

21/4/2004

1

Arrêt civil.

Audience publique du vingt et un avril deux mille quatre.

(A)

Numéro 27674 du rôle.

Composition:

*Léa MOUSEL, président de chambre;
Joseph RAUS, premier conseiller;
Jean-Claude WIWINIUS, premier conseiller;
Georges WIVENES, premier avocat général, et
Jean-Paul TACCHINI, greffier.*

Entre :

*V.) société anonyme, société de droit français établie et ayant son
siège à (...) en France, (...)*

*appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Marc
Graser de Luxembourg en date du 7 janvier 2003,
comparant par Maître Tom Felgen, avocat à Luxembourg,*

et :

*ÉTAT DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG, ayant son ministère
d'État à Luxembourg, 4, rue de la Congrégation,
intimé aux fins du susdit exploit Marc Graser,
comparant par Maître Anne Ferry, avocat à Luxembourg.*

LA COUR D'APPEL:

Par exploit d'huissier de justice du 10 octobre 2000, la société anonyme de droit français V.) a fait donner assignation à l'État du Grand-Duché de Luxembourg à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour s'entendre condamner à lui payer la somme principale de 80.648.364.- francs à titre de dommages et intérêts.

La société V.) a exposé avoir participé à une procédure de soumission restreinte avec présélection pour la réalisation partielle d'une nouvelle infrastructure sportive pour le Centre National Sportif et Culturel de Luxembourg. La demanderesse a été admise à participer à l'appel d'offres et a soumissionné le 13 mars 1998 pour un prix de réalisation de 390.640.050.- francs toutes taxes comprises. Par courrier du 12 août 1998, le ministre des Travaux publics a informé la société V.) que l'offre présentée n'était pas conforme à l'article 9 du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 sur les marchés publics. Le marché a été attribué au groupement d'entreprises C.) - A.) qui avait proposé un prix de réalisation de 448.863.464.- francs toutes taxes comprises, par arrêté du ministre des Travaux publics en date du 4 août 1998.

Contre cette décision, la société V.) a introduit un recours en annulation devant le tribunal administratif. Ce recours a été déclaré fondé, au motif que le ministre s'était à tort basé sur l'article 9 (3) du règlement grand-ducal, précité, pour rejeter l'offre de la société V.) .

Saisie d'un appel contre ce jugement, la Cour administrative, par arrêt du 6 avril 2000, a confirmé le jugement, mais pour un autre motif. Après avoir retenu que le tribunal avait mal interprété l'article 9, précité, la Cour a estimé que ladite disposition du droit national contenait une exigence plus rigoureuse que la directive CEE 93/37 relative aux marchés publics et que, dès lors, elle était inapplicable. Par conséquent, la décision ministérielle devait encourir l'annulation.

À la suite du refus du ministre d'indemniser à l'amiable la société V.) , celle-ci a assigné l'État devant les juridictions judiciaires en exposant que son éviction l'a privée de la réalisation de ce marché public. Elle aurait perdu la marge brute qu'elle aurait perçue en ayant réalisé les travaux, elle aurait été victime de la perte de la chance de se créer une image de marque internationale et elle aurait engagé des frais. L'ensemble de ce préjudice a été évalué à 80.648.364.- francs.

Par jugement du 14 octobre 2002, le tribunal d'arrondissement, après avoir retenu comme cadre juridique de l'affaire les articles 1382 et 1383 du code civil, a, d'abord, considéré que l'Administration a commis une faute en écartant la société V.) de la soumission sans respecter les dispositions communautaires applicables.

Ensuite, en examinant le bordereau de l'offre de la société V.) le tribunal a détecté à la page 267 une non-conformité à l'article 28 du règlement grand-ducal, précité, à savoir une position qui n'était pas remplie. Il en a déduit que l'offre n'aurait pas pu être prise en considération pour l'obtention du marché public, de sorte que le lien causal entre la décision de rejet de l'offre et le prétendu préjudice n'était pas établi. La chance réelle de remporter le marché n'étant pas établie, la demande en indemnisation a été rejetée.

De ce jugement, la société V.) a régulièrement relevé appel suivant exploit d'huissier du 7 janvier 2003, concluant à voir condamner l'État à la somme principale de 1.999.220,72 euros à titre de dommages et intérêts, sinon à voir désigner un expert, afin d'évaluer l'étendue du préjudice subi du fait de la non-réalisation des travaux sur la base de sa soumission.

Arguments des parties.

L'appelante reproche, en premier lieu, au tribunal de s'être déclaré compétent pour examiner de prétendues autres irrégularités affectant son offre.

En deuxième lieu, elle oppose l'autorité de la chose jugée du jugement du tribunal administratif du 16 juin 1999 lequel avait déclaré irrecevable l'argumentation de l'adjudicataire, les parties C.) et M.) , qui avaient conclu au rejet de l'offre de la société V.) pour être non conforme encore à d'autres exigences du cahier des charges.

En troisième lieu, il est reproché aux premiers juges d'avoir fait application de l'article 28 (7) du règlement grand-ducal précité, lequel serait illégal pour être contraire au droit communautaire. À supposer même cette disposition applicable, les premiers juges n'auraient pu affirmer que l'offre de la société V.) n'aurait pas pu être prise en considération pour l'obtention du marché, alors qu'elle a effectivement été prise en considération, vu que le pouvoir adjudicateur, après l'avoir reçue, a procédé à un examen détaillé de la soumission.

Concernant ledit article 28 (7), la société V.) expose encore que cette disposition n'énonce aucune irrecevabilité de l'offre, puisque, conformément aux paragraphes 9 et 10 du même article, les offres non conformes sont susceptibles d'être complétées ou régularisées.

En ce qui concerne la détermination de son préjudice, l'appelante renvoie à ses conclusions de première instance.

L'État relève appel incident du jugement du 14 octobre 2002, au motif qu'une faute, au sens des articles 1382 et 1383 du code civil, a été retenue dans son chef. Le non-respect de l'article 20 de la directive CEE 93/37 constituerait une simple erreur, vu qu'il n'aurait pas pu anticiper l'interprétation que la Cour administrative allait donner – pour la première fois – à cette disposition.

Pour le surplus, l'État conclut à la confirmation du jugement entrepris, la société V.) restant en défaut de rapporter la preuve du lien de causalité entre la décision de rejet de son offre et son prétendu préjudice, respectivement la preuve d'une chance réelle de remporter le marché.

Appréciation de la Cour.

Il convient de statuer, pour des raisons de logique juridique, d'abord sur le moyen soulevé par l'État à titre d'appel incident.

D'emblée, il faut relever que l'intimé qui a obtenu gain de cause peut, sans être obligé de relever appel incident, reprendre devant la Cour tous les moyens qu'il avait invoqués devant le tribunal, même ceux qui ont été rejetés par le jugement.

L'appel incident doit donc être déclaré irrecevable.

Quant au moyen lui-même, tiré, par l'État, de la thèse de la dualité des notions de faute et d'illégalité, il convient d'approuver les premiers juges qui ont considéré que le fait que l'Administration a pris la décision d'écarter de la soumission la société V.) sans respecter les dispositions communautaires applicables à la matière est constitutif d'une faute au sens des articles 1382 et 1383 du code civil.

En effet, ce faisant ils ont correctement appliqué le principe de l'unité des notions d'illégalité et de faute consacré par la jurisprudence luxembourgeoise qui depuis longtemps admet qu'un acte administratif annulé par le Conseil d'État (ou – aujourd'hui – les juridictions administratives) constitue 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 (cf. G. Ravarani, La responsabilité civile des personnes privées et publiques, Édition Pasicrisie luxembourgeoise, n° 104 et ss).

Il convient de rappeler, à ce sujet, que les pouvoirs publics que la loi attribue à l'Administration dans un intérêt général ne soustraient pas celle-ci au devoir de prudence qui s'impose à tous. Or, en vertu des articles 1382 et 1383 du code civil, toute faute ou négligence, même légère, engage la responsabilité des particuliers, notamment en cas de fausse application d'une disposition légale ou réglementaire.

On ne saurait excepter de cette règle générale l'Administration sous peine d'apprécier de façon plus indulgente les erreurs d'interprétation et d'application commises par les auteurs des normes obligatoires que celles commises par ceux qui subissent ces normes.

Cette jurisprudence luxembourgeoise doit être suivie en l'espèce, ce d'autant plus que, dans la matière sous rubrique, la jurisprudence communautaire abonde dans le même sens en décidant que lorsque l'Administration viole un droit conféré par une règle communautaire, la faute dommageable de l'Administration engage la responsabilité de la puissance publique (cf. en ce sens, les arrêts de la CJCE du 19 novembre 1991, Francovitch, C-6/90 et C-9/90, Rec. p. I.5403 et du 5 mars 1996, Brasserie du Pêcheur, C-46/93 et Factortame, C-48/93, Rec. p. I.1131).

Il s'ensuit que le moyen invoqué par l'État en ce qui concerne l'absence de faute dans son chef est à rejeter.

Quant à l'appel principal, il faut relever d'emblée, pour répondre au premier moyen d'appel de la société V.) , que conformément à l'article 84 de la Constitution, lorsque dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de l'une de ses prérogatives, l'autorité publique cause un dommage à la personne ou aux biens d'un particulier, elle lèse un droit civil. L'action en dommages et intérêts qui sanctionne l'atteinte à un droit civil est exclusivement du ressort des tribunaux de l'ordre judiciaire.

En l'espèce, c'est bien la société V.) elle-même qui a saisi le tribunal judiciaire d'une demande en indemnisation d'un prétendu préjudice subi. Ce tribunal est évidemment compétent pour connaître de cette demande. Il est donc forcément également compétent pour vérifier si un lien de causalité existe entre le prétendu préjudice subi – à savoir la perte d'une chance réelle d'être déclarée adjudicataire du marché public en question – et la faute commise par l'État.

C'est dans ce contexte que le tribunal doit également être compétent pour vérifier si l'offre présentée par la société V.) a été conforme aux dispositions légales et réglementaires pertinentes en la matière et, partant, pour vérifier si d'autres irrégularités, dont l'État peut se prévaloir, n'affectent pas l'offre de la société V.) .

Par conséquent, c'est à juste titre que le moyen d'incompétence soulevé par la société V.) a été rejeté par le tribunal de première instance.

Le deuxième moyen d'appel, tiré de l'autorité de chose jugée du jugement rendu par le tribunal administratif le 16 juin 1999, est à rejeter également, d'une part, pour les motifs retenus par les premiers juges qui ont constaté que le tribunal administratif s'est limité à écarter l'argumentation des sociétés C.) et M.) à défaut d'éléments concrets et concluants, sans examiner la conformité de l'offre de la société V.) et, d'autre part et surtout, en raison du fait que la décision du tribunal administratif à ce sujet ne concerne pas les parties au présent procès, à savoir la société V.) et l'État du Grand-Duché de Luxembourg.

Quant au troisième moyen d'appel, qui a trait à l'article 28 du règlement grand-ducal précité, il convient de relever, d'abord, comme les premiers juges l'ont correctement exposé, qu'en principe, le soumissionnaire qui, ayant été irrégulièrement écarté, réclame devant les tribunaux de l'ordre judiciaire la réparation du préjudice qu'il prétend avoir subi, consistant entre autres dans la non-attribution du marché, doit établir que, sans la faute, il eût été déclaré adjudicataire ou, du moins, avait des chances d'être déclaré adjudicataire. La faute commise par l'État en refusant d'adjuger le marché public en raison d'une application erronée du droit applicable, prive le concurrent qui a déposé l'offre régulière la plus basse d'une certaine chance d'être déclaré adjudicataire. La perte d'une chance est un dommage réparable.

La Cour ajoute, quant au principe du dédommagement pour perte d'une chance, que la doctrine et la jurisprudence en reconnaissent largement la validité. Étant admis que la perte d'une chance constitue une forme de préjudice certain, la victime doit en obtenir réparation dès que la chance existait. La perte d'une chance constitue un dommage en elle-même. Ce ne sont pas les montants convoités qui constituent le dommage, mais l'espoir de les gagner. Dans l'allocation des dommages et intérêts, il faut tenir compte de l'importance de cet espoir, qui doit avoir été sérieux. La chance a dû être véritable et non pas une quelconque chimère. Il s'agit là d'une application du principe de la réparation du préjudice certain, car ce qui est certain, ce n'est pas l'événement ou l'évolution futurs escomptés, mais bien la perte de la chance de les voir se réaliser.

Il s'agit, partant, en l'espèce d'examiner si la société V.) avait une chance réelle et sérieuse, avec un degré de probabilité suffisant, d'être déclarée adjudicataire du marché en question.

Il est important de relever à ce sujet, avant de s'attarder à la discussion quant à l'incidence de l'article 28 précité, qu'il résulte des pièces versées aux débats et notamment de l'examen et de l'appréciation des différentes offres, faits par l'architecte T.) pour compte du ministère des Travaux publics, relatifs au lot 3 du Centre National Sportif et Culturel, que l'offre de la société V.) était de loin la moins prenante et que du point de vue qualité technique elle était conforme aux spécifications du cahier des charges. La lecture de la conclusion de l'architecte fait même apparaître que l'offre de la société V.) était la seule, parmi les trois offres techniquement conformes, à correspondre à l'estimation prévisionnelle du maître d'œuvre, toutes les autres, y compris celle de C.)-M.) qui a finalement été retenue, «*correspondant à des propositions hors budget*».

En ce sens, la chance de la société V.) de décrocher le marché était donc bien réelle. D'ailleurs, le ministre des Travaux publics, dans une lettre adressée le 11 juillet 2000 au mandataire de la société V.), admet bien le principe de devoir indemniser l'appelante – et donc la chance réelle de celle-ci de devenir adjudicataire – en notant que «*bien qu'en présence de l'arrêt de la Cour administrative votre mandante soit légalement en droit de réclamer le préjudice découlant de son évincement du marché, je me dois toutefois de constater que ses prétentions me paraissent largement exagérées et constitueraient un dangereux précédent en matière d'indemnisation à l'amiable dans le domaine des marchés publics ... dans ces conditions, je préfère me fier à la sagesse des juges*».

Reste à examiner le moyen de défense de l'État – retenu par les premiers juges – suivant lequel l'offre de la société V.) n'aurait pas pu être prise en considération, au motif qu'à la page 267 du bordereau de son offre une position n'aurait pas été remplie. À l'appui de son argumentation, l'État se base sur les dispositions de l'article 28 (7) et (9) du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989, précité, qui se lisent comme suit:

Article 28 (7): «*Toutes les positions du bordereau doivent être remplies; elles ne peuvent ni être barrées ni contenir le terme néant, à moins que le cahier des charges n'en dispose autrement et sans préjudice des dispositions de l'article 16 concernant les variantes.*»

Article 28 (9): «*Les offres non conformes à l'une ou l'autre des dispositions ci-dessus ne sont pas prises en considération.*»

Contrairement à l'avis de l'appelante et par adoption des motifs des premiers juges, la Cour considère que ces dispositions restent applicables, malgré le fait que le marché public en question tombe dans le champ d'application des directives européennes relatives aux marchés publics transposées dans la législation luxembourgeoise par le règlement grand-ducal modifié du 27 janvier 1994.

En effet, la Cour constate que lesdites directives ne contiennent pas de dispositions moins rigoureuses que celles prévues à l'article 28 du règlement grand-ducal de 1989 et que ces dernières ne sont pas incompatibles avec les textes européens (cf. article 20 du règlement grand-ducal du 27 janvier 1994, repris textuellement de l'article 20 de la directive 93/37). D'ailleurs, l'article 33 du règlement grand-ducal du 27 janvier 1994 dispose expressément que les dispositions du texte de 1989 restent applicables aux marchés tombant sous la réglementation communautaire, pour autant qu'elles ne sont pas contraires aux dispositions du titre II dudit règlement.

En revanche, la Cour n'adopte pas la motivation des premiers juges qui ont estimé que vu que le bordereau n'était pas complètement rempli, l'offre de la société V.) n'aurait pas pu être prise en considération pour l'obtention du marché en question, de sorte que le lien de causalité entre la décision de rejet et le prétendu préjudice n'était pas établi.

En effet, il est faux de dire que l'offre de la société V.) n'aurait pas pu être prise en considération, vu qu'en fait le pouvoir adjudicateur avait, dans un premier temps, techniquement examiné et apprécié le dossier de soumission. Il avait par après, tel qu'il a été exposé ci-dessus, fait adresser aux soumissionnaires, dont la société V.) , un ensemble de questions techniques pour permettre une vérification complémentaire par l'architecte T.) . Ce dernier avait confirmé le caractère conforme de l'offre de la société V.) au cahier des charges. L'omission de remplir intégralement, à la page 267, à la rubrique «Type S 6» la deuxième position y renseignée, a dû être considérée aussi bien par le pouvoir adjudicateur que par l'architecte d'une importance tout à fait négligeable, vu qu'elle n'a été mentionnée à aucun moment.

Par ailleurs, l'économie générale du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 n'exclut pas (cf. entre autres l'article 28, paragraphe 10) un «dialogue» au cours de la procédure d'adjudication, entre les soumissionnaires et le pouvoir adjudicateur, ce qui s'est concrétisé dans le cas de l'espèce dans le cahier des clauses administratives générales. De même, la possibilité de régulariser ou de préciser des postes figurant dans la soumission n'est pas exclue.

C'est, partant, à tort que le tribunal d'arrondissement a retenu que l'offre de la société V.) n'aurait pas pu être prise en considération.

Au contraire, la Cour considère au vu des développements qui précèdent que la société V.) avait une chance réelle et sérieuse d'obtenir le marché en question. Le lien de causalité entre la décision fautive de rejet par le pouvoir adjudicateur et le préjudice allégué est donné en l'espèce.

La demande de la société V.) doit, dès lors, être déclarée fondée en principe.

À titre de préjudice, l'appelante expose, en premier lieu, que son éviction irrégulière, et donc la non-réalisation de ce marché, lui a fait perdre la marge brute qu'elle aurait perçue en ayant réalisé les travaux dans les termes de son offre, cette marge brute s'entendant du chiffre d'affaires qui aurait été réalisé, diminué des frais variables qui auraient dû être engagés pour le permettre. Elle évalue le total de ce volet du préjudice à 65.398.364.- francs, soit 19,25% de la soumission.

L'intégralité du préjudice réclamé est contesté par l'État.

La Cour, qui considère qu'effectivement la société V.) doit être indemnisée intégralement – l'indemnisation de la perte d'une chance est soumise au principe de la réparation intégrale – pour la privation de la marge brute, ne dispose pas des éléments d'appréciation suffisants pour fixer d'ores et déjà ce volet du préjudice. Il convient, dès lors, de recourir à l'avis d'un expert.

En deuxième lieu, la société V.) s'estime victime de la perte de la chance de constituer avec ce chantier, exceptionnel par son renom, une image de marque et une référence à échelle internationale. En raison de sa technicité et de sa notoriété, le marché en question aurait constitué un élément de promotion de l'image de marque de l'entreprise et de sa capacité à traiter des chantiers au niveau européen.

Elle a évalué son préjudice de ce chef à 7.000.000.- francs.

La Cour approuve l'argumentation de l'appelante et considère que le préjudice en question doit être indemnisé.

La Cour dispose des éléments d'appréciation suffisants pour fixer ledit préjudice, ex æquo et bono, à 50.000.- euros.

En troisième lieu, la société V.) réclame réparation du préjudice résultant du fait que pour faire constater son droit, elle a dû engager des frais d'analyse juridique, de représentation et de procédure tant en France qu'au Luxembourg.

La Cour considère que ce volet de la demande fait double emploi avec et est couvert par, d'une part, les frais de justice auxquels de toute façon la partie succombante – i.e. en l'espèce l'État – sera condamnée et, d'autre part, l'indemnité de procédure, prévue en procédure luxembourgeoise à l'article 240 du nouveau code de procédure civile, réclamée par la société V.) par ailleurs et fixée ci-après par la Cour.

Finalement, tel qu'il vient d'être dit, la société V.) a réclamé, en première instance, une indemnité de procédure de 150.000.- francs et elle réclame, en instance d'appel, à nouveau une indemnité de procédure de 4.000.- euros.

La Cour considère qu'effectivement il serait inéquitable de laisser à charge de la société V.) les frais exposés par elle non compris dans les dépens. L'appelante a, partant, droit à une indemnité de procédure qui peut être fixée équitablement à 7.700.- euros pour les deux instances.

En revanche, l'État, en tant que partie succombante, doit être débouté de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure.

Par ces motifs,

la Cour d'appel, deuxième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat de la mise en état, le ministère public entendu en ses conclusions,

déclare recevable l'appel principal;

déclare irrecevable l'appel incident;

confirme le jugement entrepris pour autant qu'il a dit que l'État a commis une faute au sens des articles 1382 et 1383 du code civil;

réformant,

déclare fondée en principe la demande de la société V.) ;

quant au préjudice dû pour perte de la marge brute,
nomme expert Monsieur Romain Bontemps, expert-comptable, demeurant à Wickrange, 93, rue du Centre, avec la mission de déterminer le préjudice subi par la société V.) dû à la privation de marge brute à la suite de la non-réalisation du marché litigieux concernant le Centre National Sportif et Culturel de Luxembourg-Kirchberg,
ordonne à la société anonyme V.) de payer une avance de 2.500.- euros à valoir sur la rémunération de l'expert nommé;

fixe le préjudice dû pour perte de l'image de marque à 50.000.- euros;

partant, condamne d'ores et déjà l'État du Grand-Duché de Luxembourg à payer à la société anonyme V.) la somme de 50.000.- euros avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde;

déboute la société anonyme V.) de sa demande en indemnisation du préjudice pour frais engagés pour faire valoir ses droits;

condamne l'État du Grand-Duché de Luxembourg à payer à la société anonyme V.) une indemnité de procédure, sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile, de 7.700.- euros pour les deux instances;

déboute l'État de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure;

condamne l'État du Grand-Duché de Luxembourg aux dépens des deux instances et en ordonne la distraction au profit de Maître Tom Felgen sur son affirmation de droit;

renvoie le dossier au magistrat de la mise en état.