

Arrêt civil

Audience publique du 8 juillet deux mille quinze

Numéro 39738 du rôle.

Composition:

Pierre CALMES, premier conseiller président;
Marie-Laure MEYER, conseiller;
Jean ENGELS, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

la société anonyme SOCIETE1.), établie et ayant son siège social à L-
(...), représentée par son conseil d'administration,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant
Véronique REYTER, en remplacement de l'huissier de justice Jean-Claude
STEFFEN d'Esch/Alzette en date du 21 février 2013,

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

e t :

l'Administration Communale de Schuttrange, établie à L-5367
Schuttrange, 2, Place de l'Eglise, représentée par collègue des bourgmestre et
échevins,

intimée aux fins du susdit exploit REYTER du 21 février 2013,

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

LA COUR D'APPEL :

Suivant délibération du 11 février 2008, le collège des bourgmestre et échevins de la commune de SCHUTTRANGE (ci-après la Commune) a adjugé à la société anonyme SOCIETE1.) SA (ci-après SOCIETE1.) le marché des travaux de gros-œuvre à exécuter dans le cadre de l'extension du Centre Scolaire à (...) au prix de son offre du 6 décembre 2007 s'élevant à 4.507.017,41 euros TTC.

Par exploit d'huissier de justice du 22 février 2011, SOCIETE1.) a assigné la Commune à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, aux fins de la voir condamner à lui payer le montant de 407.422,46 euros, avec les intérêts légaux à partir de la mise en demeure du 16 décembre 2010, sinon à partir de la demande en justice, jusqu'à solde. Elle sollicitait en outre une indemnité de procédure de 2.500.- euros.

A l'appui de sa demande, SOCIETE1.) affirmait que la Commune refuserait de lui payer les suppléments engendrés par les travaux selon les factures n° 2010-0073 du 2 juillet 2010 (supplément pour l'évacuation de déblais), n° 2010-0074 du 2 juillet 2010 (travaux supplémentaires de démontage des banches de coffrage) et n° 2010-0106 du 24 septembre 2010 (hausse sur les salaires).

La demande était basée tant sur le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics que sur le dossier de soumission.

Par jugement rendu le 28 novembre 2012, le tribunal a déclaré la demande non fondée et a condamné SOCIETE1.) aux frais et dépens ainsi qu'au paiement d'une indemnité de procédure de 1.000.- euros.

Pour statuer ainsi, les premiers juges ont retenu que le marché confié à SOCIETE1.) 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.

En application de l'article 1.8.4 du dossier de soumission stipulant que «*la présente offre est adjugée à prix unitaires*» ils ont constaté qu'il ne s'agit

en l'espèce pas d'un marché à prix global respectivement d'un marché à forfait.

Ils ont ensuite rejeté le moyen de forclusion soulevé par la Commune au motif que SOCIETE1.) ne faisait pas état d'ambiguïté, d'erreur ou d'omission dans le dossier de soumission mais qu'elle invoquait des événements survenus postérieurement à l'adjudication du marché.

Les premiers juges ont ensuite examiné les trois factures.

Concernant la facture n° 2010-0073, ils ont dit que les contestations de la Commune de la facture, non définitive, ne sont pas tardives ; que seules les variations imprévisibles peuvent donner lieu à une adaptation du contrat, que la fermeture de la décharge du LIEU1.) ne constituait pas un événement imprévisible et qu'elle n'a pas entraîné une variation imprévisible du prix. Ils ont partant déclaré non fondée la demande en paiement de cette facture.

Concernant la facture n° 2010-0074, ils ont retenu sur base du point 4.1.5. du dossier de soumission que l'entrepreneur devait établir les plans d'atelier et de coffrage mais qu'il n'en ressort pas que l'entrepreneur devait réaliser lui-même les plans de calepinage ; qu'il appartient au demandeur d'établir le bien-fondé de sa demande ; que le tribunal ne disposant d'aucune pièce lui permettant de vérifier la réalité des travaux et leur chronologie, la demande de SOCIETE1.) a été déclarée non fondée. Les premiers juges ont encore rejeté l'offre de preuve par expertise au motif qu'une telle mesure d'instruction n'est pas à ordonner en vue de suppléer la carence d'une partie dans l'administration de la preuve.

Concernant la facture n° 2010-0106, les premiers juges ont constaté qu'une adaptation du contrat ne peut intervenir qu'en cas de « variations imprévisibles de salaires » telles que stipulées à l'article 103 du règlement grand ducal du 7 juillet 2003 (auquel l'article 1.6 du dossier de soumission renvoie). A défaut pour SOCIETE1.) d'avoir établi que les hausses de salaires constituaient des variations imprévisibles dans son chef, elle a été déboutée de sa demande en paiement y relative.

De ce jugement, qui lui avait été signifié en date du 14 janvier 2013, SOCIETE1.) a régulièrement relevé appel limité par exploit d'huissier du 21 février 2013.

L'appelante demande la confirmation du jugement en ce que le contrat liant les parties a été qualifié comme une offre à prix unitaires donc comme marché dont le prix pouvait faire l'objet d'une adaptation.

Elle conclut à la réformation du jugement entrepris et demande la condamnation de la Commune au paiement :

- de la somme de 152.692,36 euros du chef de la facture n° 2010-0073 du 2 juillet 2010 ;

- de la somme de 220.442,24 euros du chef de la facture n° 2010-0074 du 2 juillet 2010, et

- de la somme de 34.287,86 euros du chef de la facture n° 2010-0106 du 24 septembre 2010,

chaque fois, avec les intérêts légaux à compter de la mise en demeure du 16 décembre 2010, sinon à partir de la demande en justice du 22 février 2011, jusqu'à solde.

A titre subsidiaire, l'appelante conclut à l'instauration d'une expertise.

Elle requiert encore sa décharge de la condamnation au paiement de l'indemnité de 1.000.- euros et elle réclame une indemnité de procédure de 2.500.- euros pour la première instance et de 5.000.- euros pour l'instance d'appel.

1. Les moyens de la partie appelante

a. concernant la facture n° 2010-0073

Dans cette facture SOCIETE1.) a réclamé le supplément lié à l'évacuation des déblais vers la décharge « SOCIETE2.) » située à LIEU2.) au lieu de la décharge « LIEU3.) »/« SOCIETE3.) » située au LIEU1.), suite à la fermeture de cette décharge pendant le chantier.

A l'appui de son appel, SOCIETE1.) expose que c'est à tort qu'elle a été déboutée de sa demande en paiement de la somme de 152.692,36 euros au motif que la fermeture de la décharge du LIEU1.) n'a pas été imprévisible.

Elle soutient que les prix proposés par elle lors de la soumission étaient révisables, que la fermeture du LIEU1.) était imprévisible et que le montant réclamé est justifié.

SOCIETE1.) estime encore que selon les catégories de déchets visés, il y aurait lieu à application d'un prix unitaire (déchets du chantier) respectivement forfaitaire (déchets générés par l'installation du chantier).

Elle demande à la Cour d'enjoindre à la Commune de verser l'original du tableau comparatif des résultats de la soumission alors que la Commune

avait affirmé que les autres concurrents au marché auraient tenu compte de la fermeture de la décharge du LIEU1.).

Elle rappelle d'abord que la Commune n'a pas contesté le changement de la décharge et le supplément mis en compte en résultant. Comme la décharge du LIEU1.) qui était prévue au moment de l'élaboration de l'offre de soumission a «*de manière tout à fait inopinée, fait l'objet d'une fermeture définitive en date du 15 mars 2008*» et que SOCIETE1.) n'aurait été informée de ce fait qu'en date du 3 mars 2008, elle aurait de suite informé la Commune par courrier recommandé en date du 13 mars 2008 de cette fermeture et du fait que la mise en dépôt sur un autre site occasionnerait des frais supplémentaires.

La Commune n'aurait pas contesté ce courrier.

Après une étude de marché afin de trouver la décharge la moins onéreuse, SOCIETE1.) aurait envoyé le 13 octobre 2008 le résultat de cette étude et des frais supplémentaires occasionnés par la mise en dépôt à LIEU2.).

La Commune n'aurait pas contesté ce courrier.

Cette question aurait encore été abordée lors de réunions de chantier sans que l'intimée y ait pris position.

Ce n'aurait été que suivant courrier du 19 février 2009 que la société SOCIETE4.) se serait opposée au paiement du supplément. L'appelante estime que ce courrier tardif ne saurait valoir contestation.

Se basant ensuite sur l'article 1.6.1 du dossier de soumission qui fait référence aux dispositions du chapitre XXIV du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, SOCIETE1.) donne à considérer qu'au cas où des circonstances, qui ont été imprévisibles au moment de la conclusion du contrat, surviennent et ont un impact sur les conditions d'exécution du contrat, le contrat peut être adapté.

SOCIETE1.) affirme que la décharge du LIEU1.) aurait de manière tout à fait inopinée fait l'objet d'une fermeture définitive le 15 mars 2008 et elle soutient n'avoir été officiellement été informée de cette fermeture que le 3 mars 2008.

Elle estime que le tribunal aurait à tort déduit du document intitulé « rapport d'étape » prétendument publié en 2007 que la fermeture de la décharge au LIEU1.) était prévisible.

Elle affirme que les travaux devaient se faire au cours de la période d'avril 2008 à janvier 2009 (170 jours ouvrables), que le document précité

citait à titre d'exemple la décharge du LIEU1.) où une exploitation était prévue de 2002 à 2009 incluse, de sorte que selon l'appelante la fermeture de cette décharge, pendant l'exécution des travaux lui confiés, n'aurait pas été prévisible pour elle. L'indication sur le « rapport d'étape » que « la décharge devra donc fermer vraisemblablement déjà début 2008 » n'aurait été que hypothétique.

L'appelante soutient encore que le « rapport d'étape » n'aurait pas été publié de manière officielle et qu'elle aurait partant été dans l'impossibilité d'en tenir compte dans l'élaboration de son offre. Finalement SOCIETE1.) affirme que dans un autre dossier où, suite à la fermeture de la décharge du LIEU1.), les déblais auraient dû être évacués vers la décharge de Sanem, l'Administration communale de Sanem aurait accepté de prendre en charge les frais supplémentaires.

b. concernant la facture n° 2010-0074

Cette facture met en compte l'exécution de travaux supplémentaires rendus nécessaires en raison des modifications des plans de calepinage effectués à 30 reprises par l'architecte.

SOCIETE1.) fait valoir que c'est à tort qu'elle a été déboutée de sa demande en paiement de la somme de 220.442,24 euros au titre des travaux supplémentaires liés au démontage des banches de coffrage vues voiles engendrés par les modifications et adaptations du coffrage suivant plans de calepinage transmis par l'architecte.

L'appelante, qui reconnaît qu'il lui incombait d'établir les plans d'atelier et de coffrage, conteste qu'elle devait réaliser les plans de calepinage. Elle se base sur les articles 4.1.5.1., 4.1.5.1.1.1. et 4.1.5.1.2. des clauses techniques générales et particulières et affirme que le plan de calepinage, défini aux plans de l'architecte, incomberait à ce dernier. Ce serait sur base des plans de calepinage dressés par l'architecte que l'entrepreneur établirait les plans d'atelier.

Les 30 plans versés par l'architecte auraient entraîné plus de 150 modifications par rapport à ce qui avait été initialement prévu.

L'appelante rappelle que lors de la remise de la soumission en décembre 2007 deux plans représentant les calepinages pour les quatre bâtiments avaient été joints au dossier. Entre le 22 avril 2008 et octobre 2008, l'appelante aurait reçu 30 nouveaux plans de calepinage de la part de l'architecte de sorte qu'elle aurait été systématiquement contrainte de procéder à la réfection des banches et des mannequins de coffrage en fonction de la modification des trous de brelage.

Elle fait valoir que la réalité des travaux supplémentaires qu'elle a exécutés est établie au vu des attestations testimoniales et du rapport d'expertise WEYDERT. A titre tout à fait subsidiaire, elle conclut à l'instauration d'une expertise.

c. concernant la facture n° 2010-0106

Cette facture a été émise au titre du supplément correspondant au montant de 34.287,86 euros, engendré par la hausse des salaires intervenue entre le 1^{er} mars 2008 et le 15 avril 2010.

L'appelante fait valoir qu'elle a été déboutée à tort de sa demande en paiement de cette somme au motif qu'une telle hausse n'aurait pas été imprévisible.

Elle donne à considérer que cette augmentation aurait été imprévisible au vu du fait que les travaux qui auraient dû être réalisés au courant de la période d'avril 2008 à janvier 2009 se seraient prolongés au-delà de cette date.

SOCIETE1.) déclare qu'elle a, au moment de l'élaboration de son offre en décembre 2007, tenu compte de la durée des travaux et de l'indice des salaires en vigueur (668,46). Les salaires auraient toutefois fait l'objet d'une hausse légale notable entre le 1^{er} mars 2008 et le 15 avril 2010. Comme cette hausse n'aurait fait l'objet d'aucune publication officielle accessible au public lors de l'élaboration de l'offre, elle aurait été imprévisible.

SOCIETE1.) invoque notamment l'article 99 du règlement grand-ducal précité qui consacre le principe de l'adaptation ou de la modification du contrat en fonction de circonstances économiques afin de rétablir l'équilibre dudit contrat. Les articles 103 et suivants du même règlement prévoient les conditions et modalités de la révision contractuelle.

L'appelante fait valoir que le refus de faire droit à sa demande en paiement des suppléments porte gravement atteinte à l'équilibre contractuel. Elle insiste sur le fait qu'elle n'a pas pu prévoir un retard du chantier de plus de 15 mois alors malgré le fait que les travaux auraient dû être achevés en janvier 2009, la réception définitive n'aurait eu lieu que le 15 avril 2010. Elle reproche encore aux premiers juges d'avoir tenu compte d'une note insérée dans le magazine « MEDIA1.) » de novembre 2006 alors que cette publication ne présente aucun caractère officiel et que la note se borne à exprimer l'éventualité d'un événement futur, qu'elle serait donc purement conditionnelle. L'article serait d'ailleurs sans aucune pertinence au vu du fait qu'il ne concernerait nullement la période de mars 2008 à avril 2010 et que la tranche indiciaire et le pourcentage n'y seraient pas indiqués.

Dans ses conclusions postérieures l'appelante soutient qu'en application du chapitre 1.6.1 du dossier de soumission relatif au mode de révision des prix et des dispositions du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 l'adaptation du contrat relative à la hausse salariale ne serait pas subordonnée à l'imprévisibilité de ces hausses voire à leur caractère exceptionnel.

Elle change l'ordre de ses moyens et soutient principalement que la prise en compte des hausses salariales n'est pas soumise, au vu de l'article 103 du règlement précité, à la condition de leur imprévisibilité et à titre subsidiaire elle fait valoir qu'en l'espèce ces hausses ont été imprévisibles.

2. Les développements de l'intimée

L'intimée rappelle que le cahier des charges réglant les conditions d'exécution du marché était très clair et que ces conditions étaient fixées définitivement en décembre 2007 lors de l'ouverture de la soumission.

Elle s'oppose donc à ce que SOCIETE1.) puisse, par le biais de sa demande en paiement de suppléments, apporter des modifications aux conditions d'exécution du marché, et tenir ainsi en échec les principes fondamentaux réglant les marchés publics.

La Commune fait valoir que bien que le marché ait été conclu à prix unitaire, elle a valablement pu insérer des prix forfaitaires pour certaines positions en l'occurrence pour le transport des déchets vers une décharge.

Elle se base sur le dossier de soumission selon lequel *« les frais pour l'installation, l'aménagement et le repli du chantier sont à comprendre dans les prix forfaitaires et unitaires du présent bordereau de soumission »*.

Parmi ces frais figurent *« le tri, le chargement dans des containers, le transport et le déchargement à une décharge publique de tous les déchets du chantier ... »*.

Arguant que le prix d'évacuation des déchets proposé par l'appelante actuelle aurait été forfaitaire donc définitif dès décembre 2007, l'intimée conteste que SOCIETE1.) puisse demander un supplément de ce chef. L'intimée souligne que le choix de la décharge était laissé à l'adjudicataire.

La Commune rappelle que suite à la réception de la première facture de suppléments pour l'évacuation des déblais vers la décharge de LIEU2.), lui adressée le 15 janvier 2009, le bureau de contrôle SOCIETE4.) a contesté cette facture le 19 février 2009 et qu'il a réitéré sa position dans un courrier

du 2 juin 2010. La Commune a également répondu par courrier du 29 juillet 2010.

L'intimée fait valoir in fine qu'elle n'était par ailleurs pas tenue de réagir au courrier de SOCIETE1.) alors que (i) les frais de transport des décombres étaient compris dans un forfait et que (ii) elle n'est pas commerçante de sorte qu'un prétendu silence de sa part suite à la réception d'un courrier ne saurait valoir acceptation de sa part.

Quant au caractère prévisible de la fermeture de la décharge du LIEU1.), l'intimée rappelle que dès le début de l'année 2007 tous les professionnels du secteur de la construction savaient que la décharge du « LIEU3.) » au LIEU1.) allait très prochainement atteindre ses limites de capacité de stockage et fermer ses portes au courant de l'année 2008.

Cette information avait été publiée dès février 2007 dans le « rapport d'étape » (page 33) du Ministère de l'environnement relatif à la révision du plan général des déchets. Ce rapport indiquait « *la décharge devra donc fermer vraisemblablement déjà début 2008* ». L'ouverture de la soumission ayant eue lieu en décembre 2007, donc après cette publication, il aurait appartenu à SOCIETE1.) d'anticiper le risque de fermeture de la décharge.

L'intimée soutient que même en admettant que l'appelante n'ait pas eue connaissance dudit rapport, elle savait en tant que professionnel du secteur de la construction que la décharge du LIEU1.) allait bientôt atteindre ses limites.

La Commune réfute l'argument adverse que la commune de Sanem aurait dans un autre dossier accepté de rembourser des suppléments de frais de mise en décharge comme étant spécieux et comme concernant un tout autre marché public de 2003 où la fermeture de la décharge n'avait d'ailleurs été publiée qu'après l'attribution du marché public et était donc imprévisible.

Le paiement de travaux supplémentaires pour le démontage des banches de coffrage est également contesté par la Commune.

Celle-ci conteste formellement la version des faits de l'appelante et expose avoir fourni dans le dossier de soumission à chaque soumissionnaire des plans types pour la réalisation de l'ouvrage. L'intimée précise qu'il appartenait à l'adjudicataire de compléter ces plans et d'établir ses propres plans de calepinage conformément à l'article 4.1.5.1.1.1 des conditions générales du cahier des charges. Le cahier des charges exigeait que l'ensemble des plans de calepinage (voiles intérieures et extérieures) soient réalisés par l'adjudicataire sur base des deux plans joints à la soumission.

La Commune relève encore sur base de l'article 16 (1) du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 que si l'objet de la soumission n'est pas décrit de manière suffisamment claire et détaillée dans le cahier spécial des charges, il aurait appartenu à SOCIETE1.) de formuler une question ou remarque y relative. A défaut d'un tel agissement, il y aurait lieu d'admettre que le cahier des charges et les plans étaient clairs.

L'intimée rappelle que suite à l'attribution du marché, elle avait demandé à SOCIETE1.) de faire une proposition de calepinage. Au vu de l'incapacité de SOCIETE1.) de ce faire, l'architecte a réalisé - sur demande de SOCIETE1.) - tous les plans de calepinage des voiles. La Commune verse une attestation testimoniale de l'architecte PERSONNE1.) de laquelle il ressort notamment que les plans de calepinage ont été modifiés à plusieurs reprises sur demande de SOCIETE1.).

La Commune conteste formellement le rapport d'expertise Romain WEYDERT pour être unilatéral.

Elle donne à considérer que les travaux supplémentaires dont le paiement est demandé par SOCIETE1.) se trouvent régis par la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics et le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 et par l'article 1.5.10 du dossier de soumission. Les travaux supplémentaires pour pouvoir être pris en considération doivent avoir été exécutés avec une autorisation écrite préalable de la part du commettant et les travaux en régie ne peuvent être prestés que sur ordre de la direction du chantier qui doit également contresigner les fiches de régie y relatives.

Comme SOCIETE1.) ne produit ni un tel accord, ni des fiches de régie signées, sa demande devrait être rejetée. Par ailleurs, la première demande de paiement de supplément aurait été formulée par l'appelante actuelle le 8 janvier 2009 soit plus de neuf mois après le début des travaux et donc en violation de l'article 117 du règlement grand-ducal précité qui prévoit un délai de forclusion d'un mois pour de telles demandes.

A titre subsidiaire, et au cas où il y aurait lieu à adaptation du marché, la Commune souligne que les travaux ne pourraient donner lieu à un supplément de prix alors qu'ils n'auraient pas été imprévisibles et qu'ils n'ont pas été dénoncés avant leur exécution.

Finalement, l'intimée s'oppose à l'instauration d'une expertise telle que demandée par l'appelante aux motifs retenus par les premiers juges.

L'intimée requiert encore, sur base de l'article 103 du règlement précité, le rejet de la demande adverse concernant la hausse des salaires alors que celle-ci n'aurait pas été imprévisible. Elle fait valoir qu'il incombait à SOCIETE1.) de tenir compte, lors de la remise de son offre en décembre

2007, de toutes les variations prévisibles et des hausses salariales qu'elle était en mesure de connaître à ce moment.

La Commune fait valoir que l'augmentation des salaires entre 2008 et 2009 ne présentait aucun caractère imprévisible pour l'actuelle appelante et qu'elle n'atteignait pas le seuil prescrit par l'article 111 du règlement précité.

Elle renvoie à l'avis du Comité de coordination tripartite arrêté le 28 avril 2006 d'après lequel *« la tranche indiciaire que les prévisions actuelles annoncent pour 2007 sera reportée au 1^{er} janvier 2008. Elle sera reculée de deux mois supplémentaires, donc au 1^{er} mars 2008, au cas où le prix du pétrole Brent dépasserait les 63 USD en moyenne pour le restant de l'année 2006 et l'année 2007. (...) L'application de la tranche indiciaire suivante sera fixée au plus tôt au 1^{er} janvier 2009. ... ».*

La Commune se base ensuite sur le magazine « MEDIA1.) », organe officiel de la ORGANISATION1.) et de la Chambre des Métiers, qui au mois de novembre 2006, soit antérieurement à l'ouverture de la soumission, a repris ces dispositions dans une note et a indiqué que :

- la tranche indiciaire prévue pour août 2006 est reportée au 1^{er} décembre 2006,
- la tranche prévue pour 2007 est reportée au 1^{er} janvier 2008 (recul au 1^{er} mars 2008 si le prix du baril de pétrole Brent est supérieur à 63 USD), et
- la tranche prévue pour 2008 est reportée au 1^{er} janvier 2009 (recul au 1^{er} mars 2009 si le prix du baril de pétrole Brent est supérieur à 63 USD).

L'article au « MEDIA1.) » a encore souligné que :

« Etant donné que l'adaptation de l'échelle mobile des salaires se fait pour la période 2006-2009 à des dates fixées à l'avance et qu'elle ne constitue donc pas de variation imprévisible, il est important d'intégrer ces augmentations d'office dans les offres de prix suivant les dates prévues par les travaux. Comme elles ne seront plus imprévisibles, une demande en révision des prix ne sera plus acceptée après la remise de l'offre ».

L'intimée insiste sur le fait que les informations de base relatives à l'adaptation des marchés publics aux hausses salariales sont publiées périodiquement par la Chambre des métiers et elle précise que PERSONNE2.), l'administrateur de SOCIETE1.), était à l'époque membre de la chambre des métiers.

L'omission par SOCIETE1.) de prendre en compte les hausses de salaires à venir ne saurait, d'après l'intimée, être répercutée sur elle.

L'intimée soutient que SOCIETE1.) ne saurait invoquer la durée excessive des travaux alors que la réception aurait dû avoir lieu fin octobre 2009 mais les réserves n'ont été levées que le 15 avril 2010 alors que l'appelante n'a pas exécuté endéans les délais imposés les travaux nécessaires à la levée des réserves.

A titre subsidiaire, l'intimée soulève que les hausses de salaires n'ayant pas été exceptionnelles de façon à bouleverser l'économie du contrat, elles ne sauraient, conformément à l'article 103 précité, être prises en compte.

Finalement, la Commune verse une copie d'un jugement du 3 juillet 2013 attestant que SOCIETE1.) aurait pris l'habitude de se voir attribuer un marché public et de réclamer, une fois le marché exécuté, des frais supplémentaires au pouvoir adjudicateur. L'intimée fait valoir que SOCIETE1.) agit ainsi au détriment des autres soumissionnaires.

3. En droit

a. quant au renvoi aux conclusions de première instance

L'intimée, en demandant acte « *qu'elle réitère en instance d'appel les arguments contenus dans ses conclusions de première instance* », a d'une manière générale renvoyé à ses conclusions de première instance.

L'article 586 alinéa 1er et alinéa 2 du nouveau code de procédure civile dispose comme suit :

(alinéa 1er): Les conclusions d'appel doivent formuler expressément les prétentions de la partie et les moyens sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée.

(alinéa 2): L'avocat ou les avocats d'une ou plusieurs parties peuvent être invités à récapituler les moyens qui auraient été successivement présentés. Les moyens qui ne sont pas récapitulés sont regardés comme abandonnés.

Les éléments du procès à trancher par la juridiction du second degré sont à rechercher dans le jugement entrepris qui constitue la seule base du litige.

La critique d'un jugement sur base d'un renvoi général aux conclusions de première instance n'est pas pertinente et ne constitue pas une motivation suffisante alors que ces conclusions ne contiennent pas de développement relatif à la motivation de l'appel.

Il n'y a donc pas lieu de faire droit à la demande de la partie intimée et de prendre en considération les conclusions de première instance auxquelles elle a renvoyées.

b. quant à la demande d'enjoindre à la Commune à produire l'original du tableau comparatif des résultats de la soumission

La Commune affirme que les autres concurrents au marché auraient tenu compte de la fermeture de la décharge du LIEU1.) et que l'offre de SOCIETE1.) concernant le coffrage architectonique était la plus élevée.

Suite à ces affirmations, l'appelante demande à la Cour d'enjoindre à la Commune de verser l'original du tableau comparatif des résultats de la soumission relatifs au coût de l'évacuation des déblais et au prix du coffrage architectonique.

L'intimée fait valoir que cette demande est dépourvue d'intérêt et rappelle que les résultats de la soumission sont repris dans la délibération du collège des bourgmestre et échevins du 11 février 2008, qu'elle a versée comme pièce n°4.

Elle conclut que la demande à voir communiquer l'original serait à rejeter.

Elle donne encore à considérer, sur base de deux arrêts de la CJCE (arrêt n° 53/85 du 24 juin 1986 et n° C-450/06 du 14 février 2008) qui ont retenu que le pouvoir adjudicateur a l'obligation de respecter le caractère confidentiel de toutes les informations données par les fournisseurs, qu'il n'y aurait pas lieu de faire droit à la demande adverse.

Il y a lieu de rappeler que l'objectif principal des dispositions législatives tant luxembourgeoises que communautaires en matière de marchés publics comprend l'ouverture à la concurrence non faussée. Pour atteindre cet objectif, il importe que les pouvoirs adjudicateurs ne divulguent pas d'informations ayant trait à des procédures de passation de marchés publics dont le contenu pourrait être utilisé pour fausser la concurrence, soit dans une procédure de passation en cours, soit dans des procédures de passation ultérieures. Pour cette raison les textes prévoient que les adjudicateurs ont l'obligation de respecter le caractère confidentiel de toutes les données fournies par les soumissionnaires.

Le soumissionnaire écarté, ayant présenté une offre valable, peut demander au pouvoir adjudicateur de lui communiquer les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'adjudicataire. Même dans pareil cas, l'adjudicateur n'est pas tenu de communiquer les

informations sur la passation du marché qui pourraient nuire à une concurrence loyale entre entrepreneurs. Il doit également respecter le caractère confidentiel de tous les renseignements donnés par les entrepreneurs.

Le principe de la protection des informations confidentielles ainsi que des secrets d'affaires doit être mis en œuvre de manière à le concilier avec les exigences d'une protection juridique effective et le respect des droits de la défense des parties au litige.

Le droit communautaire, pas plus que le droit interne luxembourgeois, ne prévoit toutefois que l'adjudicataire peut, comme en l'espèce, demander la communication des offres de ses concurrents écartés.

Pour le surplus, la communication dudit tableau n'est en l'espèce pas pertinente. Le litige porte sur une demande en paiement de suppléments de coûts. Or, le comportement des soumissionnaires écartés est sans rapport avec l'appréciation de cette demande.

Il n'y a partant pas lieu de faire droit à la demande de SOCIETE1.).

c. les prix du marché public et l'adaptation du contrat :

L'appelante a conclu à la confirmation du jugement en ce qu'il a retenu que le marché conclu entre parties n'est pas un marché à forfait.

Comme la Commune a, tout au long de l'instance d'appel, soutenu que le prix d'évacuation des déchets proposé par l'appelante actuelle était un prix forfaitaire, il faut admettre qu'elle a interjeté appel limité contre le jugement.

Cet appel incident est recevable en la forme.

L'article 11 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 dispose que :

« Les différents modes d'offres de prix sont:

- 1) l'offre à prix unitaires;
- 2) l'offre au prix de revient;
- 3) l'offre à prix global qui comprend:
 - a. l'offre à prix global révisable;
 - b. l'offre à prix global non révisable ».

L'article 1.8.4. des clauses contractuelles du dossier de soumission stipule que « *la présente offre est adjugée à prix unitaires* ».

Au vu de cet article, le marché passé entre parties n'est pas à qualifier de marché à forfait.

L'intimée a toutefois encore fait valoir que même si les clauses contractuelles générales du dossier de soumission prévoient que le marché est conclu à prix unitaire, le pouvoir adjudicateur aurait valablement pu insérer des prix forfaitaires pour certaines positions dont celle de l'évacuation des déchets.

La Commune se réfère aux clauses techniques du dossier de soumission qui stipulent que « *les frais pour l'installation, l'aménagement et le repli du chantier sont à comprendre dans les prix forfaitaires et unitaires du présent bordereau de soumission* » et que « *Les frais pour l'installation, l'aménagement et le repli du chantier comprennent :*

- (...)
- (...)
- *Le tri, le chargement dans des containers, le transport et le déchargement à une décharge publique de tous les déchets du chantier (..) ».*

Nonobstant cette phrase ambiguë que « *les frais... sont à comprendre dans les prix forfaitaires et unitaires du présent bordereau* », les frais relatifs aux déchets n'ont pas été fixés forfaitairement.

L'affirmation contraire de l'intimée reste d'être établie alors qu'aucune disposition des clauses contractuelles ou des clauses techniques générales et particulières du dossier de soumission n'indique que l'évacuation des déchets soit comprise dans un forfait.

Il n'y a d'ailleurs pas lieu de distinguer, tel que veut le faire admettre SOCIETE1.), entre les déchets du chantier et les déchets générés par l'installation du chantier alors que le dossier de soumission ne comporte pas – en ce qui concerne la fixation du prix – une telle distinction.

Comme il n'est pas établi que le pouvoir adjudicateur a inséré un prix forfaitaire pour certaines positions, dont l'évacuation des déchets, l'appel incident de la Commune n'est pas fondé et le jugement entrepris est à confirmer sur ce point.

L'offre à prix unitaires est celle où les travaux, fournitures et services demandés sont détaillés en unités homogènes et où sont définis les quantités par poids, mesure ou nombre. Les soumissionnaires sont tenus de proposer des prix d'unité pour chaque unité partielle.

Dans certaines circonstances, il peut y avoir lieu à adaptation du marché. Ainsi, l'article 1.6 des clauses contractuelles générales du dossier de

soumission dispose que l'adaptation des prix unitaires se fera en accord avec les dispositions du chapitre XXIV du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003.

L'article 103 dudit règlement dispose que :

« Le contrat peut être adapté:

1) si, depuis la remise de l'offre, des variations imprévisibles de prix ou de salaires se sont produites suite à des interventions légales ou réglementaires;

2) si, depuis la remise de l'offre, des fluctuations importantes et imprévisibles des prix peuvent être constatées dans les cotations officielles, les mercuriales ou les publications de prix des matières premières ».

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

Selon l'article 105 *« L'adaptation du contrat doit être demandée sous peine de nullité par lettre recommandée, excepté dans les cas suivants:*

1) pour les fournitures où les variations de prix sont publiées par voie officielle;

2) pour les variations sur salaires décrétées par voie légale ou réglementaire ou les ajustements des salaires accordés comme conséquence de l'adaptation des salaires à l'échelle mobile des salaires ».

L'adaptation d'un marché public a pour objet de rétablir l'équilibre du contrat, compromis par un changement dans les circonstances économiques qui entourent son exécution. Cette faculté de révision du prix, qui trouve sa source dans la théorie de l'imprévision développée en droit français, repose sur l'idée que lorsque des circonstances imprévues au moment de la conclusion du contrat viennent en bouleverser l'économie et que le déficit de l'opération revêt un caractère anormal, imprévisible et exceptionnel, le cocontractant de l'Administration a le droit de demander à celle-ci de venir à son aide et de partager avec lui cet aléa.

L'événement allégué, d'ordre économique, doit revêtir un caractère exceptionnel, imprévisible, doit être complètement étranger à la volonté, au fait ou à la faute des parties et avoir bouleversé l'économie du contrat.

L'imprévisibilité implique que l'événement doit avoir déjoué tous les calculs que les parties avaient pu faire au moment de la conclusion du contrat et dépassent les limites extrêmes auxquelles elles avaient pu songer.

En matière de marché public le caractère d'imprévisibilité doit s'apprécier au jour de la conclusion du contrat donc au jour de la remise d'offre par le soumissionnaire c'est-à-dire en l'espèce, le 6 décembre 2007.

Les parties ne peuvent pas faire valoir des variations de prix dont elles avaient déjà connaissance au moment de la passation du contrat ou qu'elles pouvaient raisonnablement prévoir à ce moment.

Il y a donc lieu d'examiner si SOCIETE1.) peut en l'espèce demander des suppléments par rapport aux prix indiqués dans son offre.

i quant à la facture n° 2010- 0073 du 2 juillet 2010

Les clauses techniques générales et particulières stipulent que les déchets (débris de démolition et déchets du chantier) sont à transporter à une décharge à fournir par l'entrepreneur.

La Commune n'a donc imposé à l'entrepreneur aucun site particulier pour la décharge.

- l'absence de contestation par la Commune

L'appelante rappelle avoir informé la Commune par courrier recommandé en date du 13 mars 2008 de la fermeture de la décharge du LIEU1.) et du fait que la mise en dépôt sur un autre site occasionnera des frais supplémentaires.

Elle fait valoir que la Commune n'a pas contesté le changement de la décharge et le supplément mis en compte en résultant.

SOCIETE1.) soutient qu'elle aurait le 13 octobre 2008 envoyé à la Commune un courrier indiquant les frais supplémentaires occasionnés par la mise en dépôt à LIEU2.).

La Commune n'aurait pas contesté ce courrier.

Selon l'appelante, cette question aurait encore été abordée lors de réunions de chantier sans que l'intimée y ait pris position.

SOCIETE1.) soutient que le courrier du 19 février 2009 de la société SOCIETE4.) qui se serait opposée au paiement du supplément réclamé serait tardif et que ce courrier tardif ne saurait valoir contestation.

Pour autant que cette demande soit basée sur l'article 109 du code de commerce, il y a lieu de noter que la Commune n'est pas commerçante de sorte que son silence allégué ne saurait être interprété comme valant consentement aux demandes formulées dans les courriers de l'appelante actuelle. Par ailleurs, le régime des marchés publics (et donc également l'article 133 du règlement précité) est dérogatoire au droit commun de sorte que l'article 109 du code de commerce n'est pas applicable en l'espèce.

Pour autant que la demande soit basée sur l'article 133 du règlement précité, qui dispose que le pouvoir adjudicateur est tenu de vérifier les différentes positions de la facture et de signaler toute contestation dans les 28 jours de la réception de la facture, c'est à bon droit que les premiers juges ont retenu que cet article ne s'applique qu'à la facture définitive qui selon l'article 132 du règlement est établie sur base du procès-verbal de réception définitive de l'ensemble des travaux.

Tel n'étant manifestement pas le cas de la facture du 15 janvier 2009, le jugement entrepris est à confirmer sur ce point. L'appel n'est donc pas fondé.

- le caractère imprévisible du changement de la décharge

SOCIETE1.) fait valoir qu'en raison de la fermeture inopinée donc imprévisible de la décharge du LIEU1.), elle a dû faire face à des frais supplémentaires pour l'évacuation des déchets. Elle base sa demande sur l'article 103 du règlement précité.

En application de cet article 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.

L'offre de soumission de SOCIETE1.) n'est pas versée en cause mais elle doit dater de décembre 2007 alors que la soumission publique date du 6 décembre 2007.

La Cour ne peut donc pas vérifier sur base de cette offre si SOCIETE1.) y avait indiqué ses prix en fonction de l'évacuation des déchets vers la décharge du LIEU1.).

Toutefois, en instance d'appel, la Commune n'a pas contesté que SOCIETE1.) ait émis son offre en fonction du transport des déchets vers la décharge du LIEU1.) et que la fermeture de cette décharge a nécessairement eu un impact sur le prix.

L'intimée a uniquement contesté que la fermeture de ladite décharge fût imprévisible.

Il ressort du rapport d'étape du Ministère de l'environnement relatif à la révision du plan général des déchets, rapport publié en février 2007, que le remblai LIEU3.) sera hors de capacités au début de l'année 2008 et que cette décharge devra donc fermer vraisemblablement déjà début 2008.

En tant que professionnel du secteur de la construction, confrontée quotidiennement au problème de l'évacuation de déchets de chantiers, SOCIETE1.) devait avoir conscience du problème de réduction des capacités de stockage des décharges. La fermeture du LIEU1.) ne constituait pas un événement imprévisible. L'affirmation de l'appelante qu'elle n'en aurait pas été consciente ne saurait être considérée que comme une négligence fautive.

L'argument de l'appelante que l'exploitation de la décharge du LIEU1.) était prévue de 2002 à 2009 incluse de sorte qu'elle aurait pu être utilisée alors que les travaux confiés à SOCIETE1.) devaient se faire au cours de la période d'avril 2008 à janvier 2009 (170 jours ouvrables), est contredite par la pièce versée en cause. Même si le rapport d'étape a rappelé que l'exploitation du LIEU3.) était prévue de 2002 à 2009 inclus, il ressort clairement du texte qu'en raison de l'évolution de la situation du réseau des centres régionaux en 2007, la décharge LIEU3.) sera hors de capacités au début de 2008 et qu'elle devra donc fermer vraisemblablement déjà début 2008.

La fermeture de la décharge du LIEU3.) n'était pas inopinée. Elle était envisagée et donc prévisible dès le début de l'année 2007.

Au vu de ces développements, c'est à bon droit et pour des motifs que la Cour adopte, que les premiers juges ont dit que la demande en paiement de la facture n° 2010-0073 du 2 juillet 2010 n'est pas fondée.

ii quant à la facture n° 2010- 0074 du 2 juillet 2010

L'appelante qui reconnaît qu'il lui incombait d'établir les plans d'atelier et de coffrage, conteste formellement qu'elle devait également réaliser les plans de calepinage.

Elle se base sur les articles 4.1.5.1., 4.1.5.1.1.1. et 4.1.5.1.2. des clauses techniques générales et particulières du dossier de soumission et affirme que l'établissement des plans de calepinage, définis aux plans de l'architecte, incomberait à ce dernier.

SOCIETE1.) fait valoir que seuls deux plans de calepinage étaient joints au dossier de soumission mais que par la suite, l'architecte lui aurait encore communiqué 30 plans différents engendrant 150 modifications.

En raison de ces modifications elle aurait dû refaire les banches ou mannequins de coffrages causant ainsi des suppléments de prix, dont elle réclame le paiement dans la facture n° 2010-0074.

A l'appui de sa demande elle verse un rapport unilatéral de Raymond WEYDERT.

L'intimée conteste cette version des faits et affirme qu'il incombait à l'adjudicataire de compléter les plans types fournis dans le dossier de soumission et notamment de réaliser ses propres plans de calepinage. Elle verse une attestation testimoniale de l'architecte et offre d'établir sa version des faits par l'audition de témoins.

Les clauses techniques, regroupées sous le numéro 4.1.5. du dossier de soumission, stipulent quant au « béton architectonique in situ » ce qui suit :

- article 4.1.5.1. Généralités : « La remise de prix portera obligatoirement sur la nomenclature de base correspondant au principe de calepinage établi par le Maître d'œuvre et clairement exprimé sur les plans ».

- article 4.1.5.1.1.1. Travaux prévus : « Les travaux du présent lot comprennent, conformément aux plans et bordereaux, la totalité du béton architectonique In Situ à parement vu. Les plans d'atelier et de coffrage pour fabrication des outillages et bétonnage des ouvrages sont à la charge du présent lot ».

- article 4.1.5.1.2. Définition des ouvrages : « Les ouvrages ou parties d'ouvrages sont définis aux plans de l'Architecte et tous documents du dossier de consultation des entreprises (...). Le calepin des voiles indique le marquage impératif des joints d'assemblage et de bétonnage y compris clous et trous de serrage des coffrages » (...).

Les plans d'Atelier et des moules ou coffrages fournis par l'entrepreneur après sa désignation participeront aux nécessaires compléments de la définition technique des ouvrages avec localisation des inserts à fixer sur les coffrages pour incorporation lors du bétonnage.

Les plans d'Atelier donneront les détails d'assemblage et de fixations des mannequins, sans dépouilles, c'est-à-dire démontables, pour tous les types d'ouvertures traversantes.

D'une manière générale, tous les plans et détails techniques nécessaires à la bonne conduite des opérations, doivent être en harmonie avec les autres corps d'état. »

Contrairement à l'affirmation de l'appelante, il ne ressort pas des points 4.1.5.1., 4.1.5.1.1.1. et 4.1.5.1.2. des clauses précitées que le plan de calepinage doit être dressé par l'architecte.

C'est à bon droit que les premiers juges ont retenu qu'il ne ressort pas du dossier de soumission laquelle des deux parties devait dresser les plans de calepinage.

L'appelante fait valoir que la réalité des travaux supplémentaires qu'elle a exécutés est établie au vu des attestations testimoniales et du rapport d'expertise WEYDERT. A titre tout à fait subsidiaire, elle conclut à l'instauration d'une expertise.

Ces pièces et mesure d'instruction dont le rejet est demandé par la Commune ne sont pas pertinentes pour établir qui devait dresser les plans de calepinage. Il n'y a donc pas lieu de les retenir à ce sujet.

La Commune a versé une attestation testimoniale émanant de l'architecte PERSONNE1.).

SOCIETE1.) en demande le rejet au motif que (i) cette attestation aurait été produite pour la première fois en instance d'appel, que (ii) elle manquerait de précision et que (iii) « *Monsieur PERSONNE1.) n'est nullement partial (la Cour suppose qu'il y a lieu de lire impartial) dans la mesure où ce dernier est en grande partie responsable des travaux supplémentaires exécutés en cause par la société SOCIETE1.)* ».

Depuis l'abrogation des reproches à témoin, toute personne, qui n'est pas frappée d'une incapacité de témoigner et qui n'est pas partie au litige peut en principe être entendue comme témoin et peut donc à fortiori établir une attestation testimoniale. L'attestation testimoniale de PERSONNE1.) n'est donc pas à rejeter de ce chef.

Il n'est pas non plus exact que cette attestation a été versée pour la première fois en instance d'appel mais même si tel aurait été le cas cela ne constituerait pas une cause pour en demander le rejet.

Il n'y a pas non plus lieu de rejeter l'attestation alors qu'elle prouverait contre et outre le contenu du contrat écrit passé entre parties. Ce grief de l'appelante n'est pas fondé alors qu'il ressort des développements ci-dessus que le contrat n'indique pas qui doit établir les plans de calepinage.

L'auteur de l'attestation indique que „Gemäss dem der Ausschreibung der Rohbauarbeiten ausgearbeitetem Lastenheft war die Vertragsbedingung die, daß der Unternehmer die Schalpläne für den Sichtbeton erstellt. Zur Ausschreibung wurden zwei exemplarische Pläne, an welchen man den Schwierigkeitsgrad der Aufgabe gut erkennen konnte, beigelegt. SOCIETE1.) hat die Aufgabenstellung richtig verstanden, denn sie hatten, verglichen mit anderen Bietern für die Schalarbeiten am Sichtbeton, nur den viertbesten Preis abgegeben. Darüber hinaus wurde im Lastenheft ein unabhängiger Sichtbetonberater gefordert. FA SOCIETE1.) präsentierte nach Auftragsvergabe Romain Weydert von RW CONSULT als Sichtbetonberater.

Als Lieferant für das Schäumungsmaterial wurde FA SOCIETE5.) vorgestellt. FA SOCIETE5.) sollte zusammen mit FA SOCIETE1.) die Sichtbetonschalpläne erstellen.

Im Lastenheft waren Sichtbetonreferenzprojekte benannt, um die geforderte Betonoptik und Farbe zu illustrieren.

Die Idee der Ingenieure und Architekten bei der Ausschreibung, war, die geforderte Betonqualität an Hand von Referenzprojekten und zwei detaillierten Sichtbetonschalplänen genau vorzugeben. Dennoch wollte man dem Unternehmer die Freiheit lassen, mit seinem Schalsystem, seinen Schalplänen und seinem Sichtbetonberater die gewünschte Qualität umzusetzen.

(...)

Beim darauffolgenden Termin wurden die Oberflächen der Betonschalung bemustert. Hierbei teilte FA SOCIETE5.) mit, daß sie keine Schalpläne erstellen können. Das war für uns alle sehr überraschend. Auch FA SOCIETE1.) teilte uns mit, daß auch sie keine Schalpläne für Sichtbeton erstellen können.

(...)

Aus diesem Grund wurden folgende Vereinbarungen mit SOCIETE1.) getroffen:

1. SOCIETE1.) hat die geschuldeten Pläne nicht geliefert und kann und wird sie auch nicht liefern
2. Das Architektenbüro Architecture + Amenagement wird die Pläne an Hand der Vorgaben von SOCIETE1.) für SOCIETE1.) erstellen.
3. (...) ».

Il ressort de cette attestation que SOCIETE1.) devait établir les plans de calepinage et qu'elle a été dans l'impossibilité de ce faire.

Mais abstraction faite de la question de savoir quelle partie avait l'obligation d'établir quel plan, il y a lieu de rappeler qu'il appartient au demandeur d'établir le bien-fondé de sa demande et de justifier les frais supplémentaires dont il sollicite la prise en charge par le maître de l'ouvrage.

C'est partant à bon droit que les premiers juges ont dit que, même à supposer que la Commune ait imposé des changements à SOCIETE1.) concernant le béton architectonique (hauteur des trous, etc.), il appartient encore à SOCIETE1.) d'établir que la modification des plans ait rendu nécessaire le démontage des banches de coffrage, ce qui présuppose que les plans aient été remis à un moment où SOCIETE1.) avait déjà fabriqué les coffrages. A défaut de communication des rapports de chantier à l'aide desquels le tribunal respectivement la Cour aurait pu vérifier la chronologie du chantier et les dires des parties, il n'y a pas non plus lieu d'ordonner une mesure d'instruction, telle une expertise qui n'a pas pour objet de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve.

La demande en paiement de la facture n° 2010-0074 n'est donc pas fondée ; le jugement entrepris est à confirmer sur ce point et l'appel n'est donc pas fondé.

iii quant à la facture n° 2010- 0106 du 24 septembre 2010

L'appelante dans ses dernières conclusions soutient à titre principal que la condition d'imprévisibilité de la hausse des salaires n'est pas requise.

A titre subsidiaire, elle affirme que ces hausses auraient été imprévisibles (i) en raison de la durée imprévue des travaux et de l'absence, au moment de l'élaboration de son offre, de publication officielle concernant les hausses de salaires futures.

Il y a lieu d'analyser ces deux moyens.

- l'exigence de l'imprévisibilité

L'appelante fait valoir que selon le point 1.6.1. des clauses contractuelles du dossier de soumission, les hausses de salaires pourraient entraîner une révision des prix sans être soumises à la condition de leur imprévisibilité.

L'intimée conclut sur base de l'article 103 du règlement précité au rejet de la demande en paiement relative à la hausse des salaires en contestant leur imprévisibilité.

Le point 1.6.1. des clauses contractuelles, relatives au mode de révision des prix, stipule que :

« En cas de révision des prix, l'adaptation des prix unitaires se fera en accord avec les dispositions du chapitre XXIV du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi sur les marchés publics. En cas de fluctuations économiques telles qu'elles sont définies par le chapitre XXIV du règlement grand-ducal précité pendant le délai contractuel des travaux, le réajustement du prix global de l'offre se fera sur base des indications en pour cent par rapport au présent marché, en ce qui concerne :

la partie salaires, comprenant tous les salaires pour le transport, le stockage et la mise en œuvre, ainsi que les frais généraux et le bénéfice de l'entrepreneur

.... ».

Comme ces dispositions 1.6.1. font référence expresse aux dispositions du chapitre XXIV du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 et donc aux articles 103 et suivants, l'affirmation de l'appelante qu'une hausse salariale même prévisible pourrait entraîner une adaptation du contrat est contraire aux textes.

Le moyen soulevé n'est pas fondé.

Il y a donc lieu d'examiner le moyen subsidiaire de l'appelante consistant à dire que les hausses salariales n'étaient, en l'espèce, pas prévisibles en décembre 2007.

- les hausses imprévisibles

L'appelante invoque deux raisons pour lesquelles les hausses salariales auraient été imprévisibles pour elle.

Tout d'abord elle affirme que les travaux, prévus pour être terminés en janvier 2009, auraient duré jusqu'au 15 avril 2010. En raison de cette extension du délai, il ne lui aurait pas été possible de prévoir en décembre 2007 les hausses salariales survenues entre 2008 et 2010.

Elle fait valoir ensuite que les hausses n'avaient pas été publiées officiellement et que l'article publié au journal « MEDIA1.) » n'est pas une publication officielle.

La Commune soutient que l'augmentation des salaires entre 2008 et 2009 ne présentait aucun caractère imprévisible pour l'appelante actuelle et qu'elle n'atteignait pas le seuil prescrit par l'article 111 du règlement précité.

Il appartient à la partie demanderesse SOCIETE1.) d'établir qu'au moment de la remise de l'offre les variations de salaires étaient imprévisibles (article 103 du règlement) et que ces hausses dépassaient un certain seuil (article 111 du règlement).

SOCIETE1.) ne saurait toutefois invoquer la durée excessive des travaux alors que la réception définitive aurait dû avoir lieu pour les lots BT1 – BT3 en date du 18 septembre 2009 et pour les lots BT6 et BT7 fin octobre 2009. La levée des réserves n'a pu avoir lieu que le 15 avril 2010, alors que l'appelante n'a pas exécuté, endéans les délais imposés, les travaux nécessaires à la levée des réserves. Le certificat de bonne exécution des travaux, du 20 mars 2009, invoqué par SOCIETE1.) ne saurait contredire ce qui précède alors que ce certificat ne concerne que les voiles et dalles en béton vu blanc.

L'appelante ne saurait non plus se baser sur son ignorance alléguée des hausses salariales alors que les avis du Comité de Coordination tripartite font toujours l'objet d'une publication dans la presse locale et que tel fut également le cas de l'avis du 28 avril 2006 d'après lequel « *la tranche indiciaire que les prévisions actuelles annoncent pour 2007 sera reportée au 1er janvier 2008. Elle sera reculée de deux mois supplémentaires, donc au 1er mars 2008, au cas où le prix du pétrole Brent dépasserait les 63 USD en moyenne pour le restant de l'année 2006 et l'année 2007. (...) L'application de la tranche indiciaire suivante sera fixée au plus tôt au 1er janvier 2009. ...* ».

Une telle publication a eue lieu au journal « MEDIA1.) » du mois de novembre 2006 soit antérieurement à l'ouverture de la soumission. L'article intitulé « Note importante concernant les marchés publics » attirait l'attention aux soumissionnaires potentiels sur le fait que la fixation de l'application des tranches indiciaires pour la période 2006-2009 se fera de la manière suivante :

- tranche prévue pour août 2006 est reportée au 1er décembre 2006,
- tranche prévue pour 2007 est reportée au 1er janvier 2008 (recul au 1er mars 2008, si le prix du baril de pétrole Brent > 63 USD),
- tranche prévue pour 2008 est reportée au 1er janvier 2009 (recul au 1er mars 2009, si le prix du baril de pétrole Brent > 63 USD).

La note indique in fine que :

« Etant donné que l'adaptation de l'échelle mobile des salaires se fait pour la période 2006-2009 à des dates fixées à l'avance et qu'elle ne constitue donc pas de variation imprévisible, il est important d'intégrer ces augmentations d'office dans les offres de prix suivant les dates prévues par les travaux. Comme elles ne seront plus imprévisibles, une demande en révision des prix ne sera plus acceptée après la remise de l'offre ».

Le journal « MEDIA1.) », est un organe officiel de la ORGANISATION1.) et de la Chambre des Métiers.

L'appelante n'a d'ailleurs pas contesté que les informations de base relatives à l'adaptation des marchés publics aux hausses salariales sont publiées périodiquement par la Chambre des métiers et que PERSONNE2.) l'administrateur de SOCIETE1.) était à l'époque membre de la Chambre des Métiers.

Au vu de ce qui précède, SOCIETE1.) n'a pas établi que les hausses salariales étaient imprévisibles lors de la remise de son offre en décembre 2007.

C'est partant à bon droit qu'elle a été déboutée de sa demande. Le jugement est à confirmer sur ce point et l'appel n'est donc pas fondé.

4. Les indemnités de procédure

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

SOCIETE1.) demande encore sa décharge de la condamnation au paiement d'une indemnité de procédure de 1.000.- euros.

Au vu de l'issue du litige en première instance, confirmée par le présent arrêt, c'est à bon droit que les premiers juges n'ont pas fait droit à la demande de SOCIETE1.) sur base de l'article 240 du NCPC. C'est encore à bon droit qu'ils ont sur base de l'iniquité par eux constatée alloué à la Commune une indemnité de procédure de 1.000.- euros.

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

SOCIETE1.) conclut à la condamnation de la Commune à lui payer une indemnité de procédure de 5.000.- euros pour l'instance d'appel.

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

La Commune réclame une indemnité de procédure de 3.500.- euros pour l'instance d'appel.

Comme il paraît inéquitable de laisser l'intégralité des frais irrépétibles à charge de l'intimée il y a lieu de faire droit à sa demande et de condamner SOCIETE1.) à lui payer une indemnité de procédure de 1.500.- euros pour l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit les appels principal et incident en la forme ;

dit qu'il n'y a pas lieu de prendre en considération les conclusions de première instance ;

rejette la demande en communication du tableau comparatif de soumission ;

dit qu'il n'y a pas lieu d'écarter l'attestation testimoniale de PERSONNE1.) ;

rejette l'offre de preuve par expertise ;

déclare les appels non fondés ;

confirme le jugement entrepris du 28 novembre 2012 ;

rejette la demande de la société anonyme SOCIETE1.) SA sur base de l'article 240 du NCPC ;

condamne la société anonyme SOCIETE1.) SA à payer à l'Administration communale de Schuttrange une indemnité de 1.500.- euros pour l'instance d'appel ;

condamne la société anonyme SOCIETE1.) SA aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître Steve HELMINGER sur ses affirmations de droit.