

Arrêt N°7/18 – II-CIV

Arrêt civil

Audience publique du vingt-quatre janvier deux mille dix-huit

Numéro 42322 du registre

Composition:

Karin GUILLAUME, premier conseiller, président ;
Yola SCHMIT, conseiller ;
Marc WAGNER, conseiller, et
Christian MEYER, greffier assumé.

Entre :

1.) la soc.1, 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(...),

2.) la soc.2, établie et ayant son siège social à D-(...), inscrite au registre de commerce près le Amtsgericht (...), déclarée en état de faillite par décision du *Amstgericht* (...) du 1^{er} mai 2014, représentée par son *Insolvenzverwalter*, Maître Tobias HOEFER, avocat, demeurant professionnellement à D-(...),

3.) la soc.3, en liquidation, représentée par son liquidateur Raymond HENSCHEN, établie et ayant son siège social à L-(...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B(...),

les parties sub1) à 3) réunies en association momentanée sous la dénomination «Association momentanée pour la réalisation des travaux d'extension de la station d'épuration – AA SOC1.-SOC2.-SOC.3 »,

appelantes aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Patrick MULLER en remplacement de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg du 18 février 2015,

comparant par Maître Alain RUKAVINA, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1.) AA en abrégé AA, établi à L-(...), représenté principalement par son président et bureau actuellement en fonctions, en la personne de son président, et subsidiairement par son bureau actuellement en fonctions,

intimé aux fins du prédit exploit MULLER,

comparant par Maître Jean TONNAR, avocat à la Cour, demeurant à Esch-sur-Alzette,

2.) l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, représenté par le ministre d'Etat, ayant ses bureaux à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation, et pour autant que de besoin par son ministre de l'Intérieur et à la Grande Région, poursuites et diligences de l'Administration de la Gestion de l'Eau, sise à L-2146 Luxembourg, 51-53, rue de Merl, représentée par son directeur actuellement en fonctions, élisant domicile pour autant que de besoin à l'adresse de l'Administration précitée,

intimé aux fins du prédit exploit MULLER,

comparant par Maître Laurent METZLER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Suite à une procédure de soumission, la soc.1, la soc.2 et la soc.3, réunies en association momentanée sous la dénomination « Association momentanée pour la réalisation des travaux d'extension de la station d'épuration – AA SOC1.-SOC2.-SOC.3 » (ci-après l'association momentanée SOC1.-SOC2.-SOC.3) se sont vu adjuger le marché relatif aux travaux d'agrandissement de la station d'épuration

de (...), pour un prix forfaitaire de 28.927.885,02.- euros, TVA comprise et ont signé en date du 23 février 2005 un contrat forfaitaire (« Pauschalpreisvertrag ») soumis aux dispositions légales suivantes :

- Loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics,
- Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale du 13 décembre 1988,
- Règlement grand-ducal du 8 juillet 2003 portant institution de cahiers spéciaux des charges standardisées en matière de marchés publics.

Par lettre recommandée du 15 mars 2007, l'association momentanée SOC1.-SOC2.-SOC.3 a informé le AA (ci-après AA) que les prix des matières premières avaient subi de fortes fluctuations et que par conséquent, il y avait lieu à adaptation des prix conformément à l'article 103 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics (ci-après le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003) et à l'article 2.1.6 des conditions générales du contrat.

Par courrier du 24 mai 2007, AA a refusé de faire droit à la demande d'adaptation des prix présentée par l'association momentanée SOC1.-SOC2.-SOC.3.

Les tentatives de négociations n'ayant pas abouti, l'association momentanée SOC1.-SOC2.-SOC.3 a, en date du 20 novembre 2007, adressé à AA un courrier recommandé contenant une facture d'acompte d'un montant de 1.645.300,78.- euros.

Par courriers du 4 décembre 2007, du 9 décembre 2007 et du 7 janvier 2008, AA a contesté la facture émise par l'association momentanée SOC1.-SOC2.-SOC.3.

Par exploit d'huissier du 21 novembre 2008, l'association momentanée SOC1.-SOC2.-SOC.3 a fait donner assignation au AA à comparaître devant le tribunal de Luxembourg, pour l'y voir condamner au paiement de la somme de 1.645.300,78.- euros avec les intérêts de retard prévus par l'article 5 de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement, à partir du 2 décembre 2008, sinon de l'assignation en justice jusqu'à solde.

Par requête en intervention volontaire avec constitution d'avocat à la Cour signifiée en date du 21 janvier 2011, l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG (ci-après l'ETAT) est intervenu volontairement à l'instance.

La soc.2 a été déclarée en état de faillite par décision du *Amstgericht de (...)* du 1^{er} mai 2014 et Maître Tobias HOEFER a été désigné *Insolvenzverwalter*.

A l'appui de sa demande, l'association momentanée SOC1.-SOC2.-SOC.3 faisait valoir que depuis l'élaboration de son offre de soumission, les prix des matières premières et les salaires avaient subi d'importantes hausses.

Elle soutenait encore que toutes les fluctuations dépasseraient la franchise de 2% prévue à l'article 111 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, que les modalités de calcul seraient reprises aux annexes 36 à 40 du contrat et qu'elle aurait remis tous les formulaires relatifs à sa demande d'adaptation, tel que cela serait prévu par l'article 2.1.6 des conditions spéciales du contrat. Il y aurait également lieu de se rapporter à la période de l'élaboration de l'offre de soumission comme période de référence, afin de calculer le montant des adaptations.

Après avoir constaté que le bordereau de soumission complété par l'association momentanée SOC1.-SOC2.-SOC.3 n'était pas versé en cause, le tribunal a, par jugement du 5 novembre 2014, retenu qu'il n'était pas en mesure de procéder à un quelconque contrôle du prix final, ni même d'opérer une comparaison entre ce qui a initialement été offert en termes de quantités, prix et prestations et ce qui est sollicité dans le cadre de la demande en adaptation.

Se référant au contrat du 23 février 2005 signé entre parties dans lequel les parties ont convenu d'une formule de calcul telle que prévue par l'article 106, 2) du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 et prévu des formulaires « révision des prix, adaptation du marché aux hausses salariales » qui devraient être remplis en cas de demande en adaptation, le tribunal a constaté :

- que les formules jointes en annexe étaient ceux établies au moment où l'association momentanée a émis son offre de soumission, à savoir le 11 septembre 2004 et qu'il n'y a avait pas de formulaire « révision des prix, adaptation du marché aux hausses salariales » établi au moment de la demande en adaptation, c'est-à-dire au mois de mars 2007.
- que les matières premières concernées par les hausses de prix n'étaient précisées ni dans le courrier recommandé du 15 mars 2007, ni dans celui du 20 novembre 2007.
- qu'aucun état d'avancement des travaux tel que requis par l'article 108 du règlement grand-ducal n'a été versé en cause par l'association momentanée SOC1.-SOC2.-SOC.3.

Le tribunal a dès lors considéré que la demande en adaptation des prix des matières premières ne remplissait pas les conditions des articles 106 et 108 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 et a rejeté la demande.

Pour ce qui est de la demande en adaptation pour hausse des salaires comprise dans le montant de 1.645.300,78.- euros réclamé par l'association momentanée SOC1.-SOC2.-SOC.3, le tribunal l'a dite non fondée au motif qu'il ne serait pas précisé en quoi la variation des salaires sur la période concernée serait imprévisible et qu'il ne serait pas non plus établi que les salaires auraient subi une hausse suite à une intervention réglementaire au sens de l'article 103 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003.

De ce jugement signifié en date du 26 janvier 2015, la soc.1, la soc.2 et la soc.3 ont régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 18 février 2015.

L'association momentanée SOC1.-SOC2.-SOC.3 verse aux débats le bordereau de soumission. Elle expose avoir remis une offre à prix forfaitaire par chapitres, dans lesquels étaient énumérées les principales prestations suivies d'une colonne indiquant le prix forfaitaire pour chaque position. Le bordereau établi par le AA ne faisait pas état de quantités à livrer, ni de matériaux à utiliser mais de descriptif de travaux à réaliser. La formule de révision du prix renseignait un pourcentage en termes de matériel et non les quantités exactes et la désignation des matériels utilisés.

L'association momentanée SOC1.-SOC2.-SOC.3 estime avoir respecté le formalisme prescrit par le règlement (article 105) et le cahier des charges article (2.1.6.).

En ce qui concerne les matières premières concernées par la demande, elle fait valoir qu'elle a communiqué en annexe de sa lettre du 15 mars 2007 les justificatifs établis par ses fournisseurs. Or le maître d'œuvre aurait refusé cette façon de procéder lors d'une réunion du 9 mai 2007, de sorte que l'association momentanée SOC1.-SOC2.-SOC.3 avait alors proposé comme alternative un calcul selon les indices de construction du STATEC, vu qu'il n'existe pas au Grand-duché d'indices précis pour chaque type de matériel.

Elle souligne encore que, si l'indice des prix du STATEC est demandé sur le formulaire annexé au dossier de soumission au jour de l'offre, c'était pour être utilisé ultérieurement comme élément de comparaison. Les demandes de révision auraient par ailleurs été réalisées sur base des états d'avancement régulièrement dressés par chaque associé pour sa part de chantier, validés par le bureau d'étude délégué par le maître d'ouvrage. Pour chaque état d'avancement l'indice correspondant à la plage d'exécution des travaux aurait été déterminé sur base des listes officielles du STATEC et mis en relation avec le même indice à la date de la soumission (septembre 2004) et appliqué sur le montant des travaux réalisés pendant chaque période. Il n'existait pas de stock, les matériaux étant commandés « *just in time* ».

Le chantier ayant entretemps progressé, la demande totale pour les adaptations du prix des matières premières, main d'œuvre révisable intégrée est portée dans l'acte d'appel à 3.062.334,48 euros HTVA, dont la part correspondant à l'adaptation des salaires s'élève à 562.798,26 euros.

Pour établir le caractère imprévisible de la hausse des prix, l'appelante se réfère aux pièces versées en cause et formule une offre de preuve par expertise tendant à voir établir s'il y a eu par rapport aux documents de la soumission et en tenant compte de l'avancement des travaux une hausse importante et imprévisible des prix et pour calculer, en tenant compte des indices, le montant revenant à l'appelante à titre de révision des prix, en tenant compte de la franchise de 2% indiquée à l'article 11-2 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003.

Le AA conclut à la confirmation du jugement entrepris. Il maintient n'avoir aucune connaissance des quantités initiales prévues pour la réalisation du marché, ni des prix en vigueur au moment de la conclusion du contrat, de sorte que toute vérification des hausses alléguées serait impossible.

Il conteste encore que le prix des matières ait augmenté tout au long de l'exécution du contrat et soutient qu'il y a eu ces dernières années un effondrement du prix des matières premières. Le AA conclut au rejet de l'offre de preuve par expertise formulée en cause au motif qu'une telle mesure ne pourrait suppléer aux lacunes des revendications formulées par l'appelante. Le AA souligne encore que le règlement grand-ducal ne prévoit aucun effet rétroactif pour l'adaptation des prix. Enfin il fait valoir que les appelants seraient à débouter de leur demande pour ne pas l'avoir introduite par lettre recommandée. L'adaptation pour hausse des salaires serait à rejeter pour ne jamais avoir fait l'objet d'une demande écrite. Les hausses invoquées n'auraient aucun caractère imprévisible et les montants réclamés seraient contestés. AA réclame une indemnité de procédure de 15.000.- euros pour l'instance d'appel.

L'ETAT relève que la demande n'est pas conforme aux articles 105, alinéa 1 et 106 du règlement de 2003, les indices publiés par le STATEC n'étant pas à considérer comme publications officielles de variation des prix au sens de l'article 105 (2) du règlement de 2003. La demande ne serait pas suffisamment motivée pour ne fournir aucune information sur les matières premières concernées ni la méthode de calcul des révisions demandées, ni aucun état d'avancement des travaux. L'adaptation ne pourrait, conformément à l'article 111 du règlement du 7 juillet 2003, porter que sur les seuls travaux et fournitures réalisés après la réception de la demande en adaptation du prix. L'ETAT conteste encore le caractère imprévisible des hausses du prix des matières premières et conclut à voir confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a retenu que l'augmentation liée à l'échelle mobile des salaires ne revêt pas un caractère d'imprévisibilité.

Appréciation de la Cour

Il résulte du bordereau de soumission versé en cause que l'offre qui comporte des prix forfaitaires pour les différents postes ne renseigne ni quantités, ni prix unitaires.

-Quant à la demande en adaptation liée à l'augmentation des prix des matières premières.

L'article 1.6. du contrat intitulé « Preisrevisions modus », après avoir posé le principe que l'adaptation des prix se fait conformément aux dispositions du chapitre XXIV du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, dispose que :

Die Berechnung der etwaigen Anpassung ist folgendermassen durchzuführen:

-Für die Arbeitskräfte entsprechend des Formulars „revision der Preise, Anpassung des Auftrages an erhöhte Löhne

-Für das Material sind die durch einen von den Lieferanten ordnungsgemäss begründeten Brief gerechtfertigten Anpassung Position für Position durchzuführen.

L'article 2.1.6 des conditions spéciales quant à lui dispose que « *werden Preisanpassungen gemäss Artikel 1.&2 der allgemeinen Vertragsbedingungen von dem Bieter dem Angebot zugrunde gelegt, so sind die Formblätter « Preisanpassung » getrennt für die Bautechnik, Maschinentchnik, E-/MSR-Technik, Haustechnik und Landschaftsbau dem Angebot ausgefüllt beizulegen* ».

C'est à juste titre que le tribunal a retenu que la demande en révision des prix introduite par l'association momentanée SOC1.-SOC2.-SOC.3 n'était pas conforme aux dispositions du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, dès lors que les matières premières concernées par les hausses de prix n'étaient précisées ni dans le courrier recommandé du 15 mars 2007, ni dans celui du 20 novembre 2007.

Dans son premier courrier, l'association momentanée SOC1.-SOC2.-SOC.3 se limite en effet à mettre en compte des montants forfaitaires pour hausse des matières premières sans expliquer comment ces montants ont été calculés et sur base de quels critères objectifs ils se justifient. Cette lettre n'a pas été accompagnée d'une analyse des prix faisant l'objet du contrat, ni 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, comme le requiert l'article 106 du règlement du 7 juillet 2003. Or, l'adjudicataire doit établir qu'il a effectivement dû faire face à des coûts accrus. A cet effet il doit indiquer quand et à quelles conditions il s'est approvisionné auprès de son ou de ses fournisseurs.

De même, l'augmentation de la demande contenue dans l'acte d'appel en rapport avec la hausse des matières premières, qui s'élève suivant les dernières conclusions de l'appelante à 2.499.536,22 euros, n'est

pas accompagnée des justifications prévues à l'article 106, de sorte qu'elle n'est pas davantage motivée.

L'adaptation du contrat en matière de marchés publics par voie de révision des prix constitue une exception légale à la règle de droit civil selon laquelle le marché à forfait est un marché à prix ferme pour lequel l'entrepreneur ne peut demander aucune augmentation de prix, assumant les risques de l'augmentation du prix des matériaux ou de la main d'œuvre au moment de l'exécution du travail ainsi que les risques de ses propres évaluations quant à l'importance du travail.

Cette adaptation ne constitue dès lors pas un automatisme, mais elle est conditionnée par des variations de prix ou de salaires suite à des interventions législatives ou réglementaires qui doivent présenter un caractère imprévisible, respectivement par des fluctuations de prix des matières premières imprévisibles et importantes.

Il est de jurisprudence que ne sont 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 des marchés qui s'était amorcée depuis un certain temps. Or bon nombre des pièces versées par l'appelante établissent que pour certaines matières premières la hausse était déjà amorcée lors de la signature même du contrat en février 2005, notamment en ce qui concerne l'évolution du prix de l'acier, les fournisseurs ayant notifié les hausses dès décembre 2004. Des hausses portant sur ces matières premières n'étaient dès lors pas imprévisibles au moment où l'offre a été soumise.

L'offre de preuve par expertise formulée par l'appelante tendant à voir déterminer par rapport aux documents remis par le soumissionnaire et en tenant compte de l'avancement des travaux, s'il y a eu une hausse importante et imprévisible des prix pendant la période entre la soumission et la demande de révision des prix est à rejeter, une telle offre de preuve ne pouvant pallier la carence des appelantes dans l'administration de la preuve pour étayer leurs prétentions. Par ailleurs l'appréciation du caractère imprévisible de la hausse invoquée relève des juridictions saisies.

Dans son courrier du 20 novembre 2007, l'association momentanée SOC1.-SOC2.-SOC.3 a indiqué, pour justifier la variation imprévisible des prix par elle invoquée, les différents index auxquels elle s'est référée pour calculer les montants qu'elle réclame. Pour être pertinentes les cotations à prendre en considération doivent avoir un rapport étroit avec le marché ou les marchés sur lequel 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. Or, si les publications du Statec sont certes des publications officielles, elles ne sont pas adaptées pour établir les variations de prix des matières premières dans la mesure où leur but est de retracer les variations de prix dans la construction industrielle en tenant compte de

l'ensemble des facteurs déterminants le prix. Il faudrait justifier de données statistiques à un niveau d'agrégation inférieur et comportant des prix plus précis des matériaux concernés, et qui reflètent les prix dans le pays où l'adjudicataire s'est approvisionné.

A cela s'ajoute que comme en l'espèce les appelants ne justifient pas d'une publication par voie officielle des prix au sens de l'article 105 du règlement qui se distingue des cotations officielles, mercuriales ou publications de prix de matières premières auxquelles se réfère l'article 103, l'adaptation des prix ne peut, aux termes de l'article 107 du Règlement du 7 juillet 2003, être demandée que pour les travaux à exécuter postérieurement à la demande en adaptation et non pour ceux déjà exécutés, comme c'est le cas en l'espèce. Ces derniers sont expressément exclus de l'adaptation par l'article 111 du règlement.

Au vu de l'ensemble de ces considérations, l'appel est à déclarer non fondé pour autant qu'il porte sur l'adaptation du prix des matériaux.

-Quant à la demande en adaptation liée à l'augmentation des salaires.

C'est à juste titre que le tribunal a relevé que cette demande n'a pas été formulée de façon distincte dans la mesure où la demande en adaptation portait sur un montant global comprenant tant l'adaptation sur le prix des matériaux que celle liée à une hausse du coût de la main-d'œuvre. La demande n'a dès lors pas respecté les conditions de forme prévues l'article 1.6 des conditions générales du contrat qui prévoyait qu'elle devait être introduite au moyen d'un formulaire précis. Si aux termes des articles 105 et 107 du règlement l'adaptation peut produire ses effets à partir de la publication en ce qui concerne les variations sur salaires décrétés par voie légale ou réglementaire ou les ajustements de salaires (accordés) comme conséquence de l'adaptation à l'échelle mobile des salaires, il n'en demeure pas moins que l'adaptation est subordonnée à la preuve du caractère imprévisible de l'augmentation.

Or, c'est à bon droit, par une motivation que la Cour adopte, que le tribunal a considéré que l'association momentanée n'avait pas établi en quoi la variation des salaires sur la période concernée par la demande en adaptation serait imprévisible. Il résulte en effet des pièces versées en cause par l'appelante que pour les années 2004 à 2008, le pourcentage de hausse salariale est constant d'année en année.

Il n'est en outre pas justifié dans quelle mesure l'appelante a été affectée par cette augmentation, alors qu'il n'est pas exclu que l'association momentanée ait eu recours à des sous-traitants étrangers non affectés par cette hausse.

Il ressort de ces développements que le jugement entrepris est à confirmer dans toute sa teneur et que l'augmentation de la demande

formulée dans l'acte d'appel est, elle aussi, à rejeter pour être non fondée.

Au vu du sort réservé à sa demande, l'association momentanée SOC1.-SOC2.-SOC.3 est à débouter de sa demande formulée sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Tant le AA que l'ETAT sont également à débouter de leurs demandes en allocation d'une indemnité de procédure à défaut d'avoir justifié en quoi il serait inéquitable de laisser à leur charge l'entièreté des frais exposés non compris dans les dépens.

PAR CES MOTIFS

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

dit l'appel recevable,

donne acte à la soc.1, la soc.2 et la soc.3 réunies en association momentanée sous la dénomination « Association momentanée pour la réalisation des travaux d'extension de la station d'épuration – AA SOC1.-SOC2.-SOC.3 qu'elles augmentent leur demande à 3.062.334,48 euros HTVA,

dit l'appel non fondé,

confirme le jugement entrepris,

dit que l'augmentation de la demande est non fondée,

déboute les parties de leur demandes en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne la soc.1, la soc.2 et la soc.3 aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Jean TONNAR et de Maître Laurent METZLER qui la demandent, sur leurs affirmations de droit.