucune de part et d'autre* ».

Le tribunal rappelle que la mission confiée au Professeur RIGO était libellée comme suit : « ***concilier les parties, si faire se peut, sinon dans un rapport écrit et motivé de vous prononcer sur base des clauses et conditions du cahier des charges quant au bienfondé, dans leur principe que dans leur quantum, des pénalités de retard*** ».

Le tribunal retient au vu du libellé de la mission confiée au Professeur RIGO que son exécution exigeait de la part du tiers l'analyse de considérations d'ordre juridique excédant largement la constatation de simples faits telle que requise dans le cadre d'une mission d'expertise. En effet, l'examen du bien-fondé de la mise en compte de pénalités de retard par la Ville d'**LIEU.1.)** au détriment de la société **SOC.1.)** SA, et donc la réponse à la question de savoir si la mise en compte de telles pénalités était justifiée, impliquait pour le tiers de procéder à une véritable qualification juridique des faits et une interprétation des clauses contractuelles, notamment en ce qui concerne l'imputabilité des retards dans l'exécution des travaux à l'entrepreneur en application de l'article 2.1.13 « *Pénalités et primes* » des clauses contractuelles et en ce qui concerne la détermination du point de départ du cours des pénalités éventuelles et de la date à partir de laquelle aucune pénalité n'était plus due. Ce fait est par ailleurs confirmé par le contenu du rapport RIGO.

Il appert de plus des éléments du dossier, et notamment de la lettre collective du 29 juin 2004, que les parties ont décidé de recourir au Professeur RIGO du fait qu'un « *désaccord sur l'application des pénalités de retard* » était né et qu'un litige les divisait. Il en résulte également que « *les parties ont décidé d'accepter les conclusions qui découleront de l'expertise* », que la Ville d'**LIEU.1.)** et la société **SOC.1.)** SA ont donc décidé d'accepter l'avis du Professeur RIGO pour trancher la contestation. Dans ses conclusions notifiées le 4 décembre 2006 et le 20 mars 2007, la Ville d'**LIEU.1.)** confirme par ailleurs avoir été d'accord à accepter les conclusions du Professeur RIGO.

Il résulte des développements qui précèdent que la mission confiée le 29 juin 2004 au Professeur Jean-Marie RIGO ne saurait être qualifiée de simple mission d'expertise dès lors que la mission n'avait pas eu pour but d'éclairer les parties par un avis au sujet d'un différend, sans prendre l'engagement de s'y soumettre, mais de conférer au tiers les pouvoirs d'une juridiction pour voir statuer sur une contestation qui les divise.

La mission confiée au Professeur RIGO ne saurait pas non plus être qualifiée d'expertise arbitrage dès lors que, tel qu'il a été retenu ci-dessus, le contenu de la mission impliquait pour le tiers de tirer des conséquences juridiques des constatations de fait. En application des principes dégagés ci-avant quant aux différentes institutions en cause, la mission du Professeur RIGO était celle d'un arbitre.

La Ville d'**LIEU.1.)** soutient que les dispositions de l'article 1.7 des clauses contractuelles interdisaient aux parties de recourir à un arbitre.

La société **SOC.1.)** SA conteste le bien-fondé de ce moyen.

L'article 1.7 « LITIGES » dispose que « *les différences qui pourraient naître de l'application ou de l'interprétation du présent contrat sont de la compétence des tribunaux luxembourgeois* ». Contrairement aux allégations de la Ville d'**LIEU.1.)**, cette disposition n'empêche pas que l'on puisse qualifier la mission confiée au Professeur RIGO d'arbitrage dès lors qu'il était loisible aux

parties, une fois le différend né, de déroger aux clauses du contrat et d'avoir recours à l'institution de l'arbitrage, voire à un arbitre de nationalité étrangère, l'article 1224 du Nouveau Code de Procédure civile disposant par ailleurs que « *toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition* ». Le moyen de la Ville d'**LIEU.1.)** n'est partant pas fondé.

La Ville d'**LIEU.1.)** soutient encore n'avoir jamais consenti à conférer au Professeur RIGO une mission d'arbitrage, les parties ayant précisé que le recours au tiers est fait « *sans reconnaissance préjudiciable aucune de part et d'autre* ».

C'est à bon droit que la société **SOC.1.)** SA fait valoir que, par cette réserve, les parties ont seulement entendu exprimer qu'elles maintenaient leurs positions respectives qu'elles avaient prises avant le recours à l'arbitre pour trancher définitivement la contestation qui les divisait. Le moyen de la Ville d'**LIEU.1.)** n'est partant pas fondé.

Les autres moyens exposés par la Ville d'**LIEU.1.)** dans ses conclusions notifiées le 20 mars 2007, notamment ceux relatifs à un prétendu dépassement des pouvoirs par le Professeur RIGO et à la prétendue violation par l'arbitre des lois et règlements applicables en matière de marché public, sont à réserver dès lors qu'ils concernent l'exécution de la mission d'arbitrage et non pas la nature juridique de la mission conférée au Professeur RIGO.

Par ces motifs

le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, dix-septième section, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement,

vu l'ordonnance du 6 juin 2007 ayant limité la clôture de l'instruction au seul problème de la qualification de la mission confiée par les parties au Professeur Jean-Marie RIGO,

entendu le rapport fait en application des dispositions de l'article 226 du Nouveau Code de Procédure civile,

reçoit la demande de la **SOC.1.)** SA en la forme,

dit que la mission confiée conjointement le 29 juin 2004 par la **SOC.1.)** SA et par l'administration communale de la Ville d'**LIEU.1.)** au Professeur Jean-Marie RIGO est à qualifier de mission d'arbitrage au sens des articles 1224 et suivants du Nouveau Code de Procédure civile, réserve le surplus de la demande et les droits des parties, réserve les dépens,

refixe l'affaire pour continuation des débats à l'audience de conférence de mise en état du 19 septembre 2007 à 9.00 heures dans la salle 31, 1er étage, du Palais de Justice, rue du Palais de Justice à Luxembourg.