

Arrêt N°80/17 – II-CIV.

Arrêt civil.

Audience publique du vingt-six avril deux mille dix-sept.

Numéro 43491 du registre.

Composition:

Gilbert HOFFMANN, premier conseiller, président ;
Karin GUILLAUME, premier conseiller ;
Mylène REGENWETTER, conseiller, et
Chris ANTONY, greffier assumé.

E n t r e :

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

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN d' Esch-sur-Alzette en date du 21 mars 2016,

comparant par Maître Marc KERGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, représenté par le Ministre d'Etat, dont les bureaux sont établis à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation, et pour autant que de besoin par le Ministre du Développement durable et des Infrastructures actuellement en fonctions, ayant ses bureaux à L-2450 Luxembourg, 4, boulevard F.D. Roosevelt,

intimé aux fins du prédit exploit STEFFEN,

comparant par Maître Patrick KINSCH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

LA COUR D'APPEL:

La société anonyme SOC.1.S.A., (anciennement SOC.1.S.A.) (ci-après la société SOC.1.), après avoir été déclarée adjudicataire du marché public relatif aux travaux de gros œuvre pour la construction du Centre National de l'Audiovisuel et Centre Culturel Régional à Dudelange, sur base d'une offre présentée le 23 septembre 2002 et d'un arrêté daté du 14 mars 2003 pour un montant de 7.821.248,03 EUR TTC, a débuté les travaux le 5 mai 2003 pour les terminer en mai 2008.

Invoquant une hausse imprévisible et importante du coût des matériaux, la société SOC.1. a en date du 25 novembre 2009 après avoir envoyé son décompte final à L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG (ci-après l'ETAT), demandé l'adaptation du contrat sur la part matériel en conformité avec les articles 103 et suivants du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi modifiée du 30 juin 2003 sur les marchés publics.

Après avoir initialement refusé toute hausse des prix, l'ETAT a en date du 13 septembre 2010 proposé une hausse de 1.913,96 EUR.

Par courrier recommandé du mandataire de la société SOC.1., L'ETAT a été mis en demeure de régler le montant de 1.223.325,22 EUR en conformité avec l'article 110 du règlement grand-ducal de 2003.

Cette demande ayant été rejetée par courrier du ministre du 9 novembre 2010, la société SOC.1. a saisi le tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour obtenir la condamnation judiciaire de l'ETAT au dit montant avec les intérêts moratoires au taux de la BCE majoré de 7 points à partir du 25 décembre 2009, sinon de la mise en demeure, sinon de la demande en justice, ainsi qu'une indemnité de procédure de 15.000 EUR.

Après avoir révoqué l'ordonnance de clôture par jugement du 18 mars 2015 pour inviter les parties à conclure sur l'applicabilité au litige de la loi modifiée du 30 juin 2003 sur les marchés publics *rationae temporis*, le tribunal a par jugement du 3 février 2016 retenu que cette loi était inapplicable au litige, le marché public dont s'agit ayant été adjudgé avant son entrée en vigueur et a analysé la demande sur base de la loi modifiée du 4 avril 1974 concernant le régime des marchés publics de fournitures et de son règlement d'exécution du 2 janvier 1989.

Retenant que la société SOC.1. était en aveu d'avoir introduit sa demande au moment où l'intégralité des travaux était achevée et qu'il ne résultait d'aucun élément du dossier que l'ETAT aurait renoncé à se prévaloir des prescriptions réglementaires régissant les marchés publics le tribunal a décidé que la société SOC.1. était forclosé à solliciter une adaptation des prix convenus sur base du §6 du règlement du 2 janvier 1989, alors que la demande porte sur des travaux exécutés antérieurement à celle-ci. Il a encore débouté la société SOC.1. de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure et l'a condamnée aux frais et dépens de l'instance.

De ce jugement signifié le 16 février 2016 la société SOC.1. a régulièrement relevé appel en date du 21 mars 2016.

A l'appui de son appel, la société SOC.1. fait valoir qu'elle aurait lors de chaque facture d'acompte mis en compte les travaux réalisés dans le cadre de cette facture et fait pour les besoins de la demande en révision au moment de la réception définitive une règle de trois avec les indices existants au moment de la facture et les indices tels qu'ils existaient lors de la soumission et que c'est sur cette base qu'elle aurait demandé l'adaptation lors de la facture finale , après avoir déduit la franchise de 2 %.

Elle estime que c'est bien la loi du 30 juin 2003 qui est applicable, s'agissant d'une loi d'ordre public elle serait en effet d'application immédiate aux contrats en cours et que le jugement entrepris serait à réformer sur ce point.

Les parties auraient par ailleurs d'un commun accord entendu soumettre leur contrat à cette loi.

En ordre subsidiaire la société SOC.1. fait plaider qu'elle aurait respecté les dispositions de la réglementation du 2 janvier 1989 et que le jugement serait encore à réformer pour avoir retenu le contraire.

Elle invoque encore les principes de l'exécution de bonne foi des contrats, de la confiance légitime et de la sécurité juridique pour voir dire que l'ETAT serait tenu, sur base de sa pratique administrative antérieure, d'accepter les calculs de la société SOC.1..

La société SOC.1. formule une offre de preuve par témoins aux fins d'établir qu'elle ne dispose jamais dans le cadre de l'exécution des marchés publics d'un stock de matériel, la livraison sur chantier se faisant en fonction des besoins et que jusqu'à présent tous les marchés publics réalisés par la société SOC.1. pour compte de l'ETAT ont fait l'objet d'une demande de révision des prix formulée de la même manière.

L'appelante demande encore la nomination d'un expert, avec mission de dire si l'adaptation de prix demandée par la société SOC.1. dans le marché public concerné a été faite en conformité avec les articles 103 et suivants du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003.

Elle conclut enfin à se voir allouer une indemnité de procédure de 10.000 EUR pour l'instance d'appel.

L'ETAT maintient son argumentation suivant laquelle les conditions d'une adaptation des prix ne seraient pas données en l'espèce, notamment parce que l'adaptation des prix n'a pas été demandée par lettre recommandée et accompagnée d'une analyse détaillée des prix et que les demandes n'ont pas été formulées avant les travaux pour lesquels l'adaptation est demandée.

L'ETAT estime être en droit de changer ses pratiques administratives du moment qu'il continue à respecter toutes les dispositions légales et les termes des contrats qu'il a conclus.

En ordre très subsidiaire, l'ETAT estime qu'il n'y aurait pas lieu d'appliquer sur les montants réclamés le taux d'intérêt spécial fixé par le chapitre I de la loi du 18 avril 2004 relatif aux délais de paiement et aux intérêts de retard.

Appréciation de la Cour

La société SOC.1. adjudicataire du marché public relatif aux travaux de gros œuvre pour la construction du Centre (...) à (...) pour un montant total de 7.821.248,03 EUR TTC suivant offre du 23 septembre 2002 a fait parvenir à l'Administration des bâtiments publics une facture de 1.223.325,22 EUR pour hausse des matières premières en date du 25 novembre 2009.

C'est à bon droit que le tribunal d'arrondissement, saisi par la société SOC.1. suite au refus de L'ETAT de payer ladite facture, a examiné le mérite de la demande en se référant à la loi modifiée du 4 avril 1974 concernant le régime de marchés publics de travaux et de fourniture et à son règlement d'exécution du 2 janvier 1989 portant institution d'un cahier général des charges applicables aux marchés publics de travaux et de fournitures pour compte de l'Etat.

Si la doctrine de l'effet immédiat de la loi nouvelle, à laquelle se réfère l'appelante, permet en effet de saisir les situations « en cours » à la date où elle entre en vigueur, elle connaît toutefois une exception : celle des situations contractuelles, pour la raison que le contrat est un acte de prévision. Aussi, les effets à venir des contrats en cours restent en principe soumis à la loi ancienne. (CF JCL Civil Code, Art 2, fasc.20).

Il est vrai que la jurisprudence a dans certaines hypothèses relevées par l'appelant appliqué la loi nouvelle à des contrats en cours, mais toute systématisation est pour le moins délicate, le caractère d'ordre public de la loi ne suffisant pas en général à conclure à l'effet immédiat de la loi nouvelle. (Cass.1^{ère} civ.17 mars 1998 : Bull.civ 1998,1, no 115).

Aucune considération d'opportunité ne justifiant en l'espèce l'application immédiate de la loi du 30 juin 2003 aux contrats en cours lors de son entrée en vigueur, le jugement entrepris est à approuver en ce qu'il a fait application de la loi modifiée du 4 avril 1974 et de l'article 37 du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 précité, dans le but de faire prévaloir la stabilité des relations contractuelles et la sécurité juridique en soumettant le contrat pendant toute sa durée au même régime juridique.

C'est encore à juste titre que les premiers juges ont écarté le principe invoqué en cause de la liberté pour les parties de choisir la loi applicable à leurs relations contractuelles, au motif que ce dernier se heurte en matière de marchés publics au principe de légalité qui impose d'appliquer le droit tel qu'il est en vigueur.

La partie appelante reproche au tribunal de l'avoir, sur base de l'article 37 §(6) point A rubrique a) du règlement précité déclarée forclosé à demander une adaptation en retenant que la demande n'aurait été introduite que postérieurement à l'exécution des travaux par son courrier du 25 novembre 2009.

Elle fait plaider que l'accord de l'ETAT à lui verser un complément de prix de 1.903,14 EUR vaudrait acceptation que les conditions d'une demande en adaptation du prix seraient données et renonciation à se prévaloir des dispositions du règlement.

La société SOC.1. soutient encore que le courrier lui adressé par L'ETAT en date du 12 mars 2010, par lequel L'ETAT informe la société SOC.1. que suite au calcul effectué avec les paramètres retenus lors d'une réunion du gouvernement en conseil la hausse des prix des matériaux réellement due s'élèverait à EUR 0, vaudrait reconnaissance expresse de son droit à obtenir une révision des prix.

La Cour rejoint cependant sur ce point la motivation des premiers juges, suivant laquelle le fait que l'ETAT ait été disposé à allouer un supplément de prix à la société SOC.1., ne comporte aucunement une renonciation de sa part à se prévaloir des dispositions régissant les marchés publics.

L'ETAT a en effet expliqué avoir voulu mettre en place une formule de révision simplifiée des prix faisant abstraction de l'élément d'imprévisibilité de la fluctuation des prix et n'avoir dès lors pas raisonné, dans un premier temps, par rapport aux conditions exigées par le règlement grand-ducal précité.

Informé du refus de la société SOC.1. d'accepter l'application de la procédure de révision simplifiée, le Ministre du développement durable a fait savoir par courrier du 9 novembre 2010 à la société SOC.1. qu'il n'avait pas accepté la demande d'adaptation des contrats « qu'il n'était d'ailleurs pas obligé d'accepter suivant la réglementation en vigueur lors de la soumission ».

L'on ne saurait dès lors tirer du courrier du 12 mars 2010 une quelconque renonciation aux dispositions légales et réglementaires encadrant les demandes en adaptation du prix.

La société SOC.1. fait ensuite valoir qu'elle aurait lors de chaque facture (appelée acompte et émise normalement à un rythme mensuel) mis en compte les travaux effectués dans le cadre de cette facture en précisant la période de réalisation et fait pour les besoins de la demande en révision une règle de trois avec les indices existants au moment de la facture et les indices tels qu'ils existaient au moment de la soumission.

La société SOC.1. aurait ainsi émis 26 acomptes au total et une facture finale.

La « demande » aurait dès lors été faite dans la cadre de chaque facture d'acompte.

L'état d'avancement des travaux serait le métré contradictoire, lequel vaudrait également constat contradictoire des travaux.

La formule de révision serait la règle de trois faite par la société SOC.1. en fonction des indices existants lors de l'exécution des travaux, comparés à ceux ayant existé lors de la soumission.

Les bénéfices constatés dans la branche, fixés par les parties de manière théorique à 10% auraient été retranchés du montant facturé pour ne pas les inclure dans la règle de trois calculant l'adaptation des prix.

La société SOC.1. estime partant avoir respecté les textes.

Force est cependant de constater que le dossier ne contient aucune demande d'adaptation de prix pour hausse des matériaux par lettre recommandée, ni par courrier simple d'ailleurs, antérieurement au décompte final du 25 novembre 2009.

La seule demande d'adaptation des prix adressée par courrier recommandé du 25 juillet 2003 à l'ETAT en rapport avec le marché public du Centre (...) porte sur les produits pétroliers et l'adaptation des salaires et traitements.

Une adaptation pour augmentation des salaires a d'ailleurs été accordée à la société SOC.1. pour ce chantier, comme il résulte des conclusions, non contestées sur ce point, de l'ETAT.

Les 26 demandes d'acompte ne renseignent aucun montant du chef d'augmentation du prix des matériaux et il a été reconnu lors des plaidoiries que si la différence de prix résultant de l'augmentation des indices entre la soumission et la facturation a été calculée en interne suivant la formule de révision lors de l'établissement de chacune des 26 factures, les décomptes afférents n'ont jamais été portés à la connaissance de l'Etat avant le décompte final du 25 novembre 2009.

Le tribunal a dès lors à juste titre retenu, sur base du §6 de l'article 37 du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 portant institution d'un cahier des charges applicables aux marchés publics de travaux et de fournitures pour compte de l'Etat, qui dispose que « *ne peuvent donner lieu à une révision des prix que les travaux ou services exécutés et les fournitures faites antérieurement à la demande en révision ou pour lesquels une avance a été payée* », que la société SOC.1. était forclosée à solliciter une adaptation des prix convenus dans le cadre du marché public relatif au Centre National de l'Audiovisuel et centre Culturel régional à Dudelange.

En dernier ordre d'idée, l'appelante fait encore plaider que l'ETAT aurait, par son attitude, violé tant le principe de l'exécution de bonne foi des contrats que celui de la sécurité juridique, alors qu'il existerait une pratique poursuivie depuis toujours par l'ETAT, selon laquelle la méthode de calcul de la partie appelante et sa manière de demander les révisions de prix n'a jamais été remise en cause.

L'appelante fait valoir qu'en vertu du principe général de la confiance légitime, l'administré peut exiger de l'autorité administrative qu'elle se conforme à une attitude qu'elle a suivi dans le passé et se prévaut dans ce contexte du traitement accordé à la demande de révision des prix pour le marché public du Lycée 1 pour lequel la société SOC.1. était en association momentanée avec d'autres entreprises, où le montant intégral demandé dans le cadre de la révision du prix lui a été alloué en janvier 2013.

La Cour estime néanmoins que l'ETAT est en droit de changer ses pratiques administratives du moment où il continue à respecter toutes les dispositions légales et les termes du contrat qu'il a conclu.

Invoqué seul ou avec le principe de sécurité juridique dont il est issu, le principe de confiance légitime a été consacré tant par la jurisprudence communautaire en tant que principe du droit communautaire, que par la jurisprudence nationale en tant que principe général du droit.

Ce principe général du droit tend à ce que les règles juridiques ainsi que l'activité administrative soient empreintes de clarté et de prévisibilité, de manière à ce qu'un administré puisse s'attendre à un comportement cohérent et constant de l'administration dans l'application d'un même texte de l'ordonnement juridique par rapport à une même situation juridique.

Selon la jurisprudence *Forvass*, la confiance légitime est encadrée par trois conditions :

- 1) les assurances fournies par l'administration doivent être précises, inconditionnelles et concordantes émanant de sources autorisées et fiables,
- 2) ces assurances doivent être de nature à faire naître une attente légitime dans l'esprit de celui auquel elles s'adressent,
- 3) les assurances données doivent être conformes aux normes applicables » (TPI, arrêt du 6 juillet 1999, *Forvass T-203/97*, point 70).

Il y a lieu d'insister sur le qualificatif légitime de la confiance. Ainsi aucun droit ne saurait être tiré par l'administré d'une pratique de l'administration qui s'écarterait des normes législatives ou réglementaires applicables.

A supposer dès lors que l'ETAT ait antérieurement fait droit à une demande de la société SOC.1. ne remplissant pas les exigences de forme requises par la réglementation en vigueur, cette dernière ne saurait sur base de la jurisprudence précitée en tirer aucun droit acquis.

Il découle de l'ensemble de ces considérations que le jugement entrepris est à confirmer dans toute sa teneur.

Compte tenu du sort réservé à son appel, la société SOC.1. est à débouter de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, deuxième section, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, le magistrat de la mise en l'état entendu en son rapport conformément à l'article 227 du nouveau code de procédure civile,

reçoit l'appel en la forme,

le dit non fondé

confirme le jugement entrepris

donne acte à l'ETAT qu'il a payé à titre d'adaptation du marché public la somme de 1.913,96 EUR,

déboute la société anonyme SOC.1.S.A.(anciennement SOC.1.S.A.) de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne la société anonyme SOC.1.S.A.(anciennement SOC.1.S.A.) aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distractions au profit de Maître KINSCH, sur ses affirmations de droit.