

Arrêt N°16/19 – II-CIV

Arrêt civil

Audience publique du seize janvier deux mille dix-neuf

Numéro 42686 du rôle

Composition:

Marianne EICHER, conseiller, président,
Yannick DIDLINGER, conseiller,
Marc WAGNER, conseiller,
Christian MEYER, greffier.

Entre :

1.) la société anonyme SOC.1, en abrégé SOC.1, établie et ayant son siège social à (...), 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 société anonyme SOC.2, anciennement **SOC.2A**, établie et ayant son siège social à (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B(...),

3.) la société à responsabilité limitée SOC.3, établie et ayant son siège social à (...), représentée par son gérant actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B(...),

4.) la société anonyme SOC.4, établie et ayant son siège social à (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B(...),

5.) la société anonyme SOC.5, établie et ayant son siège social à (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en

fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B(...),

6.) la société à responsabilité limitée SOC.6, établie et ayant son siège social à (...), représentée par son gérant actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B(...),

appelantes aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Josiane GLODEN d'Esch-sur-Alzette en date du 11 mai 2015,

comparant par la société anonyme ELVINGER HOSS PRUSSEN SA, établie et ayant son siège social à L-1340 Luxembourg, 2, place Winston Churchill, immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B209469, inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Nathalie PRUM-CARRE, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

I'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 le ministre du Développement durable et des Infrastructures, ayant ses bureaux à L-1499 Luxembourg, 4, place de l'Europe,

intimé aux termes du prédit exploit GLODEN,

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

LA COUR D'APPEL:

Le 15 décembre 2003, la société SOC.1, en abrégé SOC.1, la société SOC.2A, actuellement la société SOC.2, la société SOC.3, la société LUX TP SA, la société SOC.5 et la société SOC.6, anciennement la société SOC.6A, agissant en leur qualité

d'associées de l'Association momentanée (...) (ci-après l'Association momentanée) ont présenté leur offre de soumission relative à l'exécution des travaux de gros-œuvre de la (...).

Par arrêté ministériel du 26 mars 2004, l'Association momentanée fut chargée des travaux en cause et fut informée de cette décision par courrier du 29 mars 2004.

Dès le mois d'avril 2004, l'Association momentanée, en faisant valoir une hausse considérable du prix de l'acier, s'est adressée à l'Administration des Bâtiments Publics (ci-après l'ABP), aux fins d'une prise en compte des conséquences de l'augmentation du prix de l'acier.

Un échange de courriers entre l'Association momentanée et l'ABP ayant porté sur des demandes en révision des salaires et des matériaux s'en suivait. Une adaptation des salaires a été réglée le 5 octobre 2009.

S'opposant à la proposition du 25 octobre 2010 émanant du Ministre du Développement durable et des Infrastructures d'adapter le contrat à hauteur d'un montant de 479.076,81 euros, l'Association momentanée a, par exploit d'huissier du 11 février 2011, assigné l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg (ci-après l'ETAT) devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg afin de se voir payer la somme de 1.663.778,05 euros ttc, outre les intérêts, ainsi qu'une indemnité de procédure. Le montant principal réclamé a été réduit en cours d'instance à la somme de 1.186.948,19 euros, suite au règlement en septembre 2011 de la somme proposée par l'ETAT.

Par jugement contradictoire du 18 mars 2015, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a déclaré la demande de l'Association momentanée non fondée.

Pour statuer ainsi, le tribunal, après avoir reproduit la teneur des courriers échangés entre parties, a considéré qu'il ne résulte pas des éléments soumis que l'ETAT ait renoncé à se prévaloir des prescriptions du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 (ci-après le Règlement) et que le fait qu'il était disposé à faire parvenir à l'Association momentanée un supplément ne vaudrait pas reconnaissance de sa part que les prémisses justifiant une adaptation du marché au sens des articles 103 et suivants du Règlement existaient.

Le tribunal a en outre retenu qu'une action en adaptation des prix des matières premières est soumise à quatre conditions majeures, à savoir qu'il faut 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, que la

demande d'adaptation doit être formulée par lettre recommandée dûment motivée et que ce n'est que dans l'éventualité de « variations de prix publiées par voie officielle » que cette exigence n'est pas donnée, que le paiement d'un supplément par rapport aux prévisions du contrat ne doit pas entraîner un enrichissement injustifié de l'adjudicataire, raison pour laquelle la demande doit indiquer la consistance et la destination des stocks de l'adjudicataire, et finalement que les travaux ne doivent pas encore avoir été exécutés.

Le tribunal a encore considéré que les cotations à prendre en considération doivent avoir un rapport étroit avec le ou les marchés sur lesquels l'adjudicataire s'approvisionne. Or, à défaut par l'Association momentanée de préciser l'identité de son ou de ses fournisseurs, il n'était pas en mesure de vérifier si les indices du Statec et de Grymafer ont un quelconque rapport avec le coût des matériaux mis en œuvre dans le marché en cause.

L'Association momentanée n'aurait pas non plus établi le caractère imprévisible des hausses invoquées, ni qu'elle aurait dû faire face à des coûts accrus ayant omis d'indiquer quand et dans quelles conditions elle s'était approvisionnée.

Le tribunal en a déduit que les conditions d'une adaptation du marché ne sont pas remplies et l'offre de preuve a été rejetée au motif qu'une telle mesure ne saurait suppléer la carence d'une partie dans l'administration de la preuve.

Par acte d'huissier du 11 mai 2015, l'Association momentanée a régulièrement relevé appel de ce jugement qui n'a pas été signifié.

L'appelante ne critique pas les juges de première instance d'avoir retenu l'application au présent litige de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics et de ses règlements d'exécution, dont le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003.

Ce serait pourtant à tort que le tribunal a retenu qu'une action en adaptation des prix des matières premières était soumise à quatre conditions majeures, dont l'appelante conteste l'application et le fondement.

Elle rappelle agir, à titre principal, sur base des dispositions réglementaires applicables aux variations de prix publiées par voie officielle, et, à titre subsidiaire, sur base des dispositions relatives aux demandes de révision formulées par lettre recommandée.

L'article 105 1) du Règlement énonçant que la demande en révision doit être formulée par lettre recommandée « excepté pour les fournitures où les variations de prix sont publiées par voie officielle » ne se référerait pas aux fluctuations de prix résultant de décisions

prises par les instances publiques, mais renverrait aux indices des prix tels que publiés notamment par le Statec.

Les conditions d'ouverture d'une adaptation du contrat seraient remplies.

La condition de l'imprévisibilité des hausses des prix de l'acier serait établie, d'abord par la reconnaissance par l'ETAT résultant de la teneur de ses courriers ainsi que de son exécution partielle en réglant la somme de 479.076,81 euros, qu'encore par l'indice belge Grymafer qui ne porterait que sur les aciers pour béton armé, et dont il ressortirait que les prix des armatures ronds à béton étaient stables jusqu'en janvier 2004.

Les juridictions belges et françaises tiendraient d'ailleurs compte de la hausse imprévisible des prix de l'acier sur base de la théorie de l'imprévision. Le contrat conclu en l'espèce étant devenu déséquilibré au détriment des membres de l'Association momentanée, les dispositions légales et réglementaires confortées par l'obligation de bonne foi, imposeraient à l'ETAT d'accepter une adaptation substantielle du contrat.

Quant à la condition des variations des prix publiées par voie officielle (article 105 1) du Règlement), l'appelante se prévaut des indices du Statec, séries A2 et A3, ainsi que de l'indice Grymafer. Ces indices, qui seraient des publications officielles, auraient déjà été pris en compte par l'ETAT dans le cadre d'autres marchés publics, dont le marché relatif au Lycée Technique à Lallange, et la Commission des Soumissions, dans son avis du 17 décembre 2007, aurait retenu que les indicateurs rapides des prix à la production des produits industriels (série A3) publiés par le Statec sont des publications officielles conformément à l'article 105 1). Les indices du Statec devant être considérés comme des indicateurs de variation de prix par voie officielle, l'adaptation serait à mettre en œuvre dès leur publication, sans que la formalité de la lettre recommandée ne doive être respectée.

L'indice belge Grymafer, indice de référence concernant les aciers pour béton armé, publié par l'Union professionnelle des négociants stockistes belges, serait communiqué mensuellement à la Commission des Prix (mercuriale) du Ministère des Affaires Economiques belge, et rendu public sur les sites internet Infosteel et de la FEBE.

L'appelante relève encore que pour chaque position du bordereau initial, détaillant la matière première à mettre en œuvre et sa quantité, un indice particulier, propre à cette matière première aurait été choisi.

Au cas où l'indice Grymafer ne devait pas s'appliquer, l'adaptation de toutes les dispositions du bordereau relevant de la part matière devrait être calculée sur base de l'indice Statec A3 sinon A2.

Lors de chacune des demandes, l'Association momentanée se serait basée sur les quantités prises en compte dans les états d'avancement des travaux. Elle n'aurait jamais disposé de stocks de matériaux pour l'exécution du marché en cause, les matériaux nécessaires auraient été commandés au fur et à mesure des besoins et livrés sur place.

La formule élaborée par le cabinet Ernst & Young, appliquée comme mode de calcul par l'ETAT, n'aurait aucune valeur légale et ne devrait pas s'appliquer en l'espèce, ayant été établie postérieurement à la réception définitive du marché en cause.

A titre subsidiaire, l'Association momentanée entend voir appliquer les dispositions du Règlement relatives à la procédure de révision par lettre recommandée. Elle souligne que tous ses courriers ont été envoyés par lettre recommandée et que tant les dispositions de l'article 2.1.13 des clauses contractuelles particulières que les autres conditions édictées aux articles 108 à 111 ont été respectées.

Pour autant que de besoin, l'Association momentanée sollicite l'institution d'une expertise afin de vérifier l'exactitude des calculs de révision effectués et l'absence de stocks.

L'association momentanée conclut, par réformation du jugement entrepris, à la condamnation de l'ETAT à lui payer la somme de 1.186.948,19 euros et à voir dire que le paiement interviendra entre les mains de la société SOC.1 pour être ensuite réparti à proportion de 1/6^{ième} par partenaire.

L'Association momentanée sollicite encore la condamnation de l'ETAT aux intérêts de retard au taux directeur de la BCE majoré de 7% et à compter du 15 avril 2013 de 8% sur la somme initialement due, puis sur le solde, à compter de l'échéance de la demande d'acompte du 13 juillet 2006 pour le montant de 577.277,65 euros et de la demande d'acompte du 13 juin 2007 pour un montant de 1.086.500,40 euros, sinon à compter de la mise en demeure du 30 mars 2009, sinon de celle du 8 septembre 2010, sinon à partir de l'assignation en justice jusqu'à paiement du solde.

Les parties appelantes sollicitent en outre chacune l'allocation d'une indemnité de procédure de 5.000 euros tant pour la première instance que pour l'instance d'appel.

L'ETAT est également d'accord avec le cadre légal posé par les juges de première instance et rappelle que les marchés publics sont

des contrats en principe régis par le droit des obligations contractuelles, qu'à ce titre la règle de l'immutabilité des contrats qui lie les parties devrait s'appliquer, que cependant en matière de marchés publics une règle dérogatoire à l'immutabilité des conditions financières convenues est consacrée par les articles 103 et suivants du Règlement.

L'ETAT explique qu'au vu de la multiplication des demandes des entrepreneurs en vue d'adaptations des contrats, des formules ont été élaborées, une première formule approuvée en conseil du Gouvernement le 5 juin 2009, une deuxième le 16 avril 2010. Ces décisions n'auraient néanmoins pas été publiées au Mémorial, de sorte que le gouvernement n'aurait fait que fixer une directive à l'intention des Administrations confrontées à des demandes d'adaptation des marchés publics.

L'intimé souligne qu'il appartient à l'appelante de rapporter la preuve que chacune des conditions des articles 103 et suivants est remplie.

L'ETAT estime que la condition selon laquelle la variation des prix doit avoir été imprévisible ne saurait être établie par des prises de position de l'Administration. La prise de position de la Ministre des travaux publics de l'époque, datée du 14 mai 2004, n'aurait pas été adressée à l'Association momentanée et n'aurait dès lors pas promis un quelconque paiement concret, la lettre de l'ancien directeur de l'ABP, datée du 21 janvier 2005, aurait rappelé que les conditions réglementaires d'une adaptation de prix doivent être remplies.

La condition que la fluctuation des prix doit se refléter dans des prix publiés officiellement ne serait pas remplie non plus. L'Association momentanée devrait démontrer que par rapport au marché sur lequel elle s'approvisionne, les prix ont augmenté. Elle se prévaudrait à cet égard des indices du Statec et de l'indice Grymafer. Or, l'indice belge Grymafer ne constituerait pas une liste de prix officielle au sens de l'article 103 du Règlement, et l'appelante n'établirait pas que ses sources d'approvisionnement se situent en Belgique. Les indices du Statec, lequel ne fixerait pas les prix, n'auraient pas la précision requise pour être assimilés à une « publication officielle » des prix. Il appartiendrait à l'Association momentanée de prouver que l'augmentation qu'elle demande, à supposer qu'elle reflète la réalité économique pour elle compte tenu du choix de son fournisseur, correspond également à l'évolution d'une liste de prix officielle, ce qu'elle omettrait de faire.

L'ETAT conteste encore l'affirmation de l'appelante selon laquelle, pour chaque position du bordereau initial détaillant la matière première à mettre en œuvre et sa quantité, un indice particulier, propre à cette matière première aurait été choisi, dans la mesure où

seuls 45% du prix de la position correspondraient à la contre-valeur du matériel effectivement acheté par l'entreprise.

Pour dispenser l'entreprise de demander l'adaptation par lettre recommandée, les variations des prix devraient résulter de prix fixés par les pouvoirs publics eux-mêmes, ce qui ne serait pas le cas en l'espèce. La lettre recommandée aurait dès lors dû être accompagnée d'une analyse détaillée des prix faisant l'objet du contrat. L'Association momentanée n'aurait en outre pas respecté les conditions des articles 108 et 111 imposant à l'entreprise d'indiquer, à la date de sa demande, l'état d'avancement des travaux ainsi que les stocks et la destination des matériaux dont elle disposait à ce moment.

L'intimé conclut à voir constater qu'il a consigné, puis payé, à titre d'adaptation du marché public, la somme de 479.076,81 euros et conclut à la confirmation du jugement déferé en ce qu'il a débouté l'appelante de sa revendication d'un montant supplémentaire. En tout état de cause, il demande à voir ordonner la déduction du montant payé des montants éventuellement alloués en définitive à l'appelante et à voir débouter l'appelante de ses demandes en paiement d'intérêts de retard. L'ETAT s'oppose finalement aux demandes adverses en allocation d'indemnités de procédure.

Appréciation de la Cour

Tel que retenu par les juges de première instance et non discuté par les parties, le marché confié à l'Association momentanée 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.

Dans son jugement du 18 mars 2015, le tribunal a cité plusieurs courriers échangés entre parties ainsi que la teneur des clauses contractuelles et des articles 99 à 111 du Règlement, auxquels la Cour se réfère.

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, respectivement par des

fluctuations de prix des matières premières imprévisibles et importantes.

Nonobstant le fait que l'imprévisibilité des hausses de l'acier depuis janvier 2004 a été reconnue implicitement tant par la prise de position de la Ministre des travaux publics de l'époque, datée du 14 mai 2004, que par le paiement à l'Association momentanée par l'ÉTAT d'une somme non négligeable en relation avec le marché public conclu entre parties, il n'en reste pas moins que la lettre du Directeur de l'ABP à l'époque, datée du 21 janvier 2005, a clairement rappelé à l'Association momentanée que les conditions réglementaires d'une adaptation de prix devaient être remplies.

C'est partant à bon droit que le tribunal a retenu qu'il ne résulte pas des éléments du dossier que l'ÉTAT aurait renoncé à se prévaloir des prescriptions du Règlement et qu'il aurait reconnu que les prémisses justifiant une adaptation du marché au sens des articles 103 et suivants dudit Règlement existaient.

L'appelante entend agir en ordre principal sur base des dispositions réglementaires applicables aux variations de prix publiées par voie officielle et estime que les conditions y afférentes sont remplies.

C'est à juste titre que le tribunal a retenu que la condition d'une variation des prix qui se refléterait dans des prix publiés par voie officielle n'est pas donnée.

Ainsi l'Association momentanée, pour établir que la fluctuation des prix se serait reflétée dans des prix publiés officiellement se réfère aux indices Grymafer et Statec qu'elle considère constituer des publications par voie officielle des variations de prix.

Les indices des prix à la production des produits industriels séries A3 et A2 publiés par le Statec sont certes des publications officielles, elles ne sont néanmoins pas adaptées pour établir les variations de prix des matières premières, voire des produits d'acier de l'espèce, 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 déterminant le prix. Il faudrait justifier de données à un niveau d'agrégation inférieur et comportant des *prix précis des matériaux ou produits spécifiques concernés* et qui reflètent les prix dans le pays où l'adjudicataire s'est approvisionné.

Nonobstant la question de savoir si l'indice belge Grymafer constitue une liste de prix officielle en Belgique, l'Association momentanée, tout comme en première instance, reste en défaut d'établir que ses sources d'approvisionnement se sont situées en Belgique, s'étant limitée à relever que l'acier est un métal coté en bourse et qu'il serait

dès lors impossible de trouver ce matériau à un prix inférieur à celui du marché.

Dans ces circonstances, et tel que déjà relevé par le tribunal, la Cour non plus ne saurait vérifier si les indices Statec et Grymafer *ont un rapport avec le coût des matériaux spécifiques* mis en œuvre sur le chantier en cause, l'adjudicataire devant en outre établir qu'il a effectivement dû faire face à des coûts accrus, la preuve des sources d'approvisionnement constitue une condition implicite imposée par le Règlement.

L'appelante fait encore plaider que l'ETAT avait connaissance des indices Grymafer étant donné que cet indice aurait été invoqué dans le cadre d'un marché public relatif à la construction du Lycée Technique à Lallange, sans observation par l'Etat à ce sujet, et sans que la méthode de calcul de la demanderesse en révision et sa manière de demander les révisions de prix n'aient été remises en cause.

L'ETAT réplique que dans le cadre du marché public relatif au Lycée à Lallange, la demande en adaptation ne dépassait pas le montant résultant de l'emploi de la formule-directive, de sorte qu'il a été fait droit à ladite demande sans discussion, de même qu'en l'espèce un montant de 479.076,81 euros a été réglé à l'Association momentanée malgré le fait que la demande n'est pas conforme au Règlement.

Même à admettre que cette argumentation de l'Association momentanée soit à comprendre comme moyen tiré de la violation du principe général de la confiance légitime et que l'administré peut exiger de l'autorité administrative qu'elle se conforme à une attitude qu'elle a suivie dans le passé, la Cour considère 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.

Il y a lieu d'insister sur le qualificatif légitime de la confiance. 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 en révision ne remplissant pas les exigences de forme requises par la réglementation en vigueur, l'appelante ne saurait en tirer aucun droit acquis (Cour d'appel 26 avril 2017, n° 43491 du rôle).

L'affirmation de l'appelante que la formule élaborée par le cabinet de consultant EY prend en considération des indices allemands des prix des matériaux sans que les matériaux devaient provenir de l'Allemagne est sans incidence en l'espèce, étant donné qu'il résulte des explications fournies que cette formule n'existait pas à l'époque de l'attribution du marché à l'Association momentanée, ni à la date des demandes d'adaptation, ni à la date de la réception définitive du chantier.

Le reproche que l'ETAT ait appliqué cette méthode rétroactivement en violant le principe de la sécurité juridique ne saurait valoir non plus, dans la mesure où, tel que relevé ci-avant, l'ETAT n'a pas renoncé à voir soumettre les demandes d'adaptation aux dispositions du Règlement, tel que rappelé à l'Association momentanée par courriers de l'ABP des 12 mai 2004 et 21 janvier 2005.

L'Association momentanée n'établit partant pas que la révision/augmentation qu'elle demande, dût-elle refléter la réalité économique pour elle compte tenu du choix de son fournisseur, correspond également à l'évolution d'une liste de prix officielle.

Compte tenu des considérations qui précèdent, relevant l'existence de listes de prix de matières premières, cotations officielles ou mercuriales étrangères, visées par l'article 103 2) du Règlement, susceptibles, le cas échéant, de servir de base à une révision des prix, pourvu que les autres conditions d'application du Règlement soient également réunies, le reproche de l'Association momentanée à l'ETAT « de faire dépendre l'application du Règlement des capacités techniques du Statec », ce qui équivaldrait « à introduire dans un marché public une condition potestative en faveur de l'ETAT », moyen par ailleurs non autrement développé, ne saurait valoir.

L'Association momentanée n'ayant pas été dispensée de demander l'adaptation du contrat par lettre recommandée, en conformité des articles 105 et suivants du Règlement, le seul fait que les demandes en révision ont été introduites par lettre recommandée ne suffit pas à établir que les autres conditions sont remplies.

L'article 107 du Règlement dispose en effet que 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. L'article 111 1) prévoit que ne peuvent donner lieu à une adaptation des prix les fournitures faites antérieurement à la demande en révision, de sorte qu'une adaptation des prix ne peut s'appliquer à des matériaux achetés antérieurement à la notification par lettre recommandée. L'appelante doit en outre indiquer, en application de l'article 108 du Règlement, l'état d'avancement des travaux ainsi que les stocks et la destination des matériaux dont elle disposait au moment de la demande. L'appelante, tout en affirmant de ne pas avoir disposé de stocks pour ce chantier « fonctionnant en flux tendu », ne fournit pas la preuve d'avoir rempli ces conditions.

L'appelante fait encore plaider que le contrat devenu déséquilibré au détriment des membres de l'Association momentanée, les dispositions légales et réglementaires sur les marchés publics confortés par l'obligation de bonne foi devant présider à l'exécution des conventions, imposerait à l'ETAT d'accepter une adaptation du contrat substantiellement modifié. Or, l'attitude de l'ETAT ayant consisté à imposer un montant basé sur une formule arbitraire établie ex post ne serait pas conforme aux standards de bonne foi.

Tel que le relève l'ETAT, l'évolution récente de la législation française ne saurait être invoquée dans un marché public régi par le droit luxembourgeois et admettant la révision des prix mais sous des conditions strictement définies par le Règlement, tel que rappelé à l'Association momentanée en mai 2004 et janvier 2005.

Il y a encore lieu de noter à cet égard que suivant courrier adressé en avril 2004 à l'ABP, soit un mois après avoir reçu l'information qu'elle s'est vue confier le marché public en cause, l'Association momentanée a écrit notamment que *« les hausses que nous subissons actuellement sur le prix de l'acier, et notamment sur ses produits dérivés (ronds à béton, treillis, armatures, poutrelles, tubes et laminés) pénalisent très gravement notre entreprise »* et qu'*« à la date de ce courrier, de nouvelles cotations représentant des hausses de 130 à 150 EUR/tonne depuis décembre 2003 sont déjà formulées, voire acceptées dans certaines régions du monde où le manque se fait particulièrement sentir. Il est évident que celles-ci vont se répercuter dans les semaines, voire les jours à venir en UE, sans même parler des risques de pénurie. Rien ne permet donc d'affirmer à ce jour que nous ayons atteint un plafond. Tous ces chiffres sont astronomiques et il nous semble impossible de savoir où se trouve la limite dans ces annonces, de même qu'il nous est impossible de subir de telles variations. »*

Suite au courrier de l'ABP informant l'Association momentanée que les hausses de l'acier ne peuvent pas être invoquées comme cas de

force majeure et rappelant que les prescriptions du Règlement doivent être remplies pour toute demande en adaptation des prix, l'Association momentanée, qui s'est prévaluée de l'existence d'un cas de force majeure, n'a pas opté à solliciter la résiliation du contrat (article 100 du Règlement).

Il résulte de ces considérations que l'appelante ne saurait reprocher à l'ETAT un comportement qui ne soit pas conforme aux « standards de bonne foi. ».

Le jugement déféré est partant à confirmer en ce qu'il a retenu que les conditions d'une adaptation du marché telle que prévue par le Règlement du 7 juillet 2003 ne sont pas données, et en ce qu'il a retenu que l'Association momentanée ne peut prétendre à des intérêts de retard au motif qu'aucun montant n'était dû par l'ETAT, le paiement intervenu ne reposant sur aucune obligation.

Au vu des développements qui précèdent, le jugement déféré est encore à confirmer en ce que la demande subsidiaire de l'appelante en institution d'une expertise a été rejetée au motif qu'une telle mesure ne saurait suppléer la carence de l'Association momentanée dans l'administration de la preuve.

Il s'ensuit que le jugement entrepris est à confirmer dans toute sa teneur.

Compte tenu du sort réservé à son appel, l'Association momentanée est à débouter de ses demandes en allocation d'indemnités de procédure tant pour la première instance que pour l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS

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

reçoit l'appel en la forme,

le dit non fondé,

confirme le jugement déféré,

déboute les parties appelantes, la société anonyme SOC.1, en abrégé SOC.1, la société anonyme SOC.2, la société à responsabilité limitée SOC.3, la société anonyme LUX TP SA, la société anonyme SOC.5 et la société à responsabilité limitée SOC.6 de leurs demandes en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne les parties appelantes aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Patrick KINSCH qui la demande sur ses affirmations de droit.