A r r ê t c i v i l

Audience publique du mercredi, dix-huit novembre deux mille neuf.

Numéro 34667 du rôle.

Composition :

Edmée CONZEMIUS, présidente de chambre ;
Marc KERSCHEN, premier conseiller ;
Camille HOFFMANN, premier conseiller ;
Patrick KELLER, greffier.

E n t r e :

A, (…), demeurant (…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Alex MERTZIG de Diekirch en date du 05 mars 2009,

comparant par Maître Isabelle GIRAULT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

La société anonyme B SA, établie et ayant son siège social à (…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro B (…),

intimée aux fins du prédit exploit MERTZIG,

comparant par Maître Roy REDING, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

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

Suivant contrat d'entreprise du 2 décembre 2002, la société anonyme B, anciennement (…), s'est engagée à construire pour compte de A une maison en bois pour le prix de 459.628 € HTVA.

La société anonyme B demande la condamnation de A au paiement de la somme de 15.054,89 €, avec les intérêts légaux à compter du 14 novembre 2005, date du décompte, sinon à compter du 17 janvier 2006, date d'une mise en demeure, sinon de la présente demande jusqu'à solde.
A demande la condamnation de la société anonyme B de lui payer à titre de dommages et intérêts le montant de 44.028,81 € pour non-conformité des pierres livrées à celles commandées ainsi que le montant de 40.575 € pour non-respect des délais impartis pour terminer le chantier. Il demande encore l'institution d'une expertise pour établir les malfaçons qui affecteraient les travaux réalisés.

Statuant sur ces demandes, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a, par jugement du 11 novembre 2008, déclaré non fondée la demande de A en paiement d'indemnités de retard et ordonné un complément d'expertise quant aux autres demandes des parties.

Pour rejeter la demande en paiement des pénalités de retard, le tribunal a :
constaté qu'il résulte du contrat d'entreprise du 2 décembre 2002, que les travaux devaient s'achever le 1er août 2003 ou au plus tard le 1er septembre 2003, hors intempéries ou travaux supplémentaires ; que le contrat prévoit une pénalité de 75 € par jour de retard par rapport au délai d'exécution prévu, pour autant que ce retard est imputable à l'entrepreneur et rend la maison inhabitable ;

dit que les pénalités de retard commencent le lendemain de la date fixée pour l'achèvement des travaux et doivent s'arrêter au moment où les travaux sont terminés ; qu'un ouvrage ou des travaux de grande envergure, comme en l'espèce une maison d'habitation, sont à déclarer achevés dès lors que sont réalisés les travaux indispensables à l'utilisation de l'ouvrage et que cette utilisation est conforme à la destination de l'ouvrage ; que les travaux dits de parachèvement ne sont pas indispensables pour que l'achèvement de l'ouvrage soit constaté (cf. Cour d'appel, 14 février 2001, n° 22109 du rôle) ;

constaté qu'il ressort des pièces que les travaux étaient effectivement achevés au plus tôt à la date de la réception provisoire des travaux de chauffage, soit le 15 février 2005 ;

dit que l'application de pénalités de retard suppose en principe l'existence d'une mise en demeure préalable ; qu'il incombe partant au maître d'ouvrage, désirant obtenir réparation du préjudice à lui causé par le retard d'exécution, de ne pas omettre d'adresser à l'entrepreneur, par lettre recommandée, une interpellation de telle nature que celui-ci ne puisse se

méprendre sur la portée de l'acte qui lui est adressé, à moins que la convention d'entreprise ne dispense le maître d'ouvrage de son obligation de mettre l'entrepreneur en demeure - ce qui adviendra par exemple lorsque le cahier des charges porte en termes exprès que le constructeur est mis en demeure de plein droit par la seule échéance du terme fixé ; qu'il est indispensable que la mise en demeure comporte une forme telle que l'entrepreneur sache qu'elle poursuit l'octroi de dommages et intérêts moratoires ;

qu'en matière d'entreprise de construction, on ne saurait admettre que la seule échéance du terme fixé constitue l'entrepreneur en demeure ; que le maître de l'ouvrage n'a pas mis en demeure l'entrepreneur par lettre recommandée avant la réception provisoire, de sorte qu'aucune pénalité n'est due ; que la lettre de mise en demeure intervenue par la suite, en date du 1er février 2006, ne peut pas faire courir des pénalités de retard *a posteriori*.

A a relevé appel de ce jugement par exploit d'huissier de justice du 5 mars 2009 pour entendre faire droit à sa demande en paiement des pénalités prévues en cas de retard.
Il demande la condamnation de l'intimée à lui payer de ce chef des dommages et intérêts 510 jours x 75 €, soit 38.250 €.
L'appelant demande encore la condamnation de l'intimée à lui payer une indemnité de procédure de 2.000 €.

L'appelant fait valoir que le contrat d'entreprise stipule que « *les travaux seront terminés le 1er août ou au plus tard le 1er septembre 2003 sauf cas de force majeure. Ce délai de construction est prorogé de plein droit en cas d'intempéries, cas fortuit ou force majeure, exécution de travaux supplémentaires prévus par l'avenant et fait du maître d'œuvre, notamment pour retard de paiement* » et qu'un « *montant de 75 € sera octroyé par jour retard* » ; que le délai stipulé est impératif, de sorte que la simple échéance du terme vaut mise en demeure ; que la réception des travaux n'a eu lieu que le 15 février 2005 ; que l'appelant avait accordé un délai supplémentaire de vingt-quatre jours à l'intimée ; que celle-ci doit partant une somme de 510 jours x 75 €, soit 38.250 € à titre de pénalité de retard.
L'appelant demande en outre l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.000 €.

La société anonyme B demande la confirmation du jugement entrepris.

Elle fait valoir que l'article 1146 du code civil exige une mise en demeure du débiteur ; que l'appelant ne l'a mise en demeure que par lettre du 1er février 2006, après l'achèvement des travaux et que cette mise en demeure est inopérante.
Elle soutient ensuite qu'en réceptionnant l'ouvrage sans réserve, l'appelant aurait renoncé à se prévaloir de la clause pénale. Elle cite en ce sens A. Delvaux, Traité juridique des bâtisseurs, 2e édition, n° 124 et un arrêt de la Cour d'appel du 17 décembre 2003, n° rôle 27549 qui a repris cette solution.

En outre, l'appelant n'aurait plus ni intérêt ni qualité pour agir au motif qu'il aurait vendu la maison.
Elle conteste enfin tant le principe que le quantum de la demande en faisant état de travaux supplémentaires et de retards de paiement imputables à l'appelant.
L'intimée demande une indemnité de procédure de 2.000 €.

Il ne ressort pas de la procédure versée en cause que le jugement entrepris eût été signifié à la partie appelante. L'appel est partant recevable, aucun délai n'ayant commencé à courir.

L'article 1146, alinéa 1er, du code civil pose le principe que les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation.
Cependant, suivant le second alinéa de cet article « lorsque le jour de l'exécution a été déterminé d'un commun accord le débiteur est mis en demeure par la seule expiration de ce jour ».

En l'espèce, le contrat d'entreprise conclu entre parties stipule que « *les travaux seront terminés le 1er août ou au plus tard le 1er septembre 2003 sauf cas de force majeure. Ce délai de construction est prorogé de plein droit en cas d'intempéries, cas fortuit ou force majeure, exécution de travaux supplémentaires prévus par l'avenant et fait du maître d'œuvre, notamment pour retard de paiement* » et qu'un « *montant de 75 € sera octroyé par jour retard* ».
Si la date 1er août n'est qu'indicative, le second délai, en revanche, précisant que les travaux seront terminés « *au plus tard le 1er septembre 2003* » constitue un terme impératif et contraignant. Les parties ont ainsi fixé le jour de l'exécution d'un commun accord au 1er septembre 2003. L'entrepreneur était tenu d'une obligation de résultat d'achever la construction à la date du 1er septembre 2003. Conformément à l'article 1146, alinéa 2, la société anonyme B était mise en demeure par la seule expiration de ce délai.

L'intimée soutient ensuite que l'appelant aurait renoncé aux pénalités de retard en procédant à la réception de la maison sans émettre de réserve quant à cette indemnité.

Il est cependant de principe que les renonciations ne se présument pas et qu'une partie ne peut être censée avoir implicitement renoncé à un droit que si cette intention est démontrée de façon non équivoque. La renonciation ne s'induit pas nécessairement d'un oubli, d'une abstention ou d'une omission (cass. 1re ch. 12 décembre 1960, Bull. civ. 1960, I, n°536, p. 437)
La réception de l'ouvrage par le maître de l'ouvrage n'implique en principe pas son intention certaine de renoncer aux pénalités de retard (Liet-Veaux, Le droit de la construction, 8e éd. 1984, p. 318). « *La simple réception des travaux et leur paiement, même sans réserve, ne saurait constituer, de la part du maître de l'ouvrage, des manifestations positives de sa renonciation au droit de réclamer une indemnité pour retard dans l'exécution des*

travaux, acquise en vertu d'une clause pénale insérée dans le marché » (cass. 1re ch. 12 décembre 1960, précité).
Cette solution se trouve confortée par la fonction de la réception.
La réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves. En procédant à la réception, le maître de l'ouvrage vérifie la bonne exécution de la construction, son achèvement, sa conformité et sa qualité. Si elle intervient en exécution d'un contrat de louage d'ouvrage, elle a pour effet de couvrir les non-conformités et les vices apparents, de faire courir les délais de garantie, de transférer la garde du chantier et les risques au maître de l'ouvrage. La réception est cependant en principe étrangère au règlement des comptes entre parties et notamment aux pénalités de retard (cf. Laurent Karila et Cyrille Charbonneau, Droit de la construction : responsabilités et assurances, Litec, n°351 ; Juris-Classeur civil, Construction-Urbanisme, fasc. 201 : Marché d'entreprise immobilière, n° 137).
Il découle de ce qui précède qu'il n'est pas prouvé que l'appelant eût renoncé aux indemnités de retard en procédant à la réception de l'ouvrage, même en l'absence de réserve quant à ces indemnités.

C'est encore en vain que l'intimée conteste la qualité et l'intérêt pour agir de l'appelante au motif qu'il aurait vendu la maison en question.
A supposer que l'appelant ait vendu la maison construite par l'intimée, il conserve néanmoins intérêt et qualité pour demander le paiement des pénalités de retard.
Suivant une jurisprudence constante, l'action en garantie pour vices, considérée comme un accessoire de l'immeuble, passe aux acquéreurs successifs, en application de l'article 1615 du code civil. Cependant, le maître de l'ouvrage ne perd pas la faculté d'exercer l'action dès lors qu'elle présente pour lui un intérêt certain et qu'il peut donc invoquer un préjudice personnel.
Contrairement aux actions du maître de l'ouvrage relatives aux vices et non-conformités qui sont étroitement attachées à l'immeuble, l'action en paiement des indemnités de retard ne présente pas de lien particulier avec l'immeuble. Elle ne tend pas à réparer un défaut inhérent à l'ouvrage, mais une simple privation de jouissance de l'immeuble dans le chef du maître de l'ouvrage. Cette action ne constitue pas un accessoire de l'immeuble et n'est pas transférée à l'acquéreur en cas de vente.

L'intimée soutient enfin que le retard pris par les travaux de construction s'explique par les travaux supplémentaires commandés par l'appelant et les retards injustifiés de paiement qui lui seraient imputables ; qu'en outre, l'appelant n'aurait pas prouvé que la maison eût été inhabitable.

Quant à ce dernier point, le tribunal a relevé à juste titre qu'il ressort des pièces versées en cause que la maison avait été en état d'être réceptionnée, donc habitable, au plus tôt à la date de la réception provisoire, soit au 15 février 2005. Il n'est pas soutenu, voire prouvé, que la maison eût été livrée au maître de l'ouvrage déjà avant cette date. il y a donc lieu de retenir le 15

février 2005 comme étant la date à partir de laquelle la maison était habitable.

Le volet relatif aux travaux supplémentaires et retards de paiement n'a pas été instruit par les parties.
La Cour constate en outre que le tribunal est resté saisi de la question des vices et malfaçons affectant la maison ainsi que du décompte à établir entre parties et qu'il a institué une expertise quant à ces questions.
Comme le bien-fondé de la demande en paiement des pénalités de retard, compte tenu des moyens de défense au fond opposés par l'intimée, dépend au moins partiellement de la réponse à donner aux demandes relatives aux défauts allégués de la construction restant à trancher par le tribunal, il y a lieu de renvoyer la cause au tribunal pour qu'il y statue au fond.

P a r c e s m o t i f s :

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

déclare l'appel recevable ;

le dit d'ores et déjà partiellement fondé ;

r é f o r m a n t :

dit que l'intimée a été mise en demeure par l'expiration du jour convenu pour l'achèvement des travaux, 1er septembre 2003 ;

rejette les fins de non-recevoir tirées de la renonciation par l'appelant aux pénalités de retard suite à la réception de l'ouvrage ainsi que du défaut d'intérêt et de qualité pour agir dans son chef ;

renvoie la cause au tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 8e chambre, pour qu'il y soit statué au fond ;

dit non fondées les demandes des parties en obtention d'une indemnité de procédure et les en déboute ;

déclare irrecevable comme étant sans objet la demande de l'appelant tendant à accorder l'exécution provisoire au présent arrêt ;

condamne l'intimée aux frais et dépens de l'instance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la prédite audience publique par Edmée CONZEMIUS, présidente de chambre, en présence de Patrick KELLER, greffier.