

Arrêt N° 57/18 - I - CIV

Arrêt civil

Audience publique du vingt-et-un mars deux mille dix-huit

Numéro 44079 du rôle

Composition :

Odette PAULY, président de chambre,
Christiane JUNCK, premier conseiller,
Rita BIEL, conseiller,
Brigitte COLLING, greffier.

Entre :

la société anonyme de droit luxembourgeois A) S.A., établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Véronique REYTER en remplacement de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch-sur-Alzette du 2 juin 2016,

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

et :

l'ADMINISTRATION COMMUNALE DE SANEM, établie à L-4477 Belvaux, 60, rue de la Poste, représentée par son collège des bourgmestre et échevins actuellement en fonction,

intimée aux fins du prédit exploit REYTER,

comparant par Maître Steve HELMINGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

En date du 7 janvier 2005, la société anonyme A) S.A., (ci-après la société A)), s'est vu adjuger le marché public concernant les travaux de gros-œuvre et d'aménagement extérieur du foyer scolaire à (...) au prix de 585.873,51 euros.

Suivant facture n° 2010-0006 émise le 20 janvier 2010 pour un montant de 32.267,78 euros, la société A) a facturé à l'ADMINISTRATION COMMUNALE DE SANEM des suppléments du chef de hausses salariales et de hausses des matériaux.

Suivant exploit du 15 mai 2014, la société A) fait donner assignation à l'ADMINISTRATION COMMUNALE DE SANEM à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg aux fins de l'y entendre condamner au paiement de la somme de 32.267,78 euros avec les intérêts légaux. En cours d'instance, elle a demandé en ordre subsidiaire à voir nommer un expert calculateur.

Par jugement du 16 mars 2016, la société A) a été déboutée de sa demande principale en paiement, de sa demande subsidiaire en institution d'une expertise comptable, ainsi que de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure. Elle a par contre été condamnée à payer à l'ADMINISTRATION COMMUNALE DE SANEM une indemnité de procédure de 1.000 euros.

Par exploit d'huissier de justice du 2 juin 2016, la société A) a régulièrement interjeté appel limité contre ce jugement lui signifié le 26 avril 2016 pour par réformation :

- à titre principal voir condamner l'ADMINISTRATION COMMUNALE DE SANEM à lui payer le montant de 32.267,78 euros avec les intérêts légaux,
- à titre subsidiaire, voir ordonner aux architectes 1. d'exécuter la mission de « *constater et vérifier le cas échéant, la réalité et le bien-fondé des frais mis en compte suivant la facture référencée sous le numéro 2010-0006 du 20 janvier 2010 pour le montant de 32.267,78 euros TTC au titre des hausses salariales sollicitées et des hausses sur les matériaux concernant les travaux de construction de gros œuvre et d'aménagements extérieurs du Foyer scolaire situé à (...), sinon à titre subsidiaire, évaluer le montant redû au titre des prestations mises en compte suivant la facture précitée* »,
- à titre plus subsidiaire, voir ordonner la nomination d'un expert avec la mission susdite,
- à titre infiniment subsidiaire, voir déclarer fondées les demandes relatives aux hausses salariales et hausses sur les matériaux au moins jusqu'au 30 août 2007.

La société A) critique les juges de première instance en ce qu'ils ont considéré que la hausse des prix des matériaux et la hausse des salaires n'étaient pas imprévisibles.

L'ADMINISTRATION COMMUNALE DE SANEM, sans contester que le marché pouvait faire l'objet d'une adaptation, soutient que la société A) n'a pas respecté la procédure légale pour prétendre à une telle adaptation, que la demande d'adaptation du marché formulée plusieurs années après l'achèvement des travaux était tardive, qu'aucun accord sur le principe d'une adaptation des prix n'a été donné, que les montants réclamés n'ont jamais été acceptés, que par le fait que des pièces justificatives ont été réclamées à la société A) par courrier du 8 août 2011, à savoir deux semaines après la réception de la facture litigieuse, les montants ont été contestés. L'intimée soutient en effet n'avoir eu réception de la facture du 20 janvier 2010 qu'en juillet 2011.

L'intimée soutient encore que les juges de première instance ont à bon droit retenu que les hausses des prix du matériel et les hausses salariales n'étaient pas imprévisibles. Subsidiairement, l'intimée soulève l'absence de caractère exceptionnel des prétendues hausses. Elle conteste les montants réclamés et s'oppose à la nomination d'un expert.

Dans ses conclusions subséquentes, l'appelante soutient que c'est à tort que l'intimée soutient n'avoir eu réception de la facture du 20 janvier 2010 qu'en août 2011, alors que la facture lui aurait été envoyée par courrier recommandée avec accusé de réception le 20 janvier 2010.

Les parties sont encore en désaccord concernant la période d'exécution des travaux.

La société A) déclare aux termes de ses dernières conclusions que les travaux de gros oeuvre ont été exécutés entre le 1^{er} septembre 2005 et le 30 novembre 2006, que les travaux ayant trait aux alentours et aux aménagements extérieurs se sont poursuivis du 1^{er} avril 2007 au 30 août 2007 et que certains travaux supplémentaires ont été exécutés de façon ponctuelle et se sont poursuivis jusqu'au 14 mars 2008, date du décompte final.

L'intimée conteste que la société A) soit encore intervenue sur le chantier après le mois d'août 2007. Le décompte final lui aurait été adressé par la société A) le 14 mars 2008 et cette dernière ne saurait soutenir avoir réalisé « certains travaux supplémentaires » après 2007.

Appréciation de la Cour

Le marché confié à la société A) s'inscrit dans le cadre d'une soumission publique régie par la loi du 30 juin 2003 et le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de ladite loi.

Tel que retenu par les juges de première instance et non contesté par les parties, le contrat liant les parties était un marché dont le prix pouvait faire l'objet d'adaptations.

L'article 1.6 des clauses contractuelles générales du dossier de soumission dispose que l'adaptation des prix unitaires se fera en accord avec les dispositions du chapitre XXIV du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003.

L'article 103 dudit règlement 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 ».

L'article 104 du même règlement précise que *« Les adaptations du contrat se faisant à la suite de variations de prix prévues ci-dessus ont pour objet, ou bien d'éviter à l'adjudicataire des pertes dont il ne peut être rendu responsable, ou bien d'éviter la réalisation d'un bénéfice supplémentaire au profit de l'adjudicataire. Ces adaptations constituent des révisions de prix et se limitent par conséquent exclusivement à l'effet des variations constatées dans ceux des facteurs des prix de revient qui ont changé, ainsi qu'aux taxes et charges sociales qui s'y rattachent d'une façon proportionnelle ».*

Selon 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 ».

Les articles 103 à 111 du règlement de 2003 sont de la teneur suivante :

« 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 » (article 103).

« Les adaptations du contrat se faisant à la suite de variations de prix prévues ci-dessus ont pour objet, ou bien d'éviter à l'adjudicataire des pertes dont il ne peut être rendu responsable, ou bien d'éviter la réalisation d'un bénéfice supplémentaire au profit de l'adjudicataire. Ces adaptations constituent des révisions de prix et se limitent par conséquent exclusivement à l'effet des variations constatées dans ceux des facteurs des prix de revient qui ont changé, ainsi qu'aux taxes et charges sociales qui s'y rattachent d'une façon proportionnelle » (article 104).

« 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 » (article 105).

« La lettre recommandée de la demande en adaptation doit être motivée. Elle doit indiquer les éléments sujets à modification et être :

1) soit accompagnée d'une analyse des prix faisant l'objet du contrat et détaillée suivant le schéma prévu à l'article 13 du présent règlement ou par un schéma spécifique prévu par le pouvoir adjudicateur ;

2) soit calculée en fonction d'une formule de révision tenant compte de la proportion de la main-d'œuvre, des matériaux et des bénéfices constatés dans la branche ;

3) soit établie par la combinaison des deux méthodes reprises aux points 1) et 2) » (article 106).

« Si la demande en adaptation est prise en considération, elle n'a d'effet qu'à partir de la date de la réception de la lettre recommandée avec accusé de réception. Au cas où une telle lettre ne serait pas nécessaire conformément aux dispositions de l'article 105 points 1) et 2), la demande n'a effet qu'à partir de la publication des variations dans la presse » (article 107).

« L'adjudicataire indique, à la date de sa demande, l'état d'avancement des travaux, fournitures ou services ainsi que les stocks et la destination des matériaux dont il dispose » (article 108).

« Dès réception de la demande en adaptation et dans les cas prévus à l'article 105 points 1) et 2), il sera procédé à un constat contradictoire des travaux, fournitures ou services exécutés » (article 109).

« Les adaptations de prix ne sont prises en considération qu'au moment du décompte final. Toutefois, pour les contrats dépassant un montant de cinquante mille euros, valeur au nombre cent de l'indice des prix à la consommation, des acomptes sur révision peuvent être accordés, à condition que ces derniers dépassent deux mille cinq

cents euros, valeur au nombre cent de l'indice des prix à la consommation. Dans ce cas, le montant des acomptes doit être couvert par une garantie appropriée à fixer par le pouvoir adjudicateur » (article 110).

« Ne peuvent donner lieu à une adaptation des prix :

1) les travaux ou services exécutés et les fournitures faites antérieurement à la demande en révision ou pour lesquels une avance a été payée ;

2) les rajustements de salaires, y compris les taxes et charges sociales qui s'y rattachent d'une façon proportionnelle, décrétés par voie légale ou réglementaire ou les rajustements de salaires accordés comme conséquence de l'adaptation des salaires à l'échelle mobile des salaires pour autant que leur incidence cumulée ne dépasse pas un demi pour cent de la valeur du restant du marché encore à effectuer au moment de la demande ;

3) les rajustements sur matériaux, consécutifs à une ou plusieurs hausses, ne dépassant pas une franchise de deux pour cent de la valeur totale des matériaux du contrat. Lorsque les travaux, fournitures ou services ont fait l'objet d'une adjudication sous forme d'entreprise générale, ce seuil est applicable à la part de marché de chaque sous-traitant pris individuellement » (article 111).

D'emblée, la Cour constate qu'il ne résulte d'aucun élément du dossier que l'ADMINISTRATION COMMUNALE DE SANEM ait renoncé à se prévaloir de ces dispositions relatives à l'adaptation des marchés. La Cour rejoint les juges de première instance, en ce qu'ils ont retenu que le courrier adressé le 19 décembre 2011 par l'ADMINISTRATION COMMUNALE DE SANEM à la société A) ne vaut pas accord dans le chef de la Commune concernant le paiement des suppléments réclamés et renonciation de sa part à se prévaloir des dispositions régissant les marchés publics.

Le fait que l'ADMINISTRATION COMMUNALE DE SANEM a indiqué aux termes de cet écrit ne pas avoir d'objections à payer rétroactivement les hausses du chantier ne vaut pas renonciation de sa part à se prévaloir des dispositions régissant les marchés publics, cette conclusion s'impose d'autant plus que suivant le même courrier, elle a demandé à la société A) de lui communiquer une facture détaillée indiquant les masses et les périodes pour lesquelles lesdites hausses étaient demandées, ceci notamment afin de pouvoir vérifier le bien-fondé de la demande en adaptation. Par le fait d'avoir réclamé des pièces justificatives, l'ADMINISTRATION COMMUNALE DE SANEM a par ailleurs implicitement contesté les montants réclamés, en sorte que le moyen de l'appelant tenant à l'absence de contestations n'est pas fondé. En présence d'un litige opposant une société commerciale à un non-commerçant, un défaut de contestation de la facture litigieuse ne saurait de toute façon valoir acceptation dans le chef de la Commune. De plus, le régime des marchés publics est dérogoratoire au droit commun, de sorte que l'article 109 du Code de commerce n'est pas applicable en l'espèce.

Il convient partant d'examiner si la société A) peut demander des suppléments par rapport aux prix indiqués dans son offre.

- La hausse du prix des matériaux

En ce qui concerne l'adaptation du marché en raison de l'augmentation du prix des matériaux, la société A) ne peut prospérer dans son action que si quatre conditions majeures sont respectées.

Il faut tout d'abord que des variations de prix conséquentes puissent être retracées dans des cotations officielles, des mercuriales ou des publications de prix et qu'elles aient été imprévisibles.

Ensuite, la demande d'adaptation doit être formulée par lettre recommandée dûment motivée. Ce n'est que dans l'éventualité de « variations de prix publiées par voie officielle » que cette exigence n'est pas donnée.

En troisième lieu, le paiement d'un supplément par rapport aux prévisions du contrat ne doit pas entraîner un enrichissement injustifié de l'adjudicataire. C'est notamment pour cette raison que la demande d'adaptation doit être motivée et qu'elle doit indiquer la consistance et la destination des stocks de l'adjudicataire.

Enfin, les travaux ne doivent pas encore avoir été exécutés et aucune avance ne doit avoir été payée à leur propos.

Plusieurs conséquences découlent de ce constat.

- Les cotations à prendre en considération doivent avoir un rapport étroit avec le ou les marchés sur lesquels l'adjudicataire s'approvisionne.

Ce ne sont en effet que de telles cotations qui peuvent refléter les variations de prix auxquelles l'adjudicataire a dû faire face.

En l'occurrence, la société A) se base sur les indicateurs rapides série A3 publiés par le STATEC. Les juges de première instance ont relevé que la commission des soumissions a considéré dans des avis que les indicateurs rapides sur les indices des prix à la production des produits industriels (A3) publiés par le STATEC sont des publications officielles et les parties n'ont pas autrement contesté ce point en instance d'appel, en sorte que la Cour ne revient plus sur cette analyse.

En vertu de l'article 105 paragraphe 1 précité, la société A) était dès lors dispensée de présenter une demande motivée par lettre recommandée.

La société A) a présenté à l'ADMINISTRATION COMMUNALE DE SANEM une demande en adaptation du marché sous forme d'une facture du 20 janvier 2010.

Eu égard au fait que le décompte final a été adressé par la société A) à l'ADMINISTRATION COMMUNALE DE SANEM en date du 14 mars 2008 et que d'après ses propres déclarations suivant conclusions du 6

novembre 2017 elle n'a plus exécuté des travaux postérieurement à l'établissement du décompte final, force est de constater que l'intégralité des travaux dont une adaptation des prix est demandée étaient achevés au jour de la demande en adaptation. A cela s'ajoute que l'intégralité des travaux pour lesquels une adaptation est demandée ont été payés antérieurement.

- Le caractère imprévisible des hausses des prix doit être démontré et l'adjudicataire doit établir qu'il a effectivement dû faire face à des coûts accrus.

La Cour relève que ne sont notamment pas à considérer comme imprévisibles des hausses de prix résultant d'un taux d'inflation constant au fil des années ou celles dues à une évolution du marché qui s'était déjà amorcée depuis un certain temps.

La société A) se limite toutefois à faire état du principe que des hausses se sont produites sans fournir des précisions ni quant aux conditions dans lesquelles elle s'est approvisionnée auprès de son ou de ses fournisseurs ni quant à la nature et à la quantité des matériaux de construction nécessités. Les courriers versés en instance d'appel par l'appelante afin d'établir des hausses importantes et imprévisibles des prix du matériel ne sont pas pertinents, en ce qu'ils ne font état que de manière générale d'une hausse des prix sans autres précisions et références. La Cour approuve partant les constats faits par les juges de première instance en ce qu'ils ont retenu que la société A) ne démontre pas l'existence de fluctuations imprévisibles des prix du matériel, ni le fait qu'elle a effectivement dû faire face à des coûts accrus.

- La hausse des salaires

Concernant la somme de 12.319,90 euros TTC réclamée au titre des hausses salariales entre le 1^{er} octobre 2004 et le 28 février 2009, la société A) déclare que les variations de salaires ont été la conséquence de l'adaptation des salaires à l'échelle mobile des salaires et le résultat des conventions collectives.

En vertu de l'article 105 du règlement de 2003, la demande d'adaptation du contrat est dispensée du recours à une lettre recommandée « 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 ».

La Cour constate qu'il résulte des pièces versées que les salaires ont connu entre 2004 et 2009 régulièrement une hausse de 2,5% et des ajustements périodiques de 0,37% en moyenne sur base des conventions collectives. A l'instar des juges de première instance, la Cour considère, qu'étant donné que des hausses salariales sont intervenues régulièrement pendant la période concernée, cette hausse des salaires ne saurait être qualifiée d'imprévisible dans le chef de l'entreprise et la société A) aurait dû envisager ces variations dans son offre de soumission. La prolongation de la durée des travaux et les retards accusés sur les délais initialement prévus, invoqués par la

société A), outre le fait que l'étendue concrète et l'imputabilité des retards laissent d'être démontrées, ne suffisent pas pour conclure à un bouleversement de l'économie du contrat et au caractère imprévisible des hausses salariales.

Le jugement déféré est partant à confirmer à cet égard.

Au vu des développements qui précèdent, le jugement déféré est encore à confirmer en ce que la demande subsidiaire de la société A) en institution d'une mesure d'instruction a été rejetée.

Il n'y a en effet pas lieu de charger les architectes 1., ni de nommer un expert avec la mission de « constater et vérifier le cas échéant, la réalité et le bien-fondé des frais mis en compte au titre des hausses salariales sollicitées et des hausses sur les matériaux sinon d'évaluer le montant redû au titre des prestations mises en compte », une telle offre de preuve ne pouvant pallier la carence de l'appelante dans l'administration de la preuve pour étayer ses prétentions et l'appréciation du caractère imprévisible des hausses invoquées relevant des juridictions saisies.

Les conditions relatives au caractère imprévisible des hausses justifiant une adaptation des prix du marché pour hausses des matériaux et hausses salariales n'étant pas établies, la demande formulée par l'appelante en dernier ordre de subsidiarité, tendant à voir déclarer ses demandes de ce chef fondées jusqu'au 30 août 2007 est encore à rejeter, en ce qu'elle n'est pas fondée.

L'appelante conclut encore à la réformation du jugement en ce qu'elle a été déboutée de sa demande sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile. Elle demande l'allocation d'une indemnité de 2.500 euros pour la première instance.

La société A) demande encore sa décharge de la condamnation au paiement d'une indemnité de procédure de 1.000 euros.

Au vu de l'issue du litige en première instance, confirmée par le présent arrêt, c'est à bon droit que les premiers juges n'ont pas fait droit à la demande de la société A) sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile. C'est encore à bon droit qu'ils ont sur base de l'iniquité par eux constatée alloué à l'ADMINISTRATION COMMUNALE DE SANEM une indemnité de procédure de 1.000 euros.

L'appel n'est donc pas fondé sur ces deux points et le jugement est à confirmer.

La société A) conclut à la condamnation de l'ADMINISTRATION COMMUNALE DE SANEM à lui payer une indemnité de procédure de 5.000 euros pour l'instance d'appel.

Cette demande est à rejeter, l'appelante ayant succombé dans ses prétentions au fond.

L'ADMINISTRATION COMMUNALE DE SANEM réclame une indemnité de procédure de 2.500 euros pour l'instance d'appel.

Comme il paraît inéquitable de laisser l'intégralité des frais irrépétibles à charge de l'intimée il y a lieu de faire droit à sa demande et de condamner la société A) à lui payer une indemnité de procédure de 1.500 euros pour l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel en la forme ;

le dit non fondé,

confirme le jugement entrepris ;

rejette la demande de la société anonyme A) S.A. sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile ;

condamne la société anonyme A) S.A. à payer à l'ADMINISTRATION COMMUNALE DE SANEM une indemnité de procédure de 1.500 euros pour l'instance d'appel,

condamne la société anonyme A) S.A. à tous les frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Steve Helmingier qui affirme en avoir fait l'avance.