

N° 73 / 2020
du 28.05.2020.
Numéro CAS-2019-000124 du registre.

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, vingt-huit mai deux mille vingt.

Composition:

Jean-Claude WIWINIUS, président de la Cour,
Eliane EICHER, conseiller à la Cour de cassation,
Michel REIFFERS, conseiller à la Cour de cassation,
Roger LINDEN, conseiller à la Cour de cassation,
Lotty PRUSSEN, conseiller à la Cour de cassation,
Marc SCHILTZ, avocat général,
Lily WAMPACH, greffier en chef de la Cour.

Entre:

le SYNDICAT INTERCOMMUNAL A), constitué par arrêté grand-ducal du 1^{er} novembre 2003, modifié par arrêté grand-ducal du 17 décembre 2010, établi à (...), représenté par l'organe habilité à le représenter en justice,

demandeur en cassation,

comparant par Maître Alain GROSS, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

et:

la société à responsabilité limitée de droit allemand Soc1), établie et ayant son siège social à (...), représentée par l'organe habilité à la représenter en justice, inscrite au registre de commerce près du Amtsgericht Bad Kreuznach sous le numéro (...),

défenderesse en cassation,

comparant par la société à responsabilité limitée MOLITOR Avocats à la Cour, inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Jacques WOLTER, avocat à la Cour.

Vu l'arrêt attaqué, numéro 79/19, rendu le 8 mai 2019 sous le numéro 45214 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière civile ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 5 août 2019 par le SYNDICAT INTERCOMMUNAL A) (ci-après « *le SYNDICAT* ») à la société à responsabilité limitée de droit allemand SOC1) (ci-après « *la société SOC1* »), déposé le 12 août 2019 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 3 octobre 2019 par la société SOC1) au SYNDICAT, déposé le 4 octobre 2019 au greffe de la Cour ;

Sur le rapport du conseiller Eliane EICHER et les conclusions du premier avocat général Marie-Jeanne KAPPWEILER ;

Sur les faits :

Selon l'arrêt attaqué, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait dit non fondée la demande dirigée par la société SOC1) contre le SYNDICAT en paiement du solde restant dû sur des travaux de toiture, de plomberie et de menuiserie dans le cadre de la construction de la piscine intercommunale « A) ». La Cour d'appel a, par réformation, déclaré la demande de la société SOC1) partiellement fondée.

Sur les premier, troisième et quatrième moyens de cassation réunis, pris chacun en sa première branche :

le **premier moyen**, tiré « *du défaut de base légale (...)* :

A) Partie critiquée de la décision attaquée :

Attendu que la Cour d'appel retient dans son arrêt, page 5, §3 :

<< Contrairement à l'avis des juges de première instance, il est admis que, nonobstant l'application au marché public conclu entre le SYNDICAT et la société SOC1) des règles découlant de la loi du 30 juin 2003 et de son règlement d'exécution du 7 juillet 2003, une fois le contrat conclu, les relations entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire relèvent du droit civil et des principes de droit commun régissant la responsabilité contractuelle (cf. Conférence de Me Marc Thewes sur le droit des marchés publics : le contentieux de l'exécution, 2004). »

B) Ce en quoi la décision encourt le reproche allégué :

- première branche : défaut de base légale :

Attendu que le défaut de base légale suppose que l'arrêt comporte des motifs de fait incomplets ou imprécis qui ne permettent pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle sur la bonne application de la loi ;

que malgré rappel des dispositions légales prévues par le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 et sans la moindre base légale à l'appui, la Cour se prévaut de propos prétendument tenus lors d'une << Conférence de Me Marc Thewes >> pour procéder à une lecture contra legem du règlement grand-ducal ;

qu'au lieu de préciser la base légale permettant de conclure à une prétendue application des principes de droit commun de la responsabilité, la Cour qualifie son raisonnement simplement d'admis (sic!) ;

que l'absence de motivation de la Cour d'appel ne permet pas un contrôle de légalité par Votre Cour de cassation ;

que notamment en omettant de préciser la base légale permettant de déroger aux articles 99 et suivants du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

que l'arrêt encourt dès lors la cassation pour défaut de base légale »;

le troisième moyen, tiré « du défaut de base légale (...) :

A) Partie critiquée de la décision attaquée :

Attendu que la Cour d'appel retient dans son arrêt, page 5, §4 et §5 :

<< Concernant le changement des conditions d'exécution du marché, il faut distinguer entre les changements imposés par le pouvoir adjudicateur et l'indemnisation du dommage subi par l'adjudicataire à la suite de faits de tiers qui retardent ou rendent plus difficile l'exécution du marché.

Le pouvoir adjudicateur ayant, en tant que maître de l'ouvrage, un pouvoir de direction des travaux, il peut ordonner des changements importants dans les conditions du marché public en cours d'exécution du contrat donnant lieu à des travaux, prestations ou fournitures additionnels. Les modifications du marché peuvent motiver une renégociation du contrat, l'article 114 du règlement de 2003 prévoyant que lorsque les changements imposés à l'adjudicataire dépassent 20% de la valeur du marché, il a la faculté de résilier le contrat ou de provoquer une renégociation afin de rétablir l'équilibre contractuel qui a été compromis. C'est dans ce cadre que l'article 117 du règlement prévoit que la demande de renégociation de l'adjudicataire doit intervenir, sous peine de forclusion, dans le délai d'un mois à partir de la notification des changements, étant précisé que si la demande de renégociation est acceptée, un avenant au contrat sera conclu. >>

B) Ce en quoi la décision encourt le reproche allégué :

- première branche : défaut de base légale :

Attendu que la Cour d'appel a distingué dans son arrêt du 8 mai 2019, quant à la forclusion d'une demande en modification des conditions d'exécution d'un marché public, si à la base de cette demande se trouvent des changements imposés

par le pouvoir adjudicateur ou s'il s'agit de faits de tiers ayant rendu l'exécution du marché plus difficile ;

que la Cour continue dans son raisonnement en affirmant que seul au cas où le pouvoir adjudicateur est à la base de la modification des conditions du marché et que la variation constatée dépasse 20% de la valeur du marché, la forclusion prévue par l'article 117 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 est applicable ;

que la loi ne prévoit aucune telle distinction entre une modification suite à des changements imposés par le pouvoir adjudicateur ou suite à des faits de tiers !

qu'en vertu de l'article 99 du règlement précité, toute résiliation, adaptation ou modification d'un marché public doit obligatoirement être faite selon les dispositions des articles 100 à 118 du même règlement - excluant de fait tout autre procédé de modification tel qu'une prétendue << indemnisation du dommage subi par l'adjudicataire à la suite de faits de tiers qui retardent ou rendent plus difficile l'exécution du marché >> ;

que faute pour la Cour d'appel de préciser sur quelle disposition légale elle base cette distinction opérée et l'indemnisation qui s'ensuit, un contrôle de légalité par Votre Cour de cassation devient impossible ;

que le raisonnement de la Cour fait naître un cas de modification du marché public qui n'est pas prévu par un texte légal et qui n'est soumis à aucune forclusion quelconque !

qu'en omettant de préciser le texte de loi permettant à la Cour de procéder à la distinction opérée et au raisonnement qui s'ensuit, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

que l'arrêt encourt dès lors la cassation pour défaut de base légale » ;

et

le quatrième moyen, tiré « du défaut de base légale (...) » :

A) Partie critiquée de la décision attaquée :

Attendu que la Cour d'appel retient dans son arrêt, page 5, §5 et page 6 §3 :

<< Le pouvoir adjudicateur ayant, en tant que maître de l'ouvrage, un pouvoir de direction des travaux, il peut ordonner des changements importants dans les conditions du marché public en cours d'exécution du contrat donnant lieu à des travaux, prestations ou fournitures additionnels. Les modifications du marché peuvent motiver une renégociation du contrat, l'article 114 du règlement de 2003 prévoyant que lorsque les changements imposés à l'adjudicataire dépassent 20% de la valeur du marché, il a la faculté de résilier le contrat ou de provoquer une renégociation afin de rétablir l'équilibre contractuel qui a été compromis. C'est dans ce cadre que l'article 117 du règlement prévoit que la demande de renégociation de l'adjudicataire doit intervenir, sous peine de forclusion, dans le délai d'un mois à

partir de la notification des changements, étant précisé que si la demande de renégociation est acceptée, un avenant au contrat sera conclu. [...]

Il s'ensuit que la forclusion prévue à l'article 117 du règlement n'empêche pas la société SOCI) de demander le paiement de travaux supplémentaires qu'elle a pu prêter et qui étaient indispensables à l'exécution conforme de sa mission, étant observé, en outre, qu'en l'espèce la preuve n'est pas rapportée que les modifications en cause ont dépassé 20% de la valeur du marché. >>

B) Ce en quoi la décision encourt le reproche allégué :

- première branche : défaut de base légale :

Attendu que la Cour d'appel a retenu dans son arrêt attaqué que la forclusion telle que prévue par l'article 117 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 est uniquement prévue au cas où la modification du marché public est demandée sur base de l'article 114(2) du même règlement, soit au cas où les changements imposés à l'adjudicataire dépassent 20% de la valeur du marché ;

que l'article 117 du règlement précité a la teneur suivante :

<< La modification du contrat doit, sous peine de forclusion, être demandée par lettre recommandée et parvenir à l'autre partie dans un délai d'un mois à compter de la survenance de l'événement ou de la notification des changements. La lettre recommandée doit, suivant le cas, motiver l'événement de force majeure ou indiquer les éléments dont il doit être tenu compte pour l'évaluation contradictoire du préjudice subi >>

que faute pour la Cour d'appel de préciser sur base de quelle disposition légale elle estime que le respect du délai de forclusion s'applique au seul cas d'ouverture de modification du marché prévu par l'article 114(2), un contrôle de légalité par Votre Cour de cassation devient impossible ;

qu'en omettant de préciser le texte permettant de limiter l'application de la forclusion prévue par l'article 117 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 au seul cas de la variation du marché de plus de 20%, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

que l'arrêt encourt dès lors la cassation pour défaut de base légale. ».

Le défaut de base légale se définit comme l'insuffisance des constatations de fait nécessaires pour statuer sur le droit.

Après avoir reproduit une définition correcte du défaut de base légale, les moyens articulent non le grief tiré d'une insuffisance des constatations de fait nécessaires pour statuer sur le droit, mais le grief tiré du défaut de précision de dispositions légales, constitutif du défaut de motifs, qui est un motif de droit.

Ce motif de droit ne peut pas être attaqué par le grief tiré du défaut de base légale.

Il en suit que les trois moyens, pris chacun en sa première branche, sont irrecevables.

Sur le premier moyen de cassation, pris en sa seconde branche, le deuxième moyen de cassation, pris en ses quatre branches, le troisième moyen de cassation, pris en sa seconde branche, et le quatrième moyen de cassation, pris en ses deuxième, troisième et quatrième branches, réunis :

le **premier moyen**, tiré «(...) de la violation de la loi :

A) *Partie critiquée de la décision attaquée :*

Attendu que la Cour d'appel retient dans son arrêt, page 5, §3 :

<< Contrairement à l'avis des juges de première instance, il est admis que, nonobstant l'application au marché public conclu entre le SYNDICAT et la société SOCI) des règles découlant de la loi du 30 juin 2003 et de son règlement d'exécution du 7 juillet 2003, une fois le contrat conclu, les relations entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire relèvent du droit civil et des principes de droit commun régissant la responsabilité contractuelle (cf. Conférence de Me Marc Thewes sur le droit des marchés publics : le contentieux de l'exécution, 2004). »

B) *Ce en quoi la décision encourt le reproche allégué :*

- **deuxième branche** : *violation de la loi :*

Attendu que c'est à tort et en violation de la loi et notamment des dispositions de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics et de son règlement d'exécution du 7 juillet 2003 que la Cour d'appel a décidé qu'une fois le marché public conclu, les relations entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire relèvent du droit civil et des principes de droit commun régissant la responsabilité contractuelle !

qu'en effet, il résulte des dispositions de la loi du 30 juin 2013 et du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 que les marchés publics, même après leur signature, restent expressément soumis à un régime dérogatoire au droit commun !

qu'ainsi notamment l'article 20(2) de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics précise :

<< Les mesures d'exécution du présent livre sont définies par un règlement grand-ducal instituant un cahier général des charges fixant les clauses et conditions générales des marchés publics à conclure par les pouvoirs adjudicateurs. Des règlements grand-ducaux peuvent instituer des cahiers spéciaux des charges standardisés >> ;

que le règlement d'exécution du 7 juillet 2003 consacre les chapitres XXI à XXIX (articles 95 à 142) à l'exécution des marchés publics après leur conclusion en prévoyant notamment l'exécution du marché, la sous-traitance, la résiliation,

adaptation et modification des marchés, le paiement d'acompte, la réception des travaux ou encore les délais de garantie ;

que contrairement au raisonnement de la Cour, les marchés publics, après leur conclusion, ne relèvent pas du droit commun de la responsabilité civile !

que tant la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics que son règlement d'exécution du 7 juillet 2003 prévoient un régime dérogatoire au droit commun de la responsabilité contractuelle ;

que notamment l'article 99 du règlement précité prévoit un régime spécifique de résiliation, d'adaptation et de modification du marché prévu à peine de forclusion, régime qui déroge du droit commun :

<< Si, entre la remise de l'offre et l'achèvement des travaux, fournitures ou services, des changements importants se sont produits dans le domaine des prix, des salaires ou des conditions d'exécution, le contrat peut être résilié, adapté ou modifié selon les dispositions des articles 100 à 118 >> ;

qu'en retenant qu'un marché public, après sa conclusion, relève du droit civil et des principes de droit commun régissant la responsabilité contractuelle, la Cour d'appel a violé l'article 20(2) de la loi du 30 juin 2003 ainsi que les articles 99 à 118 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 ;

que l'arrêt encourt dès lors la cassation. »,

*le **deuxième** moyen, tiré «du défaut de motifs (contradiction), sinon de la violation de la loi, sinon mauvaise interprétation ou fausse application :*

A) Partie critiquée de la décision attaquée :

Attendu que la Cour d'appel retient dans son arrêt, page 6, §2 :

<< Les dispositions des articles 100 et suivants du règlement se limitent toutefois à énoncer les hypothèses dans lesquelles une résiliation, adaptation ou modification du marché public peut intervenir et à tracer les règles auxquelles pareille demande est soumise. Elles n'imposent pas à l'adjudicataire de recourir obligatoirement et en toutes circonstances au mécanisme de la résiliation, de l'adaptation ou de la modification du marché, tel que prévu aux articles 110 et suivants du règlement, et elles n'excluent pas que des travaux puissent être exécutés et soient sujets à rémunération en dehors des éventualités et sans observation des formalités que les dispositions précitées prescrivent. »

B) Ce en quoi la décision encourt le reproche allégué :

*- **première branche** : défaut de motifs (contradiction) :*

Attendu que la Cour d'appel reconnaît dans son arrêt litigieux que les articles 100 et suivants du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 énoncent les hypothèses

dans lesquelles une résiliation, une adaptation ou une modification du marché public peuvent intervenir ;

que les juges reconnaissent encore que lesdits articles précisent les règles auxquelles une pareille demande de résiliation, d'adaptation ou encore de modification doit obéir ;

qu'hormis les cas précisés aux articles 100 et suivants dudit règlement grand-ducal, une résiliation, adaptation ou modification du-marché public n'est pas envisageable ;

que la Cour d'appel affirme pourtant ensuite et de façon contradictoire par rapport à ce qui précède que l'adjudicataire peut recourir à la modification du marché en dehors des éventualités citées par les prédits articles et sans devoir observer les formalités y prévues !

que la Cour d'appel se contredit ainsi dans les motifs en reconnaissant d'une part le caractère contraignant des articles 100 et suivants du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 et en reconnaissant d'autre part à un adjudicataire le droit de faire abstraction de ces mêmes dispositions ;

que le fait de se contredire dans sa motivation constitue un défaut de motivation ;

que partant, l'arrêt encourt la cassation pour défaut de motifs ;

- deuxième branche : violation de la loi :

Attendu que la Cour d'appel s'est référée à des propos tenus prétendument lors d'une << Conférence de Me Marc Thewes >> pour en déduire que, sous le régime de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics et son règlement d'exécution du 7 juillet 2003, les relations entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire relèvent du droit civil et des principes de droit commun régissant la responsabilité contractuelle dès que le marché public a été conclu ;

que pourtant la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics et son règlement d'exécution du 7 juillet 2003 prévoient expressément un régime dérogatoire aux principes de droit commun régissant la responsabilité contractuelle ;

qu'il résulte ainsi de l'article 90(4) du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 concernant l'adjudication du marché que :

<< La conclusion du contrat avec l'adjudicataire a lieu après un délai d'au moins quinze jours à compter de l'information donnée aux autres concurrents suivant les dispositions du paragraphe précédent. Elle a lieu par l'apposition de la signature du pouvoir adjudicateur sur le document de soumission remis par l'adjudicataire >> ;

qu'il résulte encore de l'article 95 du même règlement grand-ducal :

<< (1) Le contrat lie les parties. [...]

(2) De son côté, l'adjudicateur prend, dès la date d'adjudication, les mesures qui s'imposent pour qu'il soit en état de remplir ses obligations aux prix et conditions convenus >> ;

que finalement l'article 99 précise sub << Principe >> :

<< Si, entre la remise de l'offre et l'achèvement des travaux, fournitures ou services, des changements importants se sont produits dans le domaine des prix, des salaires ou des conditions d'exécution, le contrat peut être résilié, adapté ou modifié selon les dispositions des articles 100 à 118 >> ;

que ces articles imposent un principe d'intangibilité du marché public conclu - nécessaire en la matière alors qu'il permet aux autorités publiques d'avoir une certaine sécurité financière et de prévoir utilement les dépenses publiques ;

qu'en décidant qu'à partir de la conclusion du marché, la relation entre adjudicateur et adjudicataire relève du droit commun de la responsabilité contractuelle et que des travaux réalisés dans le cadre d'un marché public peuvent être exécutés et facturés en dehors des cas limitativement prévus par le règlement grand-ducal du 3 juillet 2003 et sans observation des formalités prévues audit règlement, la Cour d'appel a violé les articles 90(4), 95(1), 95(2), 99 et 100 et suivants du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 ;

que l'arrêt encourt dès lors la cassation ;

- troisième branche : mauvaise interprétation de la loi :

Attendu qu'il résulte des articles 90(4), 95(1), 95(2) et 99 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 que le marché public tel que signé lie les parties ;

que si, entre la remise de l'offre et l'achèvement des travaux, les conditions d'exécution du contrat changent, alors il est possible de procéder, le cas échéant et sous certaines conditions, à une résiliation, adaptation ou modification du marché ;

qu'en effet, les exceptions au principe d'intangibilité du marché sont, en vertu de l'article 99 précité, limitativement prévues aux articles 100 à 118 du règlement grand-ducal en question ;

que la Cour d'appel, en ce qu'elle a affirmé que les articles 100 à 118 du règlement grand-ducal se limitent à énoncer des << hypothèses >> dans lesquelles une résiliation, adaptation ou modification du marché public peut être demandée, a fait une mauvaise interprétation de la loi et notamment du terme << peut >> :

<< Si, entre la remise de l'offre et l'achèvement des travaux, fournitures ou services, des changements importants se sont produits dans le domaine des prix, des salaires ou des conditions d'exécution, le contrat peut être résilié, adapté ou modifié

selon les dispositions des articles 100 à 118 >> (article 99 du règlement grand-ducal du 3 juillet 2003) ;

que la Cour d'appel a interprété cet article et le terme << peut >> comme des hypothèses dans lesquelles un adjudicataire a la possibilité, en sus du droit commun de la responsabilité contractuelle, de demander une résiliation, adaptation ou modification du marché public selon les articles 100 à 118 - tout en lui laissant la possibilité de procéder selon le droit commun !

qu'il s'agit pourtant d'une mauvaise interprétation ;

qu'en effet, la loi sur les marchés publics est plus restrictive que le droit commun et le terme << peut >> énonce, en excluant le recours au droit commun de la responsabilité contractuelle, les possibilités selon lesquelles un marché public peut, le cas échéant, être résilié, adapté ou modifié, sous condition de respecter les conditions stipulées dans lesdits articles ;

que le but de la loi sur les marchés publics et de son règlement d'exécution est précisément la prévisibilité des dépenses publiques et l'article doit dès lors être interprété comme excluant le recours à la responsabilité de droit commun - des travaux réalisés dans le cadre d'un marché public et qui n'étaient pas prévus au marché initial ne peuvent être exécutés ou rémunérés si les formalités des articles 100 à 118 ne sont pas respectées ;

que les juges de première instance avaient fait une interprétation correcte des dispositions légales en ce qu'ils ont retenu que chaque adaptation ou modification du marché public doit nécessairement respecter les conditions prévues au règlement grand-ducal du 3 juillet 2003 ;

que partant la Cour d'appel a mal interprété les articles 90(4), 95(1), 95(2), 99 et 100 à 118 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 et l'arrêt en court dès lors la cassation ;

- quatrième branche : fausse application de la loi :

Attendu qu'il résulte des articles 90(4), 95(1), 95(2) et 99 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 que le marché public tel que signé lie les parties :

que les exceptions à ce principe d'intangibilité du marché public sont, en vertu de l'article 99 précité, limitativement énumérés aux articles 100 à 118 du règlement grand-ducal en question ;

que la Cour d'appel, en ce qu'elle a affirmé dans son arrêt attaqué que les articles 100 à 118 du règlement grand-ducal se limitent à énoncer des << hypothèses >> dans lesquelles une résiliation, adaptation ou modification du marché public peut être demandée tout en lui laissant le choix d'agir selon la responsabilité contractuelle de droit commun, a fait une fausse application de la loi ;

qu'en réalité, cet article prévoit le principe de l'intangibilité du marché public à l'exception des cas prévus aux articles 100 à 118 dans lesquels une résiliation, adaptation ou modification du marché devient envisageable sous condition de respecter les conditions stipulées dans lesdits articles ;

qu'en conséquence et contrairement à l'application faite par la Cour d'appel, les articles précités excluent que des travaux non-prévus au marché public initial soient rémunérés si les formalités des articles 100 à 118 ne sont pas respectées ;

qu'au vu de ce qui précède, la Cour d'appel s'est livrée à une mauvaise application des articles 90(4), 95(1), 95(2), 99 et 100 à 118 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 ;

que l'arrêt encourt la cassation de ce chef. »,

le troisième moyen, tiré « (...) de la violation de la loi :

A) Partie critiquée de la décision attaquée :

Attendu que la Cour d'appel retient dans son arrêt, page 5, §4 et §5 :

<< Concernant le changement des conditions d'exécution du marché, il faut distinguer entre les changements imposés par le pouvoir adjudicateur et l'indemnisation du dommage subi par l'adjudicataire à la suite de faits de tiers qui retardent ou rendent plus difficile l'exécution du marché.

Le pouvoir adjudicateur ayant, en tant que maître de l'ouvrage, un pouvoir de direction des travaux, il peut ordonner des changements importants dans les conditions du marché public en cours d'exécution du contrat donnant lieu à des travaux, prestations ou fournitures additionnels. Les modifications du marché peuvent motiver une renégociation du contrat, l'article 114 du règlement de 2003 prévoyant que lorsque les changements imposés à l'adjudicataire dépassent 20% de la valeur du marché, il a la faculté de résilier le contrat ou de provoquer une renégociation afin de rétablir l'équilibre contractuel qui a été compromis. C'est dans ce cadre que l'article 117 du règlement prévoit que la demande de renégociation de l'adjudicataire doit intervenir, sous peine de forclusion, dans le délai d'un mois à partir de la notification des changements, étant précisé que si la demande de renégociation est acceptée, un avenant au contrat sera conclu. >>

B) Ce en quoi la décision encourt le reproche allégué :

- deuxième branche : violation de la loi :

que la Cour a retenu dans son arrêt que, lorsque les changements imposés à l'adjudicataire dépassent 20% de la valeur du marché, l'adjudicataire a la faculté de demander la modification du marché public ;

qu'uniquement dans ce cas spécifique et toujours selon la Cour, l'article 117 du règlement prévoit que la demande de modification de l'adjudicataire doit

intervenir, sous peine de forclusion, dans le délai d'un mois à partir de la notification des changements ;

que le raisonnement de la Cour continue en ce qu'elle affirme que, si un adjudicataire se trouve face à un dépassement qui ne dépasse pas 20% de la valeur du marché, alors le délai de forclusion ne joue pas et il lui est possible de demander à tout moment, et même après le marché, une modification du marché !

qu'il s'agit ici pourtant d'une violation de la loi et notamment des articles 99, 114 et 117 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 ;

qu'en effet l'article 99 précité pose le principe de l'intangibilité du marché public à l'exception des cas limitativement prévus et selon les conditions posées par les articles 100 à 118 ;

que si un adjudicataire ne remplit pas les conditions lui imposées dans lesdits articles 100 à 118 il ne pourra pas bénéficier d'une modification du marché initial, auquel cas le marché initial continue de lier les parties ;

qu'ainsi, l'article 114(2) précise qu'un adjudicataire qui veut voir modifier un marché doit se trouver face à un dépassement supérieur à 20% de la valeur du marché, la demande devant alors être formulée endéans le délai prévu par l'article 117 du règlement grand-ducal ;

que si cette condition d'un dépassement d'au moins 20% n'est pas remplie par l'adjudicataire alors ce dernier ne peut pas bénéficier d'une modification du marché initial !

que la Cour d'appel a pourtant argumenté que la demande de modification/indemnisation par l'adjudicataire est possible si ce dépassement est en-dessous du seuil de 20% du marché initial et que dans ce cas, le délai de forclusion prévu par l'article 117 ne s'applique pas;

qu'une demande en indemnisation pour un changement ne dépassant pas le seuil de 20% du marché initial serait dès lors toujours possible sans risque de forclusion ;

qu'il s'agit ici d'une violation des articles 99, 114 et 117 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 en ce que ces articles prévoient expressément le principe de l'intangibilité du contrat initial à l'exception des cas prévus ;

que faute d'avoir prévu la possibilité d'une modification du marché en cas de changement ne dépassant pas le seuil de 20% de la valeur du marché, la Cour devrait en conclure qu'aucune modification du marché n'est possible !

que l'arrêt encourt dès lors la cassation. »

et

le **quatrième** moyen, tiré « (...) de la violation de la loi, sinon mauvaise interprétation ou fausse application :

A) *Partie critiquée de la décision attaquée :*

Attendu que la Cour d'appel retient dans son arrêt, page 5, §5 et page 6 §3 :

<< Le pouvoir adjudicateur ayant, en tant que maître de l'ouvrage, un pouvoir de direction des travaux, il peut ordonner des changements importants dans les conditions du marché public en cours d'exécution du contrat donnant lieu à des travaux, prestations ou fournitures additionnels. Les modifications du marché peuvent motiver une renégociation du contrat, l'article 114 du règlement de 2003 prévoyant que lorsque les changements imposés à l'adjudicataire dépassent 20% de la valeur du marché, il a la faculté de résilier le contrat ou de provoquer une renégociation afin de rétablir l'équilibre contractuel qui a été compromis. C'est dans ce cadre que l'article 117 du règlement prévoit que la demande de renégociation de l'adjudicataire doit intervenir, sous peine de forclusion, dans le délai d'un mois à partir de la notification des changements, étant précisé que si la demande de renégociation est acceptée, un avenant au contrat sera conclu. [...]

Il s'ensuit que la forclusion prévue à l'article 117 du règlement n'empêche pas la société SOCI) de demander le paiement de travaux supplémentaires qu'elle a pu prester et qui étaient indispensables à l'exécution conforme de sa mission, étant observé, en outre, qu'en l'espèce la preuve n'est pas rapportée que les modifications en cause ont dépassé 20% de la valeur du marché. >>

B) *Ce en quoi la décision encourt le reproche allégué :*

- **deuxième branche** : *violation de la loi :*

Attendu que la Cour d'appel retient dans sa motivation que le délai de forclusion prévu par l'article 117 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 s'applique au seul cas de l'article 114(2) dudit règlement, soit lorsque les changements imposés à l'adjudicataire dépassent 20% de la valeur du marché et que seul dans ce cas précis l'adjudicataire a la faculté de résilier le contrat ou de provoquer une renégociation ;

que pourtant, l'article 117 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 ne fait nullement état de cette restriction au seul cas prévu par l'article 114(2) mais s'applique, de façon générale, à chaque modification demandée en vertu des articles 113, 114(1), 114(2) ou 114(3) ;

que l'article 117 précise en effet :

<< La modification du contrat doit, sous peine de forclusion, être demandée par lettre recommandée et parvenir à l'autre partie dans un délai d'un mois à compter de la survenance de l'événement ou de la notification des changements. La lettre recommandée doit, suivant le cas, motiver l'événement de force majeure ou indiquer

les éléments dont il doit être tenu compte pour l'évaluation contradictoire du préjudice subi >>

que partant, la Cour, en limitant la forclusion prévue par l'article 117 précité au seul cas de l'article 114(2), soit le cas où le pouvoir adjudicateur apporte des changements au contrat entraînant une variation de plus de vingt pour cent de la valeur totale du marché, a violé la loi et précisément l'article 117 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 ;

que l'arrêt encourt dès lors la cassation ;

- troisième branche : mauvaise interprétation de la loi :

Attendu que l'article 117 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 prévoit une forclusion applicable à toutes les demandes de modification du marché public - peu importe l'article à la base de cette demande de modification ;

que selon l'interprétation adoptée par la Cour d'appel, les motifs de modifications autres que celui prévu à l'article 114(2) ne sont plus du tout soumis à un quelconque délai de forclusion en ce que l'article 117 ne leur serait pas applicable ; ces modifications peuvent dès lors être demandées à tout moment et même après la fin du marché mettant le pouvoir public devant un fait accompli et rendant la prévisibilité des dépenses publiques impossible !

que dans la mesure où la Cour a limité la forclusion prévue par l'article 117 dudit règlement grand-ducal au seul cas de l'article 114(2), soit le cas où le pouvoir adjudicateur apporte des changements au contrat entraînant une variation de plus de vingt pour cent de la valeur totale du marché, elle s'est livrée à une mauvaise interprétation du règlement en question ;

que l'arrêt encourt dès lors la cassation ;

- quatrième branche : fausse application de la loi :

Attendu que la Cour d'appel a appliqué la forclusion de l'article 117 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 au seul cas prévu par l'article 114(2), soit le cas où le pouvoir adjudicateur apporte des changements au contrat entraînant une variation de plus de vingt pour cent de la valeur totale du marché ;

qu'une telle limitation de la forclusion à un seul cas de modification du marché public n'est cependant pas prévue par le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 et la Cour a procédé à une fausse application de la loi;

que cette fausse application de l'article 117 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 par la Cour a pour conséquence que tous les autres cas d'ouverture de la modification d'un marché public ne sont plus soumis à un quelconque délai de forclusion ;

que tel n'est pas le texte de l'article 117 précité qui ne fait aucune distinction entre les différents chefs de modification du marché public ;

que partant et au vu de ce qui précède la Cour d'appel s'est livrée à une mauvaise application de l'article 117 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 et l'arrêt encourt la cassation de ce chef. ».

Pour faire droit à la demande de la défenderesse en cassation, la Cour d'appel a retenu :

« Contrairement à l'avis des juges de première instance, il est admis que, nonobstant l'application au marché public conclu entre le SYNDICAT et la société SOCI) des règles découlant de la loi du 30 juin 2003 et de son règlement d'exécution du 7 juillet 2003, une fois le contrat conclu, les relations entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire relèvent du droit civil et des principes de droit commun régissant la responsabilité contractuelle.

(...) l'administration peut également être responsable envers l'adjudicataire de faits qui, bien que n'entraînant pas une modification des prestations prévues au contrat, lui causent néanmoins préjudice. Tel est le cas, notamment, de faits de tiers qui retardent l'exécution des travaux ou la rendent plus difficile. En effet, il appartient au maître de l'ouvrage de mettre à la disposition de l'entrepreneur les lieux où doivent s'exécuter les travaux et si l'entrepreneur ne peut commencer ou continuer l'ouvrage comme il avait été contractuellement prévu, c'est le maître de l'ouvrage qui doit supporter les conséquences de cette situation, quitte à se retourner contre les responsables.

Le présent litige s'inscrit dans ce dernier contexte, la société SOCI) réclamant le paiement de prestations et coûts supplémentaires par rapport au marché initial liés à des retards et empêchements ayant affecté le chantier dont le SYNDICAT serait responsable en tant que maître d'œuvre et qui ont été nécessaires à l'exécution conforme de la commande principale.

S'agissant d'une demande indemnitaire, la charge de la preuve incombe à l'adjudicataire, aussi bien en ce qui concerne les faits qu'il invoque qu'en ce qui concerne le dommage qu'il allègue. ».

La décision de la Cour d'appel est donc fondée sur le motif déterminant de la responsabilité contractuelle de droit commun.

Il en suit que les quatre moyens, pris dans les différentes branches, en ce qu'ils critiquent les développements de l'arrêt attaqué portant sur une résiliation, une adaptation ou une modification du marché public, sont inopérants.

Sur la demande en allocation d'une indemnité de procédure :

Il serait inéquitable de laisser à charge de la défenderesse en cassation l'intégralité des frais exposés non compris dans les dépens. Il convient de lui allouer une indemnité de procédure de 2.500 euros.

PAR CES MOTIFS,

la Cour de cassation :

rejette le pourvoi ;

condamne le demandeur en cassation à payer à la défenderesse en cassation une indemnité de procédure de 2.500 euros,

condamne le demandeur en cassation aux dépens de l'instance en cassation avec distraction au profit de la société à responsabilité limitée MOLITOR Avocats à la Cour, sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le président Jean-Claude WIWINIUS en présence de l'avocat général Marc SCHILTZ et du greffier en chef de la Cour Lily WAMPACH.