

Arrêt civil.

Audience publique du neuf janvier deux mille treize.

Numéro 32685 du registre.

Composition:

*Gilbert HOFFMANN, premier conseiller, président;*  
*Brigitte KONZ, conseillère;*  
*Danielle SCHWEITZER, conseillère, et*  
*Jean-Paul TACCHINI, greffier.*

*Entre :*

**SOC.1.)**, établissement public ayant son siège à L-(...),

*appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou Thill de Luxembourg en date du 21 mars 2007,*

*comparant par Maître Mathias Poncin, avocat à Luxembourg,*

*e t :*

**1) SOC.2.) société à responsabilité limitée**, établie et ayant son siège social à L-(...),

*intimée aux fins du susdit exploit Jean-Lou Thill,*

*comparant par Maître Dominique Bornert, avocat à Luxembourg,*

**2) ÉTAT DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG**, ayant son ministère d'État à Luxembourg, 4, rue de la Congrégation,

*intimé aux fins du susdit exploit Jean-Lou Thill,*

*comparant par Maître Jean Welter, avocat à Luxembourg.*

## LA COUR D'APPEL:

### I) Faits et rétroactes procéduraux

L'association sans but lucratif SOC.1.), créée à l'initiative de l'Etat le 4 juin 1996 par différentes cliniques et fondations, avait pour objet statutaire la mise en place d'un « SOC.1.) », appelé SOC.1.), ainsi que l'exploitation et le fonctionnement dudit centre.

Le 19 février 1997, ladite association avait lancé un appel de candidatures pour la conception, la planification et la réalisation du SOC.1.) à (...). Il était entendu que le financement des travaux devait être assuré moyennant subvention étatique à raison de 80 % du coût (lettre de SOC.1.) du 2 avril 2001).

Suivant cahier des charges du 16 juin 1997, les travaux devaient être réalisés en entreprise générale, clé en main. Le marché des travaux était à passer sous la forme d'un « marché négocié », à un prix global révisable (p. 12 du cahier des charges).

Dans le cahier des charges, l'association SOC.1.) se désigne comme le « commettant » du marché ; le cahier des charges énonce que « le soumissionnaire retenu pour la conception et l'exécution des travaux du SOC.1.) est nommé l'adjudicataire ».

S'agissant d'un marché négocié, le cahier des charges précise que « les projets ne seront pas jugés de manière anonyme » (clause 2.7., p. 9) ; les projets sont à examiner sous le rapport de leur conformité aux critères par ledit commettant, assisté d'architectes et d'ingénieurs, tandis que le choix de l'adjudicataire est confié à une commission dont les membres ont été désignés par le commettant SOC.1.). Il s'agit de représentants de différents ministères de l'Etat, de représentants de SOC.1.), outre le représentant de la ville de (...).

Le 19 novembre 1997, la commission d'adjudication avait décidé de retenir, parmi les projets de trois entreprises présélectionnées, celui de SOC.2.) SARL (ci-après SOC.2.)). Ladite société en fut informée officiellement par lettre de SOC.1.) du 3 avril 1998 (« La présente pour vous confirmer que la commission d'adjudication a décidé à l'unanimité (...) de retenir l'offre présentée par votre société dans le cadre de l'offre-concours (...) »). Sur ce, SOC.2.) avait effectué, à la demande de SOC.1.), des études de détail en vue d'entamer les procédures d'autorisation.

Par lettre du 9 avril 1998, la société SOC.2.), faisant état de « problèmes (...) concernant le financement, le choix du terrain, etc. » demandait au Ministère de la Santé « des assurances sur les responsabilités et l'engagement éventuel (*dudit ministère*) à l'égard du projet ».

SOC.1.), dans sa lettre antérieure précitée du 3 avril 1998, avait fait remarquer à SOC.2.) qu'elle « reconferme les réserves faites

antérieurement pour le cas où la réalisation du projet serait compromise pour des raisons indépendantes de (sa) volonté ».

Par factures s'échelonnant du 30 avril 1998 au 15 juillet 1998, la société SOC.2.) mettait en compte à l'association SOC.1.) le prix des études de détail de 38.715.045 frs TTC pour les dossiers dits « D.1.) » et « projet de loi spéciale », et un forfait de 448.500 frs TTC pour le dossier D.2.). Les factures furent réglées les mois suivants par SOC.1.).

Par lettre du 10 juin 1998 à SOC.1.), SOC.2.) avait fait le point sur l'état d'avancement du projet. Avant de signer le contrat du marché, il restait, suivant ladite lettre, à actualiser le prix, compte tenu notamment de différentes options à prendre relativement aux « lots techniques spéciales » et compte tenu des travaux supplémentaires requis et, d'une façon générale, de l'évolution des prix. Avant que le chantier ne soit mise en œuvre, il restait des autorisations à délivrer.

Intervient ensuite une loi du 21 juin 1999 « autorisant l'Etat à participer au financement (...) de certains établissements hospitaliers ». Parmi les projets visés se trouve le projet de construction du SOC.1.) au site de (...). Il est mentionné dans ladite loi que les terrains domaniaux sur le site de (...) sont réaffectés à la réalisation du SOC.1.).

Plus tard, dans la lettre du bureau d'architectes de SOC.2.) du 10 octobre 2000, il est question de la décision de transposer le projet SOC.1.) à (...). Le bureau d'architectes avait proposé des variantes d'implantation sur le nouveau site. En décembre de la même année, le gouvernement, reconfirmant le choix du site au (...), avait décidé de faire réaliser le SOC.1.) au site du (...) par l'association SOC.1.) après une nouvelle procédure d'adjudication du marché. En même temps, l'Etat avait mis en route un projet de loi visant à la création d'un établissement public à charger de la gestion du nouveau centre et il avait acquis des terrains au (...) pour les mettre à disposition pour la réalisation du nouveau centre.

Ensuite, par décision datée du 2 avril 2001, l'association SOC.1.), se référant à la « décision du Conseil du gouvernement du 11 octobre 2000 d'implanter le (SOC.1.) à (...) », et considérant qu'en raison du choix d'un nouveau site, les bases de l'adjudication ont été substantiellement changées, a annulé la « mise en adjudication » du 19 février 1997. Cette décision a été communiquée à SOC.2.) par lettre du Ministre de la Santé du 26 avril 2001. Entre-temps, le règlement grand-ducal du 18 avril 2001 établissant le plan hospitalier national a, dans son annexe 1, sorti le SOC.1.) de la région hospitalière du Sud.

Par assignation du 12 juillet 2001 devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, SOC.2.) SARL a requis la condamnation *in solidum* de l'ASBL SOC.1.) et de l'Etat au paiement de dommages-intérêts de 12.394.676 € (500 millions de francs) pour rupture abusive des relations contractuelles.

En cours de première instance, l'établissement public SOC.1.) (ci-après SOC.1.), créé par une loi du 19 décembre 2003, a repris l'instance en lieu et place de l'association SOC.1.) qui a été dissoute avec transmission de son patrimoine audit établissement.

Par jugement du 20 décembre 2006, le tribunal d'arrondissement a dit la demande fondée en tant que dirigée contre l'établissement public SOC.1.) sur la base de la responsabilité contractuelle et a rouvert les débats pour de plus amples conclusions sur la responsabilité de l'Etat et sur l'étendue du dommage à réparer.

Par acte d'huissier du 21 mars 2007, le SOC.1.) a relevé appel de ce jugement. Il avait été demandé aux parties SOC.2.) et SOC.1.) de prendre des conclusions de synthèse au sens de l'article 578 NCPC. La partie SOC.1.) n'a pas voulu y donner suite en indiquant que son « acte appel peut être considéré comme conclusions de synthèse » (lettre de Me Mathias Poncin du 3 mai 2011 ; lettre du conseiller de la mise en état du 31 mai 2011). Cela étant, la Cour n'aura donc égard, pour ce qui concerne la partie SOC.1.), qu'au seul acte d'appel.

## II) Quant à « l'adjudication »

Le tribunal d'arrondissement a considéré que « la décision d'adjudication » prise par la commission d'adjudication, notifiée à SOC.2.) par SOC.1.), valait passation du contrat, ce par application de l'article 32, paragraphe 8, du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 disposant ce qui suit : « L'adjudication vaut passation du contrat si elle a lieu dans le délai prévu ou dans le délai accepté par le soumissionnaire. L'adjudicataire en est informé par écrit ».

La partie appelante, repoussant toute formation de relations contractuelles entre parties, critique l'application de cette disposition au marché public passé sous la forme d'un marché négocié. Elle a fait valoir qu'aucun contrat de marché négocié ne s'est formé à défaut de fixation du prix définitif et de commande globale. La partie SOC.2.) se rallie sur le point en question aux motifs des premiers juges.

Pour répondre aux conclusions des deux parties litigantes, la Cour fait les remarques suivantes.

### A) Les textes légaux

L'article 2 dudit règlement grand-ducal, relatif aux modes de passation des marchés publics, vise les marchés passés par soumission publique et ceux passés par soumission restreinte et les marchés de gré à gré. La procédure de « marché négocié », elle, a été introduite en droit luxembourgeois par le règlement grand-ducal du 27 janvier 1994 portant application des directives CEE relatives aux marchés publics. Le cahier des charges du 16 juin 1997 régissant le marché en cause lui rend applicable les deux règlements grands-ducaux précités.

Le marché de gré à gré – qui, aux termes de l'article 5 du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989, n'est pas soumis « au recours obligatoire à la publicité et à la concurrence » et qui « consiste à confier (...) l'exécution d'une prestation au gré du consultant » – ne tombe pas, de par sa nature, sous la disposition de l'article 32, paragraphe 8 en question. La conclusion

du marché de gré à gré est régie par les principes généraux régissant les contrats de droit civil.

Le texte même du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 ne laisse pas de doute sur ce que la disposition du paragraphe 8 de l'article 32 s'applique uniquement aux marchés passés par soumission publique ou par soumission restreinte.

En effet, les conditions du délai d'adjudication visées à l'article 32, paragraphe 8 sont explicitées à l'article 26 qui prend comme point de départ du délai l'ouverture de la soumission. Le dépôt et l'ouverture des soumissions sont régis par l'article 29. Les articles 26 et 29, de même que l'article 32 réglementant strictement le choix de l'adjudicataire, s'insèrent dans le cadre d'une soumission publique ou d'une soumission restreinte. La disposition du paragraphe 8 de l'article 32 s'enchaînant spécialement à ces articles ne peut, techniquement parlant, s'appliquer qu'aux marchés passés par soumission publique ou par soumission restreinte.

Il suit de ces articles pris ensemble que la disposition de l'article 32, paragraphe 8, du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 s'applique uniquement aux marchés passés par soumission publique ou par soumission restreinte.

Dans la nouvelle réglementation, telle qu'elle résulte du règlement grand-ducal du 27 janvier 1994 introduite dans la loi du 4 avril 1974 relative au régime des marchés publics, le pouvoir adjudicateur peut, dans certains cas, suivant l'article VIII dudit règlement, se dispenser de procéder par soumission publique ou par soumission restreinte avec présélection, en recourant au marché négocié. En règle générale, le recours au marché négocié exige la publication d'un avis d'adjudication avec sélection de candidats. Dans la procédure de marché négocié, le pouvoir adjudicateur engage librement des négociations avec le ou les candidats de son choix (art. VI, paragraphes 9 et 10).

L'article 32, paragraphe 8, du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 ne s'applique pas plus à la procédure de marché négocié qu'au marché de gré à gré, ne serait-ce que pour la raison que, dans l'un et l'autre cas, il y a passation d'un contrat après discussions entre parties et non pas simplement adjudication en bloc valant passation de contrat.

Cette conclusion se justifie aussi dans la présente affaire au regard des dispositions du cahier des charges régissant le marché en cause.

## B) Le cahier des charges

L'analyse du cahier des charges se révèle difficile en ce qu'il y est question à la fois 1) d'une « intention de commande » intervenant après le choix de l'entrepreneur pour réaliser le projet, 2) d'une commande intervenant avant la phase des procédures d'autorisations et 2) de la signature du contrat définitif avec paiement d'un acompte après mise au point des dossiers d'autorisation.

La Cour rappelle que, conformément au cahier des charges, SOC.1.), soit le commettant, avait sélectionné trois candidats pour présenter une « offre concours ». La société SOC.2.) avait présenté une offre avec descriptif général de l'ouvrage et plans. La fonction de la commission d'adjudication était de choisir « l'adjudicataire » (cahier des charges, point 2.7., p. 9) – le cas échéant, après avoir demandé « des modifications des projets et des offres » (point 2.7., p. 11) –, mais non pas d'adjuger le marché. La commission s'était décidée pour le projet présentée par SOC.2.). SOC.2.) a donc été choisie comme « adjudicataire » pour la réalisation complète de l'ouvrage, clé en main.

Par lettre du 3 avril 1998, SOC.1.) a informé SOC.2.) que son offre a été retenue et a souligné « être prête à entrer avec (SOC.2.) dans la phase dite de constitution du dossier et des négociations précédant la commande (...) ». Cette remarque est en accord avec le cahier des charges qui, d'une part, prévoit, après le choix de l'adjudicataire, une phase appelée « constitution du dossier du marché et commande », suivie d'une phase « procédures d'autorisations et planification de détail » (point 1.3.1., p. 6) et qui, d'autre part, stipule, au point 3.2.9.1. (page 34), intitulé « constitution du dossier du marché », que « dès notification par SOC.1.) de l'intention de commande, l'adjudicataire établira le dossier de son offre comprenant les plans éventuellement mis à jour (...) ».

Suivant le cahier des charges, la commande globale proprement dite, avec signature du contrat définitif, intervient à un stade ultérieur. A ce propos, le point 3.2.9.2. du cahier des charges, intitulé « autorisations/avis », dispose *in fine* que « la signature du contrat définitif et la libération du paiement d'acompte ne pourront avoir lieu que sur présentation des accusés de réception des différentes administrations et organismes déclarant les dossiers complets ». Il s'agit, suivant le point 3.2.9.2. des dossiers d'autorisation suivants, à savoir le dossier de l'autorisation de bâtir à déposer à la commune de (...), le dossier de l'autorisation d'exploitation à déposer à l'administration du Travail et des Mines, la demande d'agrément de l'installation de cuisine à introduire à l'Inspection sanitaire, le plan du réseau informatique à déposer à SOC.3.), les plans et concepts énergétiques à déposer à l'agence de l'Energie, les demandes de raccordement. L'acompte susvisé est destiné à rémunérer « l'investissement engagé dans la phase conception » et est de 3 % du montant total de l'offre (point 3.2.4., p. 24). Suivant le point 3.2.4., cet acompte « est accordé à la commande ». La « commande » signifie donc clairement le contrat définitif dont il est question au point 3.2.9.2., dernier alinéa précité.

Jusqu'à-là, avant la passation du contrat définitif, le cahier des charges, au point 3.2.9. des clauses contractuelles particulières, met des « devoirs spéciaux » à la charge de l'adjudicataire. Il s'agit, dans la phase « constitution du dossier », (v. ci-dessus, point 3.2.9.1. du cahier des charges) de la remise des plans « mis à jour », et des pièces supplémentaires requises avant le début des travaux (polices d'assurances, plan sécurité et santé, ...), et, dans la phase « procédures d'autorisation et planification de détail », de l'introduction, pour compte du commettant, des dossiers d'autorisation et des demandes de

raccordement. Après exécution de ces devoirs pourra intervenir la signature du contrat définitif (v. *supra*).

En résumé, il ressort des développements qui précèdent que, suivant le cahier des charges, la procédure de marché négocié a comporté plusieurs étapes menant à la conclusion du contrat définitif. Le choix réalisé par la commission d'adjudication au début de la « procédure » n'a pas noué le contrat de marché négocié justement pour la raison que le marché public a été conclu sous la forme du marché négocié et non pas sous celle d'une soumission restreinte.

### III) Les relations entre parties : accord de principe sous réserves

#### A) L'accord de principe

La Cour considère que, contrairement aux conclusions de la partie SOC.2.), le stade des négociations n'était pas terminé avec le choix de SOC.2.) comme « adjudicataire », suivi par la notification à SOC.2.) par lettre du 3 avril 1998. La soumission introduite par SOC.2.) a été retenue dans le cadre de la procédure de marché négocié comme offre sujette à négociations et à adaptations avant la conclusion du marché négocié.

Le cahier des charges exige en effet pour la conclusion du marché « la signature du contrat définitif » ; SOC.2.) reconnaissait ce point dans sa lettre précitée du 10 juin 1998. A cela s'ajoute qu'en fait SOC.1.) avait demandé des modifications de plans (v. lettre de SOC.2.) du 11 mai 1998), elle avait encore à se prononcer sur des options relativement aux lots techniques spéciales, elle avait demandé des suppléments. Il ressort de la lettre de SOC.1.) du 19 juin 1998 que le prix de la commande globale restait à déterminer, compte tenu des plus-values résultant des suppléments demandés et des moins-values résultant de l'adaptation du projet. SOC.1.) avait fait savoir dans la même lettre que « les travaux imposés par l'inspection du Travail et des Mines et par l'administration de l'Environnement ne seront considérés comme suppléments que dans la mesure où ils résultent de nouveaux textes et exigences non connus le 30 novembre 1997 ». Il se vérifie donc dans les faits que l'approbation de la soumission de SOC.2.) par la commission d'adjudication n'a pas valu conclusion du marché négocié. SOC.1.) était le maître de l'ouvrage à qui il incombait de faire avancer l'élaboration du projet en vue de la conclusion du marché négocié.

Suivant la partie SOC.1.), les commandes spécifiques de SOC.1.) et ayant donné lieu à paiement spécial s'inscriraient dans la phase précontractuelle, préliminaire de la « constitution du dossier du marché ». La partie SOC.1.) expose encore dans le cadre de la formation du contrat que, dans sa lettre du 3 avril 1998, SOC.1.) disant « reconfrmer les réserves faites antérieurement » a visé par-là la question du site d'implantation. Selon l'appelante, le site d'implantation du SOC.1.) était un élément déterminant et essentiel du marché à conclure. Elle expose que lors de la campagne des élections législatives de juin 1999, le site d'implantation fut de nouveau remis en question. Elle conclut en ces termes que « tant l'ASBL que SOC.2.) étaient conscientes que le contrat

ne pouvait être conclu que pour autant que le site soit maintenu après les élections législatives ».

En l'espèce, dans sa lettre précitée du 3 avril 1998, SOC.1.) s'est dite non seulement « prête à entrer avec (SOC.2.) dans la phase dite de constitution du dossier et des négociations précédant la commande », mais a encore confirmé la commande à SOC.2.) portant sur l'élaboration des dossiers dits « projet de loi spéciale » et « D.1.) » en vue de la procédure d'engagement financier de l'Etat et de l'exécution du projet. Ces commandes, outre celle du D.2.), s'insèrent au point 1.3.1. où il est question d'une « commande » qui précède la phase dite « procédures d'autorisations et planification de détail ». Il s'agit de prestations qui font partie de la phase dite « procédures d'autorisations et de planification de détail ». Dans le cadre de la « constitution du dossier du marché » et en exécution de ces commandes, SOC.2.) a mis au point les plans d'architecture d'après les directives et souhaits de SOC.1.) et a élaboré des descriptifs techniques pour les dossiers d'autorisation visés ci-dessus (v. point 3.2.9.2. ; lettres de SOC.2.) du 11.5. 98 et du 14.5.98). SOC.2.) a demandé le paiement spécial de ces prestations. Jusqu'à ce point d'avancement de la procédure de marché négocié, SOC.1.), à défaut de passation du marché par écrit conformément au point 3.2.9.2. du cahier des charges, dernier alinéa précité, n'a pas passé commande à SOC.2.) pour la réalisation du marché dans son ensemble.

En résumé, par sa lettre du 3 avril 1998, SOC.1.) avait non seulement manifesté envers SOC.2.) son « intention de commande » au sens du point 3.2.9.1. – c'est-à-dire son intention de conclure le contrat de marché négocié avec SOC.2.) –, mais avait encore passé commande à SOC.2.) de prestations spéciales de grande envergure visant à finaliser la planification du marché. La Cour en tire la conclusion qu'il existe à la fois un accord de principe pour confier à SOC.2.) la conception et la réalisation des travaux du marché et un avant-contrat portant sur les études de détail devant précéder la conclusion du contrat définitif.

## B) Les réserves

La partie SOC.2.) a conclu en ces termes que, « contrairement à ce qu'affirme SOC.1.), lors de sa résiliation, le contrat n'était soumis à aucune réserve » et que « les prétendues réserves que contiendrait le courrier du 3 avril contreviennent frontalement à la législation sur les marchés publics » (p. 14 des conclusions de synthèse).

L'accord de principe a été conclu sous la réserve – exprimée dans la lettre officielle du 3 avril 1998 (les courriers d'avocat visés dans la lettre de SOC.2.) du 9 avril 1998 à SOC.1.) n'ont pas été versés en cause) – que la réalisation du projet ne soit pas compromise pour des raisons indépendantes de la volonté de SOC.1.).

Il ressort de la lettre précitée de SOC.2.) du 9 avril 1998 au ministre de la Santé que les problèmes non résolus jusque-là tenaient au financement du projet et au choix définitif du terrain à construire, questions à propos desquelles SOC.2.) a voulu être rassurée.



La question du financement a été résolue par la loi précitée du 21 juin 1999 pour autant que la construction devait être implantée sur le site à (...). A la même époque, la question du choix du terrain avait été remise en question au sein du gouvernement.

Mais dès avant la notification du 3 avril 1998, SOC.2.) savait pertinemment, comme l'a fait remarquer la partie SOC.1.) (v. *supra*), que la réalisation du projet à (...) pouvait être compromise par un changement à venir de la part du gouvernement quant à la ville où le centre devait être situé.

Eu égard à cette incertitude, SOC.1.), en insérant la clause de réserve dans la lettre d'intention de commande du 3 avril 1998, a voulu se prémunir contre son éventuelle responsabilité en se réservant le droit de revenir sur son engagement au cas où l'Etat lui-même reviendrait sur les conditions de réalisation du SOC.1.), étant donné que l'association SOC.1.) était directement dépendante de l'Etat notamment pour ce qui concerne la mise à disposition du terrain de construction, sachant que la décision sur le lieu de situation du Centre est prise par l'Etat dans le cadre de sa politique hospitalière.

Aussi la signature du marché a-t-elle été tenue en suspens en attendant que l'Etat prenne une décision définitive sur le choix du site d'implantation. Ce fut finalement les derniers mois de l'an 2000, plus précisément par décision du conseil du gouvernement du 11 octobre 2000, que le gouvernement s'était décidé définitivement pour le site à (...). Cet état des choses explique aussi qu'en attendant, les parties eussent collaboré sur base de commandes spécifiques de prestations ayant donné lieu à des rémunérations spéciales (v. *supra*), bien que ces prestations fussent comprises dans le prix global de l'offre (points 3.2.2.1., p. 19 ; 3.2.4., al. 4, p. 24).

L'argument de la partie SOC.2.) opposant ne pas avoir consenti à la clause de réserve ne saurait valoir. La clause est opposable à SOC.2.). Si SOC.2.) n'a pas voulu l'accepter, il lui aurait appartenu de se retirer du marché. SOC.2.) ayant par la suite œuvré pour la mise au point du projet est tenue pour avoir accepté la clause de réserve.

La lettre de SOC.2.) du 9 avril 1998 évoquant un « engagement irrévocable » de SOC.1.) vise, non pas le marché global, comme le soutient la partie SOC.2.), mais son engagement de faire réaliser, suivant ladite lettre, « les premières études conformément aux termes de notre (c.-à-d. de SOC.2.) lettre du 31 mars 1998 ». Il s'agit des prestations à réaliser en vue des dossiers dits « projet de loi spéciale » et « D.1. » visés ci-dessus.

Pour répondre aux conclusions de la partie SOC.2.), la Cour fait remarquer que la clause de réserve ne contrevient pas l'article 32, paragraphe 8 précité du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989, ce pour la raison que ladite disposition ne s'applique pas à la procédure de marché négocié (v. *supra*).

La partie SOC.2.) a encore opposé le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 31 du même règlement grand-ducal, article relatif aux conditions d'abandon et d'annulation d'une mise en adjudication avec remise en adjudication et qui dispose ce qui suit : « Les marchés par adjudication comportent obligatoirement l'attribution du marché, s'il a été reçu au moins une soumission répondant aux conditions de l'adjudication. Toutefois, le ministre, après décision dûment motivée par Gouvernement en conseil, peut renoncer à une adjudication ». Cette disposition, *strictu sensu*, ne s'applique pas au stade actuel de la procédure de conclusion du marché négocié où il existe un accord de principe pour l'attribution du marché à SOC.2.) et dont l'exécution est en jeu.

La clause de réserve ne contrevient pas à la réglementation des marchés publics. Elle est, au contraire, une application de l'article 31 du règlement grand-ducal précité qui, au paragraphe 2, dispose ce qui suit : « Sans préjudice d'autres causes de nullité, une mise en adjudication peut être annulée pour les motifs suivants : (...) c) si, à la suite de circonstances imprévues, les bases d'adjudication ont subi des changements substantiels ». Si la prédite disposition permet d'annuler une mise en adjudication pour circonstances imprévues entraînant un changement substantiel des bases d'adjudication, il est permis aussi de transposer cette disposition dans la sphère contractuelle en stipulant dans la lettre du 3 avril 1998 marquant le début de la phase contractuelle, une clause de réserve visant des circonstances dont l'éventuelle survenance s'opposerait à la conclusion du contrat de marché négocié conformément aux « bases d'adjudication ».

#### IV) « L'annulation de la mise en adjudication »

L'Etat s'étant finalement décidé pour le site à (...), la réalisation du projet au site initialement choisi était, pour l'association SOC.1.), « compromise pour des raisons indépendantes de sa volonté », suivant les termes de la clause de réserve à laquelle était soumis l'accord de principe de conclure le marché négocié avec la société SOC.2.).

Il ne conçoit pas en effet que l'association SOC.1.) ait pu poursuivre le projet initial au mépris de la politique hospitalière telle qu'elle a été décidée par l'Etat dans le règlement grand-ducal prévu du 18 avril 2001 sur le plan hospitalier national et sans disposer ni d'un financement propre ni surtout du terrain de construction au site à (...), toutes questions pour lesquelles SOC.1.) dépendait directement de l'Etat.

La partie SOC.2.) a conclu en ce sens que les réserves auraient été levées, d'une part, par l'effet de la loi précitée du 21 juin 1999 « autorisant l'Etat à participer au financement (...) de certains établissements hospitaliers », loi qui aurait repris une décision du conseil du gouvernement du 18 décembre 1998 – non versée en cause – ayant fixé la participation de l'Etat à 90 % des dépenses et confirmé l'implantation de la construction sur le site à (...). D'autre part, les réserves auraient été levées par suite des prestations exécutées jusque-là par SOC.2.).

Comme l'indique la partie SOC.2.) elle-même dans ses conclusions, elle avait accepté de suspendre les travaux dans l'attente de la décision

gouvernementale sur le financement. La question du financement a été résolue par la loi précitée du 21 juin 1999 pour autant que la construction devait être implantée sur le site à (...). Cette loi avait créé les conditions pour la réalisation du SOC.1.) audit site. La prise de décision définitive quant au site avait été tenue en suspens dans la période après les élections de la mi-1999 où la coalition gouvernementale avait décidé un moratoire d'une année pour décider du nouveau plan hospitalier, y compris la question de la ville d'implantation du SOC.1.). Quoi qu'il en soit de la décision de l'Etat, il reste que la partie cocontractante SOC.1.), pour sa part, n'avait pas directement ou indirectement donné mainlevée de la réserve contractuelle. L'exécution des travaux préparatoires n'a pas emporté mainlevée de la réserve, ce pour la raison que la réserve a été formulée dans la lettre même par laquelle SOC.1.) avait fait entreprendre les prestations dont il est question ci-dessus. Dans la même ligne, la partie SOC.2.) a invoqué une commande du 2 juillet 1999 – non versée en cause – portant prétendument sur « l'installation du panneau de chantier ». Ce point mineur est impuissant à valoir mainlevée implicite de la réserve.

La partie SOC.2.) a encore invoqué l'inobservation des conditions de fond, de forme et de délai énoncées à l'article 37 relatif à la résiliation et à la modification des marchés publics pour des motifs économiques. Cet article ne s'applique pas, comme la résolution est intervenue conformément à la clause de réserve qui a intégré au champ contractuel la condition d'un changement substantiel bouleversant les bases d'adjudication, condition prévue à l'article 31, (2), c) précité.

A l'époque de l'avis du 3 avril 1998, la question du site avait été débattue publiquement et SOC.2.) avait parfaitement connaissance de la problématique comme cela résulte de sa lettre précitée du 9 avril 1998. La décision sur le site était indépendante de SOC.1.). Le fait que la commission d'adjudication – qui n'est pas un organe de gestion ou de direction de SOC.1.) – ait été composée, entre autres, de représentants de divers ministères de l'Etat à raison de 4 membres sur dix n'y change rien.

Contrairement aux conclusions de la partie SOC.2.), le site de construction a été un élément déterminant du marché. Le choix d'un nouveau site de construction a modifié substantiellement un élément de base du contrat, et donne lieu, non pas simplement à une adaptation du contrat à une nouvelle donnée, mais à un nouveau contrat. Aussi SOC.1.) avait-elle lancé un nouvel appel d'offres pour la réalisation du centre au (...). A noter que les procédures engagées par SOC.2.) devant les juridictions administratives contre la nouvelle procédure d'appel de candidatures et visant à annuler la décision litigieuse de SOC.1.) du 2 avril 2001 n'avaient pas abouti.

Dans le cahier des charges même, le marché est textuellement lié à l'implantation de l'ouvrage sur le site à (...), au lieu-dit « ... ». A cela s'ajoute que, parmi les critères d'évaluation des offres, figure, dans le cahier des charges, le critère « exploitation du site et approche urbanistique » (point 2.10., p. 10). Parmi les plans à dresser figurent celui du terrain et des infrastructures et les plans des alentours (point 3.2.1.3.,

p. 17, 18). SOC.2.) a reconnu dans sa lettre du 16 mai 2001 que la transposition du projet vers le nouveau site entraîne une adaptation des prix. Or le bordereau des prix de réalisation de l'ouvrage fait partie de l'offre et le prix global, une fois fixé, ne pourra plus être remis en cause ultérieurement, « quelle que soit l'évolution du projet » (point 3.2.2.1., p. 19), sous réserve des seules adaptations de prix visées au cahier des charges, lesquelles ne concernent pas les difficultés d'exécution du fait du terrain, car l'offre a dû en tenir compte (point 2.5., p. 9).

La partie SOC.2.) a évalué le préjudice subi à 500 millions de francs pour les deux postes « manque à gagner essentiellement » et « frais généraux non couverts ».

En conclusion des développements qui précèdent, la résolution de l'accord était intervenue conformément aux prévisions contractuelles. Elle était devenue effective envers SOC.2.) à la date de sa notification le 26 avril 2001. L'association SOC.1.) n'a donc pas engagé sa responsabilité contractuelle envers la société SOC.2.) pour ce qui concerne « l'annulation » de la procédure de marché négocié. La société SOC.2.) n'est pas fondée à demander réparation pour le gain manqué (*lucrum cessans*). Il reste en théorie la question de l'indemnisation pour les frais occasionnés et des dépenses exposées en vue de la réalisation du marché jusqu'à la résolution de l'accord, question à régler au titre des restitutions dans le cadre de la remise des choses en l'état antérieur.

Les prestations réalisées dans le cadre des étapes de la procédure de conclusion du marché négocié sur la base des commandes spécifiques et pour lesquelles SOC.2.) a été rémunérée spécialement ne sont pas affectées par la résolution. Pour le reste, l'accord de principe a été résolu dans son ensemble.

Contrairement aux conclusions de la partie SOC.2.), l'article 1794 C. civ. ne s'applique pas pour déterminer l'indemnisation, la résolution n'étant pas intervenue unilatéralement par le maître de l'ouvrage ; les articles 1382 et 1383 C. civ. ne sont pas à appliquer en présence du susdit accord, ce en vertu de la règle du non-cumul de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle ; la demande en réparation est donc à déclarer irrecevable pour autant qu'elle est fondée sur la responsabilité délictuelle de SOC.1.).

La partie SOC.2.) a encore fait grief à SOC.1.) d'avoir tardé jusqu'au 2 avril 1998 pour lui annoncer sa décision d'annuler la mise en adjudication alors que la décision du gouvernement de changer de site remonte au 11 octobre 2000. Ce grief reste cependant sans conséquence sur le plan de la responsabilité et, partant, de l'indemnisation, la partie SOC.2.) n'ayant pas fait valoir de préjudice spécial en relation causale avec ledit retard.

#### V) Le surplus

La partie SOC.1.) a conclu pour la première fois en instance d'appel, en ordre subsidiaire, à voir condamner l'Etat à la tenir quitte et indemne de toute condamnation à intervenir.

SOC.1.) n'ayant pas engagé sa responsabilité contractuelle, cette demande est devenue sans objet pour ce qui concerne les postes de préjudice que SOC.2.) a fait valoir.

La partie SOC.2.) a conclu à voir retenir la responsabilité de l'Etat à son encontre sur base de la responsabilité délictuelle. Elle a conclu à la condamnation *in solidum* du SOC.1.) et de l'Etat au paiement de 12.394.676 €, sinon à voir instituer une expertise sur le préjudice subi.

La partie Etat, de son côté, a relevé appel incident du jugement déferé qu'elle critique, en substance, pour ne pas l'avoir d'emblée mise hors de cause.

Les premiers juges avaient sursis à statuer sur la responsabilité de l'Etat. L'appel incident est en soi irrecevable en application de l'article 579 NCPC au motif qu'aucune décision n'a été prise au fond sur la responsabilité de l'Etat.

Les conditions d'évocation de l'article 597 NCPC ne sont pas données quant à ce volet ; il y a donc lieu de renvoyer les parties devant le tribunal d'arrondissement pour le jugement sur la question de la responsabilité de l'Etat envers SOC.2.).

La demande de la partie SOC.2.) en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel n'est pas fondée en équité comme elle a succombé en ses conclusions.

### **Par ces motifs,**

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

reçoit l'appel du SOC.1.),

le dit fondé,

réformant, dit non fondée la demande formée par SOC.2.) SARL contre l'établissement public SOC.1.) sur base de la responsabilité contractuelle,

dit irrecevable la demande entre les mêmes parties en tant que fondée sur la base de la responsabilité délictuelle,

dit que la demande en garantie formée par l'établissement public SOC.1.) contre l'Etat est devenue sans objet pour ce qui concerne les postes de préjudice que SOC.2.) SARL a fait valoir,

dit irrecevable l'appel incident relevé par l'Etat,

renvoie les parties SOC.2.) SARL et Etat devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg autrement composé pour jugement sur la question de la responsabilité de l'Etat,

renvoie la partie SOC.2.) SARL devant ledit tribunal d'arrondissement autrement composé pour éventuelles conclusions au titre des « restitutions »,

dit non fondée la demande de SOC.2.) SARL en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne SOC.2.) SARL aux frais et dépens de l'instance d'appel.