

Arrêt N° 136/18 - I - CIV

Arrêt civil

Audience publique du quatre juillet deux mille dix-huit

Numéros 43813 et 44836 du rôle

Composition :

Odette PAULY, président de chambre,
Rita BIEL, conseiller,
Marc WAGNER, conseiller,
Brigitte COLLING, greffier.

I)
(43813)

Entre :

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

2. la société à responsabilité limitée SOCIÉTÉ B), établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil de gérance actuellement en fonction,

appelantes aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Josiane GLODEN d'Esch-sur-Alzette du 15 juillet 2016,

comparant par la société anonyme ELVINGER HOSS PRUSSEN, établie et ayant son siège social à L-1340 Luxembourg, 2, Place Winston Churchill, représentée aux fins des présentes par Maître Marc ELVINGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

la société anonyme SOCIÉTÉ C), établie et ayant son siège social à L- (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction,

intimée aux fins du prédit exploit GLODEN,

comparant par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 41A, avenue John F. Kennedy représentée aux fins des présentes par Maître Christian POINT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

II)

(44836)

Entre :

la société anonyme SOCIÉTÉ C), 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 Patrick MULLER, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg du 7 février 2017,

comparant par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 41A, avenue John F. Kennedy représentée aux fins des présentes par Maître Christian POINT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

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

2. la société à responsabilité limitée SOCIÉTÉ B), établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil de gérance actuellement en fonction,

intimées aux fins du prédit exploit MULLER,

comparant par la société anonyme ELVINGER HOSS PRUSSEN, établie et ayant son siège social à L-1340 Luxembourg, 2, Place Winston Churchill, représentée aux fins des présentes par Maître Marc ELVINGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Suivant exploit d'huissier de justice du 5 janvier 2006, la société anonyme SOCIÉTÉ A) S.A. et la société à responsabilité limitée SOCIÉTÉ B) s.à.r.l., agissant en leur qualité d'associées de l'association momentanée formée pour le marché relatif à la construction du gros œuvre du nouveau terminal principal de l'Aéroport du Findel ont demandé la condamnation de la société anonyme SOCIÉTÉ C) S.A., au paiement de la somme de 726.000 euros avec les intérêts prévus par les lois des 18 avril 2004 et 29 mars 2013 du chef du surcoût au titre du prix de l'acier et au titre des coûts engendrés par la hausse des salaires dans le cadre du susdit marché conclu en 2004.

Par jugement interlocutoire du 30 septembre 2009, dont l'appel a été déclaré irrecevable par arrêt du 29 février 2012, le tribunal d'arrondissement a dit que les dispositions du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics et les dispositions du règlement grand-ducal du 8 juillet 2003 portant institution de cahiers spéciaux des charges standardisés en matière de marchés publics sont applicables au marché en cause, a dit que l'article 1.6. du cahier des charges relatif audit marché ne peut être appliqué et a invité SOCIÉTÉ A) et SOCIÉTÉ B) à soumettre les documents établissant que les variations des prix de l'acier ont été publiées par voie officielle, ainsi que les pièces documentant que les variations sur salaires ont été décrétées par voie légale ou réglementaire.

SOCIÉTÉ A) et SOCIÉTÉ B) n'ayant pas démontré que les conditions d'une adaptation du marché telle que prévue par les articles 103 à 111 du règlement du 7 juillet 2003 étaient données, ces sociétés ont été déboutées de leurs demandes par jugement civil contradictoire du 16 mars 2016.

Par exploit d'huissier de justice du 15 juillet 2016, SOCIÉTÉ A) et SOCIÉTÉ B) ont interjeté appel contre le jugement du 16 mars 2016. Les appelantes réitérent leurs demandes en condamnation de SOCIÉTÉ C) aux montants de 590.523,20 euros hors taxes au titre de révision des prix des matières premières et de 49.522,48 euros hors taxes au titre de l'adaptation des salaires, avec les intérêts au taux directeur de la Banque centrale européenne, elles demandent acte de leur offre d'établir le montant dû et l'absence de stocks, principalement par pièces et subsidiairement par expertise.

Par exploit d'huissier de justice du 7 février 2017, SOCIÉTÉ C) a relevé appel dit «appel provoqué» des jugements des 30 septembre 2009 et 16 mars 2016 pour, par réformation du jugement déféré, entendre dire qu'elle n'a pas la qualité de pouvoir adjudicateur au sens de l'article 2 du Livre I de la loi du 20 juin 2003 sur les marchés publics étant donné qu'elle a été créée pour satisfaire des besoins d'intérêt général ayant un caractère industriel ou commercial, que les dispositions du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics et celles du règlement grand-ducal du 8 juillet 2003 portant institution de cahiers

spéciaux des charges standardisées en matière de marchés publics ne sont pas applicables au marché litigieux, subsidiairement que les parties y ont valablement dérogé contractuellement.

SOCIÉTÉ C) a encore relevé appel incident du jugement de 2009 par conclusions notifiées le 2 février 2017 au dispositif desquelles elle demande divers donnés actes et le débouté des demandes des parties adverses et la confirmation du jugement entrepris ayant dit leur demande d'adaptation non fondée.

Par conclusions du 8 mai 2017, SOCIÉTÉ A) et SOCIÉTÉ B) ont demandé de déclarer irrecevable l'appel incident de SOCIÉTÉ C) dirigé contre le jugement du 30 septembre 2009. Par conclusions du 8 novembre 2017 SOCIÉTÉ A) et SOCIÉTÉ B) ont également demandé de déclarer irrecevable l'appel du 7 février 2017 à défaut d'intérêt.

Par ordonnance du 20 juin 2017, la jonction des deux rôles a été ordonnée afin d'y statuer par un seul et même arrêt.

Recevabilité

L'appel principal dirigé contre le jugement du 16 mars 2016 est recevable pour avoir été relevé dans les forme et délai de la loi.

SOCIÉTÉ A) et SOCIÉTÉ B) demandent de déclarer irrecevable l'appel incident de SOCIÉTÉ C) dirigé contre le jugement du 30 septembre 2009.

En formant appel incident, l'intimé peut critiquer certains éléments de la décision qu'il n'aurait peut-être pas contestés en l'absence d'appel principal. Toutefois, l'appel incident contre un jugement n'étant recevable que s'il se greffe sur un appel principal contre ce même jugement et un jugement interlocutoire étant, au point de vue de l'appel, une décision indépendante du jugement définitif, est irrecevable l'appel incident formé contre un jugement interlocutoire qui n'a pas été attaqué par l'appelant principal (cf. Pas. 13, 508).

Il s'ensuit que l'appel incident de SOCIÉTÉ C) contre le jugement du 30 septembre 2009 est irrecevable.

La procédure telle que prévue par le Nouveau code de procédure civile ne prévoit pas de voie de recours dit « appel provoqué ». En procédure française par appel provoqué on entend dans un procès concernant plus de deux parties, l'appel formé par un plaideur n'ayant pas la possibilité d'user d'un appel incident, à défaut d'avoir été l'objet d'un appel principal. Il peut être utilisé par l'intimé contre une autre partie n'ayant pas été intimée sur l'appel principal ou par l'appelant principal lorsque celui-ci se retrouve en position alors d'intimé sur un appel incident, mais contre une autre partie n'ayant pas été intimée sur l'appel principal.

En l'occurrence, SOCIÉTÉ A) et SOCIÉTÉ B) ayant été parties à la première instance, SOCIÉTÉ C) ne saurait former un « appel provoqué » contre elles, de sorte que l'acte d'appel dit « appel provoqué » du 7 février est à déclarer irrecevable.

Par ailleurs s'il est admis que l'intimé, qui entend remettre en discussion un jugement interlocutoire non entrepris par l'appelant, doit l'attaquer par un appel principal, ce raisonnement ne vaut que pour les jugements qui ont statué sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout incident qui aurait pu mettre fin à l'instance.

En effet tous les autres jugements pour autant qu'ils ne tranchent pas dans leur dispositif une partie du principal sont dépourvus d'autorité de chose jugée.

L'arrêt du 29 février 2012 retient expressément qu'en décidant dans le jugement du 30 septembre 2009 que les dispositions tant du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics que du règlement grand-ducal du 8 juillet 2003 portant institution de cahiers spéciaux des charges standardisés en matière de marchés publics sont applicables au marché en litige, les juges de première instance n'avaient pas tranché une partie du principal.

En l'occurrence, le jugement interlocutoire du 30 septembre 2009 a seulement préjugé de la décision définitive sur le fond/sur le principal, il liait les juges de première instance pour les dispositions définitives qu'il renfermait ou qui en résultaient implicitement, mais nécessairement, toutefois il n'a pas statué sur une exception de procédure, ni sur une fin de non-recevoir ou sur un incident qui aurait pu mettre fin à l'instance.

L'appel principal de SOCIÉTÉ C) est donc à déclarer irrecevable.

Néanmoins, dans le cadre de sa défense, l'intimée pourra utilement contester et mettre en cause les développements, énonciations et motivations de ce jugement étant donné qu'ils sont dépourvus de l'autorité de la chose jugée.

Au fond

Les parties en cause ont conclu un marché négocié dans le secteur des transports.

SOCIÉTÉ C) critique les juges de première instance pour avoir appliqué le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi sur les marchés publics (ci-après le règlement du 7 juillet 2003) et le règlement grand-ducal du 8 juillet 2003 portant institution des cahiers spéciaux des charges standardisés en matières publics(ci-après le règlement du 8 juillet 2003) aux faits de l'espèce et pour avoir retenu que SOCIÉTÉ C) avait la qualité de pouvoir adjudicateur, de sorte que l'article 16.1 du cahier des charges prévoyant des prix unitaires fermes, fixes non révisables n'était pas applicable.

Les parties en cause discutent si SOCIÉTÉ C) a également la qualité de pouvoir adjudicateur ou uniquement celle d'entité adjudicatrice, c'est-à-dire si au regard de l'article 2 de la loi du 30 juin 2003, SOCIÉTÉ C) est « un organisme créé pour satisfaire spécifiquement aux besoins d'intérêt général autre qu'industriel ou commercial »,

l'autre critère de personnalité juridique ne prêtant pas à discussion. Les parties ont encore analysé le financement, la gestion et l'administration de SOCIÉTÉ C).

SOCIÉTÉ C) soutient qu'elle ne saurait être qualifiée de pouvoir adjudicateur au sens de l'article 2 de la loi sur les marchés publics dans la mesure où elle est une société commerciale à but lucratif, exerçant une activité commerciale, développant une infrastructure et exploitant une aire géographique, de sorte que les règlements grand-ducaux ne seraient pas applicables aux faits de l'espèce.

SOCIÉTÉ A) et SOCIÉTÉ B) estiment qu'il est démontré que l'activité de SOCIÉTÉ C) satisfait des besoins d'intérêt général d'une manière autre que par l'offre de produits ou de service sur le marché, qu'elle n'exerce pas ses activités en situation de concurrence, qu'elle satisfait des besoins que l'Etat choisit de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante et que son objectif principal n'est pas la poursuite d'un but lucratif et qu'elle ne supporte pas les pertes liées à son activité.

SOCIÉTÉ A) et SOCIÉTÉ B) concluent que SOCIÉTÉ C) en tant que pouvoir adjudicateur ne pouvait déroger aux clauses contractuelles prévues au règlement grand-ducal applicable au marché en cause, conformément aux développements des juges de première instance dans leur décision de 2009

En ordre subsidiaire, SOCIÉTÉ C) soutient que les parties ont pu valablement déroger par le point 1.6 du cahier des charges aux articles 103 et suivants du règlement du 7 juillet 2003 dont les dispositions ne sont pas d'ordre public.

SOCIÉTÉ A) et SOCIÉTÉ B) font valoir que même en tant qu'entité adjudicatrice SOCIÉTÉ C) ne pouvait déroger aux susdits articles 103 et suivants qui revêtent un caractère d'ordre public, sinon impératif. L'article 11 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 limiterait par ailleurs la non-révisabilité à l'offre à prix global et en exclurait l'offre à prix unitaires. Les appelantes se réfèrent à cet égard à une jurisprudence du Président du tribunal administratif du 18 novembre 2005 confirmant le caractère impératif des dispositions du règlement du 7 juillet 2003 à l'égard du pouvoir adjudicateur.

SOCIÉTÉ C) conteste que le règlement grand-ducal du 8 juillet 2003 soit applicable aux marchés conclus par les entités adjudicatrices sous le livre III de la loi, le règlement auquel se réfère l'article 99 de la loi n'ayant pas encore été publié.

SOCIÉTÉ A) et SOCIÉTÉ B) désapprouvent ce raisonnement et soutiennent que le règlement du 8 juillet 2003 s'applique également aux marchés tombant dans le champ d'application du livre III.

SOCIÉTÉ A) et SOCIÉTÉ B) concluent que la clause 1.6 du cahier des charges prévoyant des prix unitaires fixes et non révisables est à écarter comme étant contraires aux dispositions du règlement du 7 juillet 2003.

En ordre plus subsidiaire, SOCIÉTÉ C) soutient que les appelantes ont été tardivement soulevé l'irrégularité relatif au cahier de charges. SOCIÉTÉ C) reproche aux appelantes de ne avoir fait modifier la clause critiquée moyennant des recours antérieurs à la conclusion du marché, d'avoir violé le principe de la bonne foi résultant de l'article 21 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 et qu'elles dénotent une attitude déloyale.

SOCIÉTÉ A) et SOCIÉTÉ B) contestent que l'illégalité du cahier des charges soit une « erreur, ambiguïté ou omission » telle que prévue à l'article 21 du prédit règlement devant être signalé à l'adjudicateur et elles nient que le mécanisme de l'adaptation du prix du marché soit une modification substantielle du marché.

Quant au prix de l'acier, SOCIÉTÉ A) et SOCIÉTÉ B) concluent en ordre principal à l'application des dispositions du règlement relatives aux adaptations basées sur des variations de prix publiées par la voie officielle au sens de l'article 105, point 1 du règlement du 7 juillet 2003 et en ordre subsidiaire à l'application des dispositions du règlement relatives à la procédure de révision par lettre recommandée.

Quant à l'adaptation des salaires, SOCIÉTÉ A) et SOCIÉTÉ B) se rapportent aux articles 103, 105 point 2) et 111 point 2) du susdit règlement.

En dernier ordre de subsidiarité, SOCIÉTÉ C) conclut à la confirmation du jugement de 2016 ayant retenu que la demande en révision du contrat pour hausse du prix de l'acier ne répond pas aux exigences des articles 103 et suivants du règlement du 7 juillet 2003, une adaptation automatique n'étant possible que pour des fournitures et dont les variations sont publiées par voie officielle.

SOCIÉTÉ A) et SOCIÉTÉ B) relèvent à ce titre que l'article 105 point 1) du règlement se limite aux variations des prix publiées par la voie officielle et n'exige pas la publication des prix eux-mêmes. Elles estiment que ces publications résultent de celles du Statec et des indices Grymafer utilisés par la Commission des prix du Ministère des affaires économiques belge.

SOCIÉTÉ A) et SOCIÉTÉ B) affirment que la preuve relative à l'état d'avancement des travaux résulte des factures par elles envoyées qui n'ont pas été contestées par la partie adverse.

SOCIÉTÉ C) fait finalement valoir que la demande en révision des appelantes se heurte aux limites imposées par les articles 103 et 104 et suivants du règlement, la hausse de prix ayant été déjà prise en compte dans l'offre, la révision portant sur des travaux antérieurs à la demande et que finalement une franchise de 2% serait à appliquer.

Qualité de SOCIÉTÉ C)

Les juges de première instance ont retenu que la société SOCIÉTÉ C), dotée de la personnalité juridique, s'est vue investir d'une mission d'intérêt général, alors même qu'elle est amenée à agir dans un

environnement concurrentiel, qu'ayant pour mission le développement, la mise en valeur et l'exploitation de l'aéroport de Luxembourg, elle a pour mission de promouvoir le développement d'activités industrielles ou commerciales sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg, que par ailleurs, la construction de la nouvelle aérogare qui se situe dans le cadre de l'objet social de la société SOCIÉTÉ C) est financée par l'Etat, que l'Etat est l'actionnaire majoritaire et le conseil d'administration de la société est composé pratiquement exclusivement d'agents étatiques et qu'au vu de l'ensemble de ces considérations, la société SOCIÉTÉ C) constitue une autorité publique ayant la qualité de « pouvoir adjudicateur » au sens des dispositions de l'article 2 de la loi sur les marchés publics.

SOCIÉTÉ C) reconnaît que ses activités répondent à un besoin d'intérêt général, mais elle soutient que ce besoin présente manifestement un caractère commercial, qu'elle offre des services contre rémunération, SOCIÉTÉ C) soutient que la mission lui confiée par la loi du 26 juillet 2002 a un but et un caractère commercial, qu'elle fonctionne selon des critères de rendement, d'efficacité et de rentabilité, qu'elle agit dans un environnement concurrentiel.

L'existence d'un besoin d'intérêt général à caractère autre qu'industriel ou commercial s'apprécie in concreto «en tenant compte de l'ensemble des éléments juridiques et factuels pertinents, tels que les circonstances ayant présidé à la création de l'organisme concerné et les conditions dans lesquelles il exerce son activité, en ce compris, notamment l'absence de prise en charge des risques liés à cette activité ainsi que le financement public éventuel de l'activité en cause». Il convient de recourir à une analyse fondée sur un faisceau d'indices pour caractériser la nature du besoin d'intérêt général satisfait par SOCIÉTÉ C). La jurisprudence adopte à cet égard une interprétation fonctionnelle: si les conditions de création de l'entité (statuts, objet social) peuvent servir d'indice, c'est surtout l'objectif effectivement poursuivi et les conditions effectives d'exercice de l'activité qui permettront de qualifier la nature du besoin auquel répond l'entité en cause. Deux séries d'indices majeurs sont posés par la Cour de justice de l'Union européenne: les missions de l'activité en cause s'effectuent dans des conditions peu ou par concurrentielles et le risque économique n'est pas supporté par l'entité.

Conformément à ses statuts, la société SOCIÉTÉ C) a pour objet la réalisation, la mise en valeur et l'exploitation de l'aéroport de Luxembourg y compris l'administration et la gestion des infrastructures aéroportuaires. SOCIÉTÉ C) a été le maître d'ouvrage des travaux de modernisation et d'extension des installations de l'aéroport et est le gestionnaire aéroportuaire et l'exploitant de la nouvelle aérogare. Son capital a été souscrit par l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg pour 499 actions et par la Société de Promotion et de Développement de l'Aéroport de Luxembourg pour une action.

La loi du 26 juillet 2002 sur la police et sur l'exploitation de l'aéroport de Luxembourg ainsi que sur la construction d'une nouvelle aérogare, ainsi que le règlement grand-ducal du 14 avril 2003, 1) portant approbation du contrat sur le développement, la mise en valeur et l'exploitation de l'Aéroport de Luxembourg, signé le 15 janvier 2003

entre l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg et SOCIÉTÉ C) SA, Société C) et 2) arrêtant le relevé des propriétés domaniales formant l'enceinte de l'Aéroport de Luxembourg, circonscrivent les missions et responsabilités confiées par l'Etat à SOCIÉTÉ C).

L'article 4 de la loi de 2002 prévoit que : « Pour l'exécution des projets d'investissements qui sont confiés par l'Etat à l'organisme désigné à l'article 2, et dont l'Etat assume ou garantit le financement, l'organisme est investi de tous les droits que les lois et règlements confèrent à l'Etat en matière de travaux publics. Toutefois, il demeure soumis à toutes les obligations qui dérivent pour l'Etat de ces lois et règlements. ».

Il résulte des travaux parlementaires de cette loi qu' « il paraît dès lors indiqué de retenir que, pour autant que la Société prenne une initiative engageant sa propre responsabilité financière, elle doit pouvoir y procéder selon les règles de l'économie privée. Par contre, si elle initie un projet engageant des deniers publics ou bénéficiant de la garantie financière de l'Etat, elle doit se conformer aux règles applicables à l'Administration publique. C'est notamment le cas pour l'application de la législation sur les marchés publics en ce qui concerne la réalisation de l'aérogare » et que « les dispositions de l'article 4 expriment l'idée que l'organisme visé exerce une mission de service public et qu'accomplissant une telle mission dont l'exécution obéirait aux mêmes règles, si l'Etat s'en chargeait en régie propre. La société doit donc être placée vis-à-vis des lois et règlements applicables en matière de travaux publics dans les mêmes conditions que l'Etat » et que « l'obligation pour la Société C), constituée en février 2001 en vue de la réalisation et de l'exploitation de la nouvelle aérogare, d'observer les règles et les contraintes qui s'imposent à l'Etat pour autant que les projets réalisés ou gérés par la société soient financés par l'Etat ou que leur financement soit garanti par l'Etat ».

Partant sans entrer dans l'analyse de la jurisprudence en matière d'organisme créé pour satisfaire spécifiquement aux besoins d'intérêt général autre qu'industriel ou commercial, il découle clairement de la disposition in fine de l'article 4 de la loi du 26 juillet 2002 que la Société, en l'occurrence SOCIÉTÉ C), est placée dans les mêmes conditions que l'Etat dans le projet de la nouvelle aérogare étant donné que l'intimée bénéficie de la garantie financière de l'Etat, partant SOCIÉTÉ C) est à considérer comme pouvoir adjudicateur.

Clause 1.6. du cahier des charges

L'article 1.6. des clauses contractuelles intitulé MODE DE REVISION DES PRIX stipule que : « Les prix unitaires sont fixes et non révisables pendant toute la durée de l'exécution des travaux même si elle dépasse la date de fin des travaux indiquée dans le planning joint au présent document ».

Les appelantes soutiennent que cette clause est nulle, tandis que la partie intimée se prévaut de la tardiveté de leur contestation par les adjudicataires.

Le règlement du 7 juillet 2003 prévoit sous le chapitre VI intitulé DOSSIER DE SOUMISSION, une section II intitulée MODE DE RÉVISION DES PRIX aux articles 18 et 19 que : « Le cahier spécial des charges détermine le mode de révision des prix et, le cas échéant, prévoit des formules de révision spécifiques » et que : « Pour les contrats qui sont susceptibles de bénéficier d'une révision des prix, le cahier spécial des charges spécifiera le moment où l'adjudicataire doit remettre une analyse des prix valables le jour de l'ouverture des offres. »

Au chapitre XXIV intitulé RÉSILIATION, ADAPTATION ET MODIFICATION DES MARCHÉS dans la première section (article 99) il est prévu que si entre la remise de l'offre et l'achèvement des travaux, fournitures ou services, des changements importants se sont produits dans le domaine des prix, des salaires ou des conditions d'exécution, le contrat peut être résilié, adapté ou modifié selon les dispositions des articles 100 à 118. Dans la section III de ce chapitre intitulée ADAPTATION DU CONTRAT sont précisées les conditions et les modalités de cette adaptation (articles 103 à 112).

Sous réserve du principe que le marché est conclu à prix définitif, il découle de la juxtaposition de ces deux dispositions relatives aux variations des coûts que le règlement prévoit deux situations différentes, la révision des prix et l'adaptation des prix.

En cas de révision du prix, le cahier spécial des charges du marché fixe la date d'établissement du prix initial, les modalités de calcul de la révision ainsi que la périodicité de sa mise en œuvre.

L'adaptation du prix s'applique en cas de variations ou fluctuations imprévisibles des prix et salaires suite à des interventions légales ou réglementaires ou qui peuvent être constatées dans les cotations officielles, les mercuriales ou les publications de prix des matières premières.

Ainsi le prix définitif peut être ferme ou révisable selon les conditions prévues aux articles 18 et 19 du règlement. Le prix ferme correspond à un prix invariable pendant la durée du marché, mais ceci n'exclut pas qu'il soit adapté dans les conditions fixées par les articles 103 à 112 du règlement.

Pour autant que le marché négocié stipule des prix fixes non révisables, il ne fait qu'écarter l'application des articles 18 et 19 du règlement et à ce faire ladite clause n'est pas contraire au règlement du 7 juillet 2003.

Le marché ayant expressément écarté la révision des prix, les développements des parties appelantes dans le cadre de leur demande d'adaptation des salaires relatifs à l'article 1.6. des clauses générales sont à rejeter, les valeurs et paramètres en question n'ont pas été définis par les parties au marché et n'ont fait l'objet d'aucun accord des parties.

Si le pouvoir adjudicataire avait l'intention d'écarter également les dispositions réglementaires relatives à l'adaptation des prix, il lui aurait

incombé de le stipuler expressément dans le marché, néanmoins sous réserve d'une éventuelle irrégularité de cette exclusion.

Eu égard à cette conclusion, il n'y a plus lieu d'analyser le moyen relatif à la forclusion pour tardiveté du moyen soulevé, ni celui relatif à l'application de l'article 21 du règlement mettant à charge du soumissionnaire l'obligation de faire rectifier les ambiguïtés, erreurs ou omissions.

L'application des articles relatifs à l'adaptation du contrat n'ayant pas été écartée expressément par le marché, il y a lieu d'analyser si les demandes de SOCIÉTÉ A) et SOCIÉTÉ B) remplissent les conditions prévues audit règlement.

Adaptation des prix du marché

Conformément à l'article 103 du règlement du 7 juillet 2003, 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.

Les articles 105 et 106 exigent que l'adaptation du contrat soit demandée sous peine de nullité par lettre recommandée motivée, excepté pour les fournitures où les variations de prix publiées par voie officielle et 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.

A ce titre, il y a lieu de confirmer la conclusion des juges de première instance retenant que pour qu'une publication soit officielle, elle doit émaner d'une autorité reconnue, constituée, donc du Gouvernement ou d'une administration publique.

En outre, l'article 105 du règlement pour autant qu'il vise au point 2) les variations des salaires, son application ne se limite pas aux seules fournitures de produits, mais vise également les prestations de services, de sorte que cet argument de SOCIÉTÉ C) est à écarter.

Le règlement du 7 juillet 2003 prévoit deux modes d'adaptation des prix, l'adaptation automatique pour les variations des prix et des salaires publiées par voie officielle (article 105 points 1) et 2)) et l'adaptation suite à une demande par lettre recommandée (article 106).

- adaptation des prix de l'acier

SOCIÉTÉ A) et SOCIÉTÉ B) demandent l'adaptation du prix de l'acier sur base de l'indice Grymafer et des publications du Statec.

L'indice Grymafer ne fait pas l'objet d'une publication par voie officielle au sens de l'article 105 du règlement de 2003.

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.

Les publications du Statec retracent les variations de prix dans la construction en tenant compte de l'ensemble des facteurs déterminants le prix et ne reflètent pas les variations des prix des matériaux employés par l'adjudicataire.

Tout comme en première instance les parties appelantes omettent de préciser à quels indices de prix publiés par le Statec elles se réfèrent, ni à quelle date cette publication a eu lieu, la demande n'ayant, au vœu de l'article 107 in fine du règlement grand-ducal, effet qu'à partir de la publication des variations dans la presse.

SOCIÉTÉ A) et SOCIÉTÉ B) n'établissent donc pas que les variations des prix des matériaux à propos desquels elles demandent une adaptation auraient fait l'objet d'une publication officielle.

Les appelantes soutiennent que leurs courriers des 29 et 30 avril 2004 ont été envoyés par lettre recommandée. Toutefois, à l'instar des juges de première instance il y a lieu de constater que ces courriers ne sont pas constitutifs d'une demande au sens des dispositions de l'article 106 du règlement, étant donné qu'ils n'étaient pas accompagnés des analyses requises.

L'adjudicataire doit établir qu'il a effectivement dû faire face à des coûts accrus, il doit indiquer quand et à quelles conditions il s'est approvisionné auprès de son ou de ses fournisseurs.

Au mépris des dispositions de l'article 108 du règlement, SOCIÉTÉ A) et SOCIÉTÉ B) n'ont pas indiqué l'état d'avancement des travaux, fournitures ou services ni les stocks et la destination des matériaux dont elles disposaient.

Le tribunal d'arrondissement est encore à confirmer pour avoir retenu que les demandes formulées le 22 décembre 2004, le 9 février 2005 et le 5 janvier 2006 portaient sur des travaux qui avaient été antérieurement réalisés à ces demandes.

Or, en application de l'article 107 du règlement une demande d'adaptation ne peut avoir aucun effet rétroactif et contrairement à l'article 111 des acomptes avaient été payés de sorte que les demandes des appelantes relatives au prix de l'acier ont à bon droit été déclarées non fondées sans que les autres conditions soient à analyser.

- adaptation des salaires

Il est constant en cause que pour la période concernée il n'y a pas eu de variation des salaires décrétée par voie légale ou réglementaire, de sorte que seule une adaptation sur demande par lettre recommandée est à envisager.

Les juges de première instance sont encore à confirmer pour avoir retenu que SOCIÉTÉ A) et SOCIÉTÉ B) n'ont pas envoyé leur demande dans les conditions requises par le règlement de 2003.

Pour autant que la lettre du 27 juin 2005 de l'avocat des appelantes est à considérer comme demande elle n'est pas conforme à l'article 106 du règlement.

Conformément à l'article 103 du règlement, seules les variations imprévisibles peuvent donner lieu à une adaptation du contrat et il incombe à l'entrepreneur d'envisager lors de l'établissement de son offre de soumission toutes les variations de prix qui sont prévisibles.

Les appelantes restent en défaut de prouver le caractère imprévisible des hausses salariales et qu'elles ne les ont pas déjà prises en compte dans leur offre.

Les appelantes n'ont dès lors pas établi que les conditions d'une adaptation du marché, conformément aux articles 103 et suivants, sont données. La Cour approuve partant les juges de première instance pour avoir dit non fondée la demande d'adaptation des salaires présentées par les appelantes.

Il découle de ces développements que la demande subsidiaire des appelantes tendant à l'institution d'une expertise est à rejeter.

En considération des développements qui précèdent le jugement entrepris est à confirmer en ce qu'il a déclaré les demandes de SOCIÉTÉ A) et SOCIÉTÉ B) non fondées.

C'est à bon droit et pour des motifs que la Cour adopte que les juges de premières instances ont débouté SOCIÉTÉ A) et SOCIÉTÉ B) de leur demande en obtention d'une indemnité de procédure.

Au vu du sort réservé à leur appel, SOCIÉTÉ A) et SOCIÉTÉ B) sont également à débouter de leur demande en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

Faute de justifier de l'iniquité requise par l'article 240 du Nouveau code de procédure civile, SOCIÉTÉ C) est à débouter de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure.

Les avocats ont marqué leur accord à ce que Madame le président de chambre Odette PAULY, chargée de faire rapport, tienne seule l'audience pour entendre les plaidoiries. Elle a indiqué la composition de la Cour et a fait son rapport oral et elle a rendu compte de

l'audience à la Cour dans son délibéré.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, le magistrat chargé de la mise en état entendu en son rapport oral,

vu l'article 227 du Nouveau code de procédure civile,

dit l'appel incident et l'appel principal de la société anonyme SOCIÉTÉ C) S.A. irrecevables,

dit l'appel de la société anonyme SOCIÉTÉ A) S.A. et de la société à responsabilité limitée SOCIÉTÉ B) s.à.r.l., agissant en leur qualité d'associées de l'association momentanée recevable, mais non fondé,

confirme le jugement entrepris,

dit les demandes basées sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile non fondées,

laisse les frais des actes d'appel de SOCIÉTÉ C) à sa charge,

pour le surplus condamne la société anonyme SOCIÉTÉ A) S.A. et de la société à responsabilité limitée SOCIÉTÉ B) s.à.r.l., agissant en leur qualité d'associées de l'association momentanée aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître Christian Point, avocat concluant qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.