

Arrêt N°43/19 – II-CIV

Arrêt civil

Audience publique du six mars deux mille dix-neuf

Numéros 44942 et 45014 du rôle

Composition:

Christiane RECKINGER, présidente de chambre,
Carine FLAMMANG, premier conseiller,
Marianne EICHER, conseiller, et
Christian MEYER, greffier.

I)
(44942)

Entre :

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

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg en date du 23 mai 2017,

comparant par Maître Gérard SCHANK, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et :

COMMUNE, ayant sa maison communale à L-(...), représentée par son collègue des bourgmestre et échevins actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit KURDYBAN,

comparant par Maître Anne-Laure JABIN, avocat à la Cour,
demeurant à Luxembourg,

II)
(45014)

Entre :

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

appelante aux termes de l'exploit de l'huissier de justice Patrick
KURDYBAN de Luxembourg en date du 29 mai 2017,

comparant par Maître Gérard SCHANK, avocat à la Cour, demeurant
à la même adresse,

et :

COMMUNE, ayant sa maison communale à L-(...), représentée par
son collègue des bourgmestre et échevins actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit KURDYBAN,

comparant par Maître Anne-Laure JABIN, avocat à la Cour,
demeurant à Luxembourg,

LA COUR D'APPEL:

Au cours de l'année 2013, LA COMMUNE (ci-après la COMMUNE) a lancé une procédure de soumission publique relative à des travaux de menuiserie extérieure pour l'extension de la maison-relais.

Lors de l'ouverture des soumissions le 7 juin 2013, la société anonyme SOC.1 (ci-après la société SOC.1) a émis une offre pour un montant total de 180.111,85 euros. Suivant courrier du 10 juin 2013, le cabinet d'architectes Beng, mandaté par la COMMUNE pour les besoins du projet, a accusé réception du dossier de soumission de la société SOC.1 en l'invitant à fournir divers renseignements et documents ayant fait défaut dans le dossier soumis. Le 26 juin 2013, la société SOC.1 a remis à la COMMUNE des documents supplémentaires.

Suivant courrier du 13 août 2013, le bourgmestre de la COMMUNE a informé la société SOC.1 que son offre n'a pas été retenue. Le recours gracieux formé par la société SOC.1 contre cette décision a été rejeté suivant courrier du 24 septembre 2013.

Par jugement du 14 janvier 2014, le Tribunal administratif a rejeté le recours introduit par la société SOC.1 contre les décisions de la COMMUNE. Par arrêt du 14 juillet 2015, la Cour administrative, déclarant l'appel interjeté par la société SOC.1 justifié, a annulé les décisions précitées.

Saisi de la demande de la société SOC.1 dirigée contre la COMMUNE tendant au paiement des montants de 29.808 euros (dommage matériel) et 10.000 euros (dommage moral), outre les intérêts, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, par jugement du 31 mars 2017, a déclaré la demande de la société SOC.1 non fondée et a débouté les parties de leurs demandes respectives en allocation d'une indemnité de procédure.

De ce jugement, signifié le 21 avril 2017, appel a été interjeté par la société SOC.1, par exploits d'huissier des 23 mai et 29 mai 2017, l'appelante demandant, par réformation, à voir faire droit aux prétentions qu'elle avait formulées en première instance et à se voir allouer une indemnité de procédure de 3.000 euros pour chaque instance.

La société SOC.1 approuve le tribunal en ce qu'il a retenu l'existence d'une faute dans le chef de la COMMUNE, mais elle lui reproche d'avoir retenu que l'offre la moins disante ne constitue pas le seul critère pour l'attribution du marché litigieux. Ayant présenté l'offre la moins onéreuse, la société SOC.1 estime qu'elle aurait nécessairement dû se voir attribuer le marché, de sorte que sa demande en indemnisation du préjudice matériel de 18.011,18 euros, correspondant à 10 % de la valeur globale du marché et consistant dans sa marge bénéficiaire, devrait être déclarée fondée.

A supposer qu'elle ne devrait être indemnisée qu'au titre de la perte d'une chance, le montant réclamé serait encore justifié. Sa perte subie en raison des frais et honoraires engagés dans le cadre de la procédure devant les juridictions administratives, portant sur un montant de 11.797 euros, et son préjudice moral évalué à 10.000 euros, constitué par un trouble commercial et une atteinte à sa réputation, seraient en relation causale directe avec la faute commise par la COMMUNE.

L'appelante estime que ses moyens tirés de la violation du principe de cohérence par la COMMUNE et de la violation de ses droits de la défense ont été rejetés à tort par les juges de première instance. Les motifs invoqués par la COMMUNE visant à mettre en cause la validité de l'offre de soumission ne figureraient pas dans la décision administrative de refus du 13 août 2013 et il n'appartiendrait pas aux juridictions civiles d'en débattre. En vertu du principe de concentration des moyens et de la loyauté des débats, la COMMUNE aurait dû faire état de ces motifs dans sa décision de rejet. La société SOC.1 est d'avis que l'intimée ne saurait invoquer des arguments nouveaux dont l'appréciation relèverait de la compétence exclusive des juridictions administratives. Il y aurait remise en cause par le juge civil de l'autorité de la chose jugée par l'arrêt de la Cour administrative.

La COMMUNE conclut à l'irrecevabilité de l'exploit Kurdyban du 29 mai 2017 et réitère ses contestations quant à l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre le prétendu comportement fautif lui reproché et les dommages allégués par l'appelante.

Elle considère que le tribunal a retenu à tort le principe de l'unicité des notions de faute et d'illégalité et rappelle que la société SOC.1, par courrier lui adressé par le cabinet d'architectes Beng, a été invitée à verser des documents qui faisaient défaut dans son dossier tel que soumis. Suite à ce courrier, la société SOC.1 aurait en effet versé des documents supplémentaires, dont un extrait du Registre de Commerce et des Sociétés renseignant que la société était engagée par la signature conjointe de deux administrateurs. La COMMUNE n'aurait pas eu connaissance de l'existence d'une procuration ayant conféré à Arnold SOC.1 le pouvoir d'engager la société par sa seule signature. Cette procuration dressée en 2001, non publiée au RCS, n'ayant pas été versée, ni lors du dépôt de l'offre, ni lors du dépôt des documents complémentaires, la COMMUNE n'aurait commis aucune faute en écartant l'offre pour être irrecevable de ce chef.

La Cour administrative, constatant que la COMMUNE n'a enfreint aucune disposition légale ou réglementaire, aurait dénaturé les obligations mises à charge de la COMMUNE, qui n'aurait pas pu

retarder l'exécution du marché sans violer elle-même la procédure de l'adjudication publique, procédure qui s'inscrirait dans le strict respect de la mise en concurrence des entreprises soumissionnaires devant être traitées sur un pied d'égalité.

La COMMUNE considère que la société SOC.1 ne saurait se prévaloir de sa propre turpitude, alors que ce ne serait qu'en raison de la seule négligence de celle-ci que l'offre a été écartée, la société SOC.1 ayant omis de présenter un dossier complet dès le dépôt de son offre et ayant encore, malgré invitation de parfaire le dossier, omis de mentionner l'existence d'une procuration au profit du seul signataire du bordereau de soumission.

L'appelante ne rapporterait par ailleurs pas la preuve d'un dommage et d'un lien causal entre le prétendu comportement fautif de la COMMUNE et les préjudices allégués. La conformité de l'offre au cahier de charges n'ayant pas été examinée devant les juridictions administratives, cet examen devrait se faire dans le cadre de la demande civile en indemnisation du prétendu dommage résultant d'une perte de chance. En l'absence de contradiction dans les positions adoptées par la COMMUNE, le principe de cohérence serait inapplicable. En soulevant l'absence de conformité de l'offre présentée par la société SOC.1 au cahier des charges, la COMMUNE s'opposerait aux prétentions de la société SOC.1 par un moyen de défense et non par une demande nouvelle. Le « principe de concentration des moyens », inconnu en droit civil luxembourgeois, ne saurait s'appliquer, les instances introduites devant les juridictions administratives et civiles n'ayant pas la même finalité. Le tribunal civil serait dès lors compétent pour apprécier les motifs de non-conformité soulevés.

L'intimée se réfère encore à l'appréciation des juges de première instance pour conclure que l'offre n'était pas conforme au cahier des charges et que l'espoir de la société SOC.1 de se voir attribuer le marché litigieux n'était pas sérieux. Ce serait de même à bon droit que la demande en indemnisation résultant des frais et honoraires engagés dans l'instance administrative a été rejetée, faute d'utilité de cette procédure, et que la demande en indemnisation d'un préjudice moral a été déclarée non fondée, la société SOC.1 restant en défaut d'établir l'existence d'un tel préjudice.

La COMMUNE conclut à la confirmation du jugement déféré, sollicite une indemnité de procédure de 2.000 euros pour l'instance d'appel et s'oppose à la demande de la partie adverse en allocation d'indemnités de procédure pour les deux instances.

Appréciation de la Cour

Quant à la recevabilité de l'appel, la COMMUNE se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité de l'acte d'appel en la

pure forme, tout en estimant que l'exploit Kurdyban du 29 mai 2017 doit être déclaré irrecevable pour absence d'intérêt à agir.

Par ordonnance du magistrat de la mise en état, les appels relevés suivant exploits d'huissier des 23 mai et 29 mai 2017 ont été joints.

Il résulte des actes de procédure versés que par exploit d'huissier de justice du 23 mai 2017, la société SOC.1 a interjeté appel contre le jugement du 31 mars 2017. Par exploit d'huissier du 29 mai 2017, la société SOC.1 a encore relevé appel du jugement précité, cet exploit mentionnant en bas de page qu'il « remplace et annule celui signifié le 26 mai 2017 par Catherine Nilles (...) ». Cette mention aux termes clairs et univoques vaut désistement, par la société SOC.1, de l'acte de procédure constitué par le premier exploit d'appel. Ce désistement contre un simple acte de procédure n'était pas subordonné à un mandat spécial au nom de la partie au nom de laquelle il avait été accompli (Enc. Dalloz, Proc. civ., éd.1955, vo désistement, n°105). La Cour se trouve partant uniquement saisie de l'acte d'appel du 29 mai 2017 qui est recevable pour avoir été fait dans les forme et délais légaux.

Quant au fond, c'est à bon droit que le tribunal a relevé que la demande de la société SOC.1, basée sur l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 1^{er} septembre 1988 relative à la responsabilité civile de l'Etat et des collectivités publiques, rend responsable l'Etat et les autres personnes morales de droit public du dommage causé par le fonctionnement défectueux de leurs services. L'alinéa 1^{er} précité, à l'instar des articles 1382 et 1383 du code civil, introduit une responsabilité pour faute de la puissance publique, de sorte que la victime qui l'invoque, doit prouver l'existence d'une faute dans le chef du pouvoir public concerné, un dommage et un lien de causalité entre la faute et le dommage allégué.

Par des références doctrinales et jurisprudentielles exhaustives et correctes, le tribunal a retenu à bon droit le principe de l'unité des notions de faute et d'illégalité. Un acte administratif annulé par les juridictions administratives est un acte illicite, même s'il est imputable à une simple erreur d'interprétation ou d'appréciation et constitue une faute engageant la responsabilité de l'auteur de l'acte.

En l'espèce, la Cour administrative, dans son arrêt du 14 juillet 2015, a annulé les décisions communales en retenant : « alors même qu'aucune disposition légale ou réglementaire ne fit obligation à l'administration communale d'inviter la société SOC.1 à justifier du pouvoir de son administrateur pour engager la société, qu'il aurait été d'une bonne administration si COMMUNE avait confronté la société SOC.1 avec la question de savoir si la société était valablement engagée par la seule signature de son administrateur Arnold SOC.1,

ce d'autant plus que l'offre de la société SOC.1 était *a priori* la moins disante (...) ».

C'est à juste titre, par des motifs que la Cour fait siens, que le tribunal a précisé que le juge judiciaire, concernant la question de l'existence d'une faute, est lié par la décision du juge administratif et que la faute de la COMMUNE est constituée par l'illégalité de la décision administrative qu'elle a prise, illégalité constatée par la Cour administrative aux termes de son arrêt du 14 juillet 2015 précité.

Les juges de première instance ont, dès lors, à bon escient retenu l'existence d'une faute dans le chef de la COMMUNE.

Une faute dans le chef de la COMMUNE étant établie, le reproche fait à la société SOC.1 de se prévaloir de sa propre négligence ne porte pas à conséquence. En outre, dans la mesure où l'application de l'adage « *nemo auditur* » est limité à l'hypothèse de l'annulation d'un contrat pour cause immorale et vise à empêcher le contractant qui se prévaut de sa propre immoralité d'obtenir restitution de la prestation qu'il a fournie, les développements des parties relatifs à cet adage tombent à faux.

Concernant l'existence d'un préjudice, le fait d'avoir soumis l'offre de soumission la moins onéreuse n'implique pas que la société SOC.1 aurait nécessairement remporté le marché, ce critère n'étant pas le seul sur lequel se base le pouvoir adjudicataire pour l'attribution du marché, ce dernier étant uniquement tenu d'opérer son choix entre les trois offres régulières accusant les prix les plus bas. C'est à bon droit et par des motifs que la Cour adopte que le tribunal a retenu qu'il faut dès lors raisonner en termes de perte de chance.

Afin de déterminer si la chance perdue alléguée pouvait sérieusement aboutir, le tribunal s'est à juste titre déclaré compétent pour apprécier les motifs soulevés par la COMMUNE tenant à la non-conformité de l'offre au cahier des charges. L'offre de la société SOC.1 ayant été disqualifiée d'office pour être irrecevable en raison de l'absence de signature valable sur le bordereau de soumission, la COMMUNE n'était pas tenue d'examiner en outre la conformité de l'offre au cahier des charges.

De même, force est de relever que la décision attaquée devant les juridictions administratives concernait uniquement la question de la recevabilité. En présence d'une offre écartée d'office, la conformité de l'offre au cahier de charges n'a pas été analysée devant les juridictions administratives. Saisies de la question de savoir si cette décision d'exclusion crée un préjudice indemnisable pour l'appelante, il appartient aux juridictions civiles de vérifier si la chance de l'appelante d'obtenir le marché était sérieuse, vérification qui doit nécessairement être opérée sur base de l'analyse de la conformité

de l'offre aux conditions fixées par le cahier des charges du marché public.

Il s'ensuit que c'est à bon droit que le tribunal s'est déclaré compétent pour apprécier le bien-fondé des motifs invoqués par la COMMUNE tenant à la non-conformité de l'offre par rapport au cahier des charges.

La société SOC.1 ayant pu prendre position quant aux motifs soulevés devant les juges de première instance, partant en temps utile, il n'y a pas eu violation de ses droits de la défense ou de son droit à un procès équitable.

En ce qui concerne le principe de cohérence, il y a lieu de rappeler que l'estoppel est une fin de non-recevoir fondée sur l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui. Ce principe s'oppose ainsi à ce qu'une partie puisse invoquer une argumentation contraire à celle qu'elle a avancée auparavant (JCL Procédure civile, Moyens de défense - Règles générales, fasc.128, n° 75).

En l'occurrence, l'appelante reproche à la COMMUNE d'avoir changé de position en invoquant dans l'instance civile des moyens dont elle n'a pas fait état dans l'instance administrative. Cette position n'est pas incohérente, étant rappelé que les juridictions administratives, d'une part, et les juridictions civiles, d'autre part, n'ont pas été saisies de la même question. Le moyen tiré de la violation du principe de cohérence est, partant, à rejeter.

Il y a lieu de relever par ailleurs qu'en soulevant l'absence de conformité de l'offre au cahier des charges afin de démontrer que la chance de la société SOC.1 de se voir attribuer le marché n'était pas sérieuse, la COMMUNE n'a fait valoir qu'un moyen de défense et n'a pas formulé de demande nouvelle.

Les moyens de l'appelante tirés du « principe de concentration des moyens » et de la « loyauté des débats » sont également à rejeter.

La Cour constate en effet que le principe de concentration des moyens n'est pas consacré en jurisprudence luxembourgeoise. Saisies de la question de l'illégalité d'un acte administratif ayant prononcé l'exclusion de l'offre en raison de l'absence de pouvoir de signature, et non en raison de la non-conformité au cahier des charges, les juridictions administratives n'avaient pas à connaître de cet aspect, alors que cette non-conformité ne faisait pas l'objet de la décision administrative attaquée. Au civil, la société SOC.1 poursuit un autre objectif, à savoir l'indemnisation d'un préjudice qui résulterait de l'acte administratif illégal rendu à son encontre. Cette action dépasse le cadre de la question de l'illégalité de la décision administrative puisqu'il appartient à l'appelante de prouver tous les

éléments constitutifs de la responsabilité de la COMMUNE, à savoir la faute, le préjudice et le lien de causalité entre les deux.

Les instances poursuivies devant les juridictions administratives et devant les juridictions civiles ne tendent pas aux mêmes fins. Il en est de même des moyens y invoqués. Les deux instances ne se recoupant pas quant à leur objet et leur finalité, il n'y a pas violation de la loyauté des débats.

Le moyen tiré de la violation de l'autorité de la chose jugée est encore à rejeter. En effet, il n'y a aucune remise en cause par le juge civil de l'autorité de la chose jugée de l'arrêt de la Cour administrative, l'objet de la demande étant différent, étant rappelé que devant les juridictions administratives l'annulation des décisions de la COMMUNE a été demandée, tandis que devant les juridictions civiles, la société SOC.1 sollicite l'indemnisation de son prétendu préjudice.

La COMMUNE conteste que la société SOC.1 ait été en mesure d'obtenir le marché, dès lors que son offre n'aurait pas respecté le cahier des charges, notamment au niveau de l'attestation du Centre Commun de la sécurité sociale, de la déclaration d'assurance et de l'analyse des prix. Même si les attestations du Centre Commun de la sécurité sociale, de l'Administration des contributions directes et de l'Administration de l'enregistrement et des domaines, certes émises postérieurement à l'ouverture de la soumission, mais se rapportant aux périodes antérieures, sont conformes aux prescriptions réglementaires, il n'en reste pas moins que l'attestation de la compagnie Foyer Assurances ne répond pas aux exigences stipulées aux clauses contractuelles en ce qui concerne la franchise maximale y fixée à 2.500 euros et en ce qui concerne les dommages couverts, l'attestation renseignant une franchise maximale de 30.000 euros et ne couvrant pas les dommages corporels dans le cadre de la responsabilité civile exploitation, exigence pourtant énumérée aux conditions de la soumission.

Il convient enfin de rappeler que conformément à l'article 71 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics, le pouvoir adjudicateur est tenu d'examiner et de vérifier les dossiers de soumission quant à leur conformité technique et à leur valeur économique, notamment quant au bien-fondé des prix et quant à l'exactitude des calculs. Les offres qui ne satisfont pas aux conditions du cahier spécial des charges ou dont les prix sont reconnus inacceptables sont éliminées.

L'offre présentée n'ayant pas répondu aux exigences du cahier des charges, la société SOC.1 n'a pas établi qu'elle aurait eu une chance sérieuse d'obtenir le marché. C'est, dès lors, à juste titre que sa demande en indemnisation d'un préjudice matériel ayant consisté dans la perte d'une marge bénéficiaire de 10 % se trouvant en lien

causal avec le comportement fautif de la COMMUNE a été déclarée non fondée. La Cour se rallie en outre à la motivation correcte des juges de première instance en ce qu'ils ont débouté la société SOC.1 de sa demande en indemnisation des frais et honoraires d'avocat engagés dans le cadre de l'instance administrative, pour défaut d'utilité de la procédure engagée devant les juridictions administratives, ainsi que la demande en indemnisation d'un préjudice moral en l'absence de preuve d'un tel préjudice en relation causale avec la faute commise par la COMMUNE.

L'appel n'est, partant, pas fondé et le jugement entrepris est à confirmer, y compris en ce que les demandes respectives en allocation d'une indemnité de procédure ont été rejetées.

Compte tenu du sort réservé à son appel, la demande de la société SOC.1 en obtention d'une indemnité de procédure est à rejeter pour cette instance.

La condition d'iniquité requise par la loi n'étant pas remplie dans son chef, la COMMUNE est également à débouter de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS

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

dit l'appel interjeté le 29 mai 2017 recevable,

le dit non fondé,

confirme le jugement entrepris,

déboute les parties de leurs demandes respectives en allocation d'une indemnité de procédure,

condamne la société anonyme SOC.1 aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Anne-Laure JABIN sur ses affirmations de droit.