

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Arrêt N° 110/24 - III – CIV

Arrêt civil

Audience publique du onze juillet deux mille vingt-quatre

Numéro CAL-2022-00506 du rôle

Composition:

Alain THORN, président de chambre,
Anne-Françoise GREMLING, premier conseiller,
Marc WAGNER, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

- 1) **l'établissement public HÔPITAL1.) (HÔPITAL1.)**, établi et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), représentée par sa commission administrative actuellement en fonctions,
- 2) **l'SOCIETE1.) (SOCIETE1.)**, **fondation**, établi et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

appelants aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Laura GEIGER, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg, du 20 mai 2022,

comparant par Maître Patrick KINSCH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

la société de droit allemand SOCIETE2.) G.mb.H., ayant repris la société de droit allemand SOCIETE3.) GmbH & Co. KG, établie et ayant son siège social à D-ADRESSE3.), inscrite au registre de commerce de Wittlich sous le numéro NUMERO1.), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit GEIGER,

comparant par Maître André HARPES, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Dans le cadre d'une soumission publique portant sur des travaux de rénovation, lancée par le HÔPITAL1.) (ci-après, HÔPITAL1.) et l'SOCIETE1.) (ci-après, SOCIETE1.), en date du 4 février 2016, la société de droit allemand SOCIETE2.) G.m.b.H., anciennement, la société de droit allemand SOCIETE3.) G.m.b.H. & CO (ci-après, SOCIETE2.) a présenté une offre, à la suite de laquelle SOCIETE2.) est entrée en pourparlers avec lesdits pouvoirs adjudicateurs concernant les travaux à réaliser.

Par courrier recommandé daté du 6 mai 2016, le représentant des pouvoirs adjudicateurs a informé SOCIETE2.) que son offre avait été rejetée « *aus wirtschaftlichen Gründen* ».

Par courrier adressé le 29 juin 2016 au HÔPITAL1.) et à l'SOCIETE1.), le mandataire de SOCIETE2.) a contesté cette décision et notamment le défaut de communication de l'identité de l'adjudicataire ainsi que des motifs économiques précis à la base de cette décision.

Par courrier du 12 juillet 2016, le mandataire des pouvoirs adjudicateurs lui a répondu, entre autres, que le marché public avait été attribué à la société anonyme SOCIETE4.) SA (ci-après SOCIETE4.), en date du 27 mai 2016.

A la suite d'une requête déposée le 3 août 2016 au greffe du tribunal administratif par le mandataire de SOCIETE2.), le tribunal administratif a annulé « *la décision du 6 mai 2016 (...) de rejeter l'offre soumise par la demanderesse (...) et celle portant attribution du marché (...) à la société anonyme SOCIETE4.) SA* ».

Dans son jugement, le tribunal administratif a retenu notamment que les pouvoirs adjudicateurs auraient dû rejeter d'emblée l'offre d'SOCIETE4.) pour raison de non-conformité technique, au lieu de permettre à celle-ci de fournir *ex post* des explications ainsi que des documents en vue de la vérification de la conformité technique de l'offre au cahier des charges.

Le tribunal a fait état d'une « violation du principe d'égalité de traitement, garanti plus particulièrement par le principe de l'immutabilité des offres ».

A la suite d'un appel interjeté par le HÔPITAL1.) et l'SOCIETE1.), la Cour administrative a confirmé ledit jugement par un arrêt rendu le 8 mai 2018.

Par exploit du 7 avril 2020, SOCIETE2.) a fait donner assignation au HÔPITAL1.) et à l'SOCIETE1.) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière civile, aux fins de s'y entendre condamner solidairement à lui payer la somme de 297.247,33 euros, pour réparation de son préjudice matériel ainsi que la somme de 10.000 euros, pour réparation de son préjudice moral, outre les intérêts légaux.

Subsidiairement, SOCIETE2.) demandait la nomination d'un expert avec la mission d'évaluer le préjudice subi.

Elle réclamait enfin l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.000 euros.

La demanderesse faisait valoir que les défendeurs seraient responsables du dommage dont elle réclamait indemnisation sur base de l'article 1er de la loi modifiée du 1er septembre 1988 relative à la responsabilité civile de l'Etat et des collectivités publiques (ci-après, la loi modifiée du 1er septembre 1988), et, subsidiairement, sur base de l'article 1382 du Code civil,

L'affaire a été inscrite sous le numéro TAL-2020-NUMERO2.) du rôle.

La partie demanderesse soutenait que l'offre d'SOCIETE4.), bien qu'économiquement plus avantageuse, aurait dû être rejetée par les pouvoirs adjudicateurs pour non-conformité au cahier des charges.

En effet, celui-ci exigerait, pour le poste « *Ventilator-Bauteil* », une réserve de 15 % en capacité de volume d'extraction d'air usé et d'apport en air frais, et pour atteindre cet objectif, l'installation de moteurs de type SIEMENS IE4 d'une puissance de 3,0 kW.

Or, l'offre initiale d'SOCIETE4.) se baserait sur l'installation des moteurs SIEMENS IE2 d'une puissance de 1,66 kW et 2,2 kW, de sorte que la capacité de volume d'extraction d'air prescrite par le cahier des charges n'aurait pas été atteinte.

SOCIETE2.) affirmait avoir obtenu le marché dans un premier temps et avoir commencé à exécuter le contrat ; il y aurait eu un début d'exécution du marché dès le 14 mars 2016, date à laquelle une première réunion de chantier aurait eu lieu.

Elle aurait été évincée par la suite au profit de la société concurrente SOCIETE4.) dont l'offre aurait pourtant dû être déclarée non conforme au cahier des charges.

En guise d'explication, le représentant des pouvoirs adjudicateurs aurait informé la demanderesse que « *Fa. SOCIETE4.) konnte die technische Konformität ihres Angebotes nachweisen, welche anfangs für den prüfenden Fachplaner nicht ersichtlich war* ».

SOCIETE2.) soutenait que sa concurrente SOCIETE4.) aurait bénéficié d'une faveur qui lui aurait permis de modifier son offre initiale afin de la rendre conforme au cahier des charges.

Cette faveur, manifestement illégale, aurait conduit au rejet de l'offre de SOCIETE2.) qui elle aurait été conforme au cahier des charges.

A la suite d'un recours en annulation introduit à l'encontre de la décision portant rejet de l'offre de SOCIETE2.) et attribution de l'adjudication du marché public à la société SOCIETE4.), le tribunal d'administratif aurait, par jugement du 13 novembre 2017, annulé lesdites décisions, après avoir retenu que la décision d'adjudication du marché à la société SOCIETE4.), viole le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires, fausse le jeu de la concurrence et méconnaît le principe d'immutabilité des offres.

Ce jugement aurait été confirmé par un arrêt du 8 mai 2018 de la Cour administrative d'appel, qui aurait également constaté la non-conformité manifeste de l'offre de la société SOCIETE4.) au cahier des charges et retenu une faute dans le chef du pouvoir adjudicateur, qui « *se devait de sanctionner, sans aucune possibilité de régularisation, l'offre de la société SOCIETE4.)* ».

Selon la partie demanderesse, le HÔPITAL1.) et l'SOCIETE1.) seraient, en tant qu'établissements publics, soumis à la loi modifiée du 1er septembre 1988.

Les deux établissements auraient, en l'occurrence, agi dans le cadre de l'exécution d'une mission de service public.

Le HÔPITAL1.) et l'SOCIETE1.) auraient dû respecter les règles relatives à la soumission publique et s'abstenir de permettre la régularisation *ex post* d'une offre non conforme au cahier des charges.

Au vu de l'arrêt de la Cour administrative rendu le 8 mai 2018, coulé en force de chose jugée, l'existence d'une faute dans le chef des pouvoirs adjudicateurs serait établie.

L'éviction du marché aurait causé à SOCIETE2.) un préjudice matériel et moral.

Le préjudice matériel serait constitué, d'une part, de la marge bénéficiaire escomptée s'élevant à 104.133,13 euros, et d'autre part, de la marge de contribution couvrant les coûts fixes s'élevant à 193.114,20 euros (dans la mesure où elle aurait été contrainte de tenir sa main d'œuvre disponible pour ce marché), de sorte que l'éviction injustifiée du marché lui aurait causé un préjudice matériel à hauteur de la somme totale de 297.247,33 euros.

De plus, la décision d'éviction constituerait une décision vexatoire et réellement « *brutale* » pour SOCIETE2.) dont l'image aurait été « *entachée* ».

Il en serait résulté un préjudice moral évalué à la somme de 10.000 euros.

Le HÔPITAL1.) et l'SOCIETE1.) concluaient au rejet de la demande.

Ils contestaient toute attribution du marché à la partie adverse ou un début d'exécution par celle-ci.

D'autre part, il n'existerait aucun lien causal entre l'annulation de la décision d'adjudication du marché à la société SOCIETE4.) et le préjudice prétendument subi par la partie adverse.

Au vu de la position sévère adoptée par les juges administratifs dans l'analyse de la régularité de l'offre d'SOCIETE4.), il y aurait lieu d'appliquer le même raisonnement pour ce qui concerne l'offre de SOCIETE2.) et de retenir que cette dernière n'aurait, contrairement à ses dires, pas pu emporter le marché.

Le fait que l'offre de SOCIETE2.) ait été classée seconde n'impliquerait pas nécessairement une reconnaissance de conformité au cahier des charges. L'annulation de la décision de l'adjudication du marché à la société SOCIETE4.) n'aurait pas entraîné *ipso facto* l'attribution du marché à SOCIETE2.). Pareille annulation conduirait les pouvoirs adjudicateurs à réadjudger le marché à l'entreprise qui a présenté une offre conforme au cahier des charges. Or, tel n'aurait pas été le cas de l'offre présentée par SOCIETE2.) et la question d'une nouvelle adjudication ne se serait en l'occurrence pas posée, le marché ayant été entièrement exécuté par SOCIETE4.) avant l'issue du contentieux administratif, à défaut pour la partie adverse d'avoir introduit une requête en sursis à exécution de la décision d'adjudication du marché.

Face à l'affirmation de SOCIETE2.), selon laquelle les pouvoirs adjudicateurs seraient toujours liés par leur décision, prise en 2016, de déclarer l'offre de SOCIETE2.) conforme au cahier des charges, décision qui n'aurait jamais fait l'objet d'une contestation, le HÔPITAL1.) et l'SOCIETE1.) répliquaient qu'une telle décision serait intimement liée à la décision finale d'adjudication du marché.

Dans la mesure où la décision d'adjudication du marché aurait été annulée pour un motif tenant à l'appréciation de la régularité de l'offre et qu'en l'occurrence, l'irrégularité constatée par les juges administratifs affecterait toutes les offres et serait transposable à celle de la société SOCIETE2.), le HÔPITAL1.) et l'SOCIETE1.) seraient en droit d'invoquer l'exception d'illégalité afin qu'il ne soit pas tenu compte de la décision déclarant l'offre de la société SOCIETE2.) conforme au cahier des charges.

En ordre subsidiaire, les parties assignées contestaient le préjudice allégué dans son principe et dans son quantum.

Elles réclamaient une indemnité de procédure de 2.500 euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure.

Par jugement rendu en date du 2 mai 2022, le tribunal a déclaré la demande recevable et fondée dans son principe, sur base de l'article 1^{er} de la loi modifiée du 1^{er} septembre 1988 relative à la responsabilité civile de l'Etat et des collectivités publiques, avant de nommer un expert aux fins d'évaluer le préjudice subi par SOCIETE2.) *« du fait de la privation de la marge brute et de vérifier dans quelle mesure la perte de bénéfice résultant de la perte du marché public en question avait, le cas échéant, été compensée par le bénéfice procuré par les activités commerciales auxquels (SOCIETE2.) aurait dû renoncer si elle s'était vue adjudger le marché public concernant les « HLK Installationsarbeiten » pour le projet « SOCIETE1.) – HYBRID – OP ».*

Il a sursis à statuer pour le surplus.

Pour statuer ainsi, les juges de première instance ont considéré que la faute des parties défenderesses était constituée par l'illégalité de la décision administrative prise par celles-ci, telle que constatée par le juge administratif ; que cette faute était la cause de la perte d'une chance d'obtenir le marché subie par SOCIETE2.) ; que, dans certaines circonstances, la jurisprudence admet que cette chance est très forte et donne lieu à *« une indemnisation quasi intégrale voire intégrale »* et qu'il apparaissait *« en l'occurrence certain que la société SOCIETE2.) se serait vue attribuer le marché en l'absence de l'illégalité commise par les pouvoirs adjudicateurs, de sorte qu'elle peut, en*

principe, prétendre à l'indemnisation intégrale de son préjudice, consistant dans la privation de sa marge brute ».

Eu égard aux contestations relatives à la fixation du montant du préjudice et notamment à la question du montant à déduire en raison de l'exécution par SOCIETE2.) d'autres marchés pendant la période prévue par la soumission, la juridiction du premier degré a institué une expertise.

Par exploit du 20 mai 2022, le HÔPITAL1.) et l'SOCIETE1.) ont régulièrement relevé appel de ce jugement qui ne leur a pas été signifié.

Les appelants demandent à la Cour de déclarer infondée la demande en réparation formée à leur encontre, par réformation du jugement déféré, et de leur allouer une indemnité de procédure de 2.500 euros pour chaque instance.

Selon les appelants, il n'y aurait jamais eu début d'exécution du marché par SOCIETE2.) ni attribution du marché à celle-ci.

D'autre part, SOCIETE2.) n'aurait eu aucune chance d'obtenir le marché litigieux.

En effet, son offre n'aurait pas été techniquement conforme, en ce que celle-ci n'aurait pas contenu l'installation prévue par la position 1.8.8 du bordereau de soumission, intitulée « *Vollautomatischer Dampf-Luftbefeuchter* », de sorte que ladite offre aurait dû être rejetée, en application des articles 71 et 75 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics.

En conséquence, il n'y aurait pas de lien causal entre l'annulation de la décision d'adjudication à la société SOCIETE4.) et le préjudice prétendument subi par SOCIETE2.).

Le classement de l'offre de SOCIETE2.) en deuxième position ne prouverait pas sa conformité technique ni une reconnaissance de sa conformité par les appelants.

Les appelants font valoir à cet égard que cette décision de classement serait la conséquence d'une approche « *peu sévère* » de leur part dans l'appréciation des offres quant à leur conformité technique.

Celle-ci les aurait amenés à permettre aux soumissionnaires de fournir, par la suite, des précisions et compléments d'information leur permettant de régulariser leurs offres initiales.

Il aurait appartenu aux appelants, avant de réadjudger le marché, de procéder à une nouvelle analyse des offres en tenant compte de l'arrêt de la Cour administrative du 8 mai 2018.

En appliquant à l'offre de SOCIETE2.), la sévérité appliquée par la Cour administrative à l'offre d'SOCIETE4.), cela conformément au principe de l'égalité de traitement, l'offre de SOCIETE2.) devrait également être « *jugée non conforme* ».

Les appelants insistent sur « *la nécessité d'apprécier de manière objective ce qu'ils auraient fait en l'absence de la faute qu'ils ont commise* » ; ce serait là « *le seul critère de l'existence d'un lien causal* ».

L'intimée conclut au rejet de l'appel, à la confirmation du jugement entrepris « *en tous points* » et à l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.500 pour chaque instance.

Elle réitère ses demandes indemnitaires formulées en première instance.

Le chantier aurait été factuellement confié à SOCIETE2.) dès le 14 mars 2016.

Dans un second temps, le maître de l'ouvrage aurait fait volte-face et aurait *de facto* évincé SOCIETE2.) par son courrier du 6 mai 2016.

De plus, par le seul fait de son classement au deuxième rang et par une « *application d'office de l'article 71 du RGD du 3 août 2009* », il y aurait lieu de considérer que l'offre initiale de SOCIETE2.) avait été déclarée conforme au cahier des charges, dès avant l'éviction de celle-ci.

Le fait par les appelants d'avoir fait exécuter le marché par SOCIETE4.) « *pourtant éliminée pour non-conformité* » constituerait une « *violation directe et grave du droit de SOCIETE2.) d'exécuter le marché à titre de classé 2 passé automatiquement en premier rang suite à l'élimination d'SOCIETE4.)* ».

Selon l'intimée, les parties adverses seraient forcloses à soulever le défaut de conformité technique de l'offre SOCIETE2.), celle-ci ayant été déclarée conforme et classée deuxième en 2016.

L'élimination de l'offre classée en premier n'ouvrirait nullement une nouvelle adjudication, la première mise à adjudication pour ce marché et la décision de classement restant valables « *avec l'exception que l'offre qualifiée de non-conforme par la juridiction administrative est éliminée* ».

Il n'appartiendrait pas au juge civil de procéder à une nouvelle évaluation des offres en cause dans un marché public et donc de se substituer au pouvoir adjudicateur.

Les appelants resteraient liés par leur décision de classement et seraient partant dans « *l'obligation de voir exécuté ce marché, dès l'élimination du classé en premier rang, par celui classé au 2^e rang, donc par la partie SOCIETE2.)* ».

L'intimée conteste formellement la non-conformité technique de son offre et soutient que les appelants resteraient en défaut de rapporter la preuve de leur allégation.

Enfin, l'intimée considère que l'argument relatif à la non-conformité de l'offre initiale présentée par SOCIETE2.) ne saurait être admis, parce qu'il serait contraire au principe de droit bien établi, selon lequel « *nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude* ».

Appréciation de la Cour

Il est constant que l'annulation des décisions des appelants par le juge administratif constitue les appelants en faute, eu égard au principe de l'unité des notions de faute et d'illégalité.

Les appelants contestent en revanche, avec insistance, tant l'existence d'un lien causal entre ladite faute et le préjudice allégué par l'intimée que l'existence de ce préjudice.

Le document intitulé *Aufklärungsprotokoll*, établi le 14 mars 2016 (cf. pièce n° 4 de la farde de Me KINSCH) stipule, à la page 2, sous le point 2, « *Die Vertragspartner sind sich darüber einig, dass im Falle der Auftragserteilung an den AN (i.e. SOCIETE2.)) dieses Verhandlungsprotokoll und die zusätzlichen Vorbemerkungen gemäss Lastenheft Vertragsbestandteil werden* » et, à la page 4, au-dessus de la date et des signatures, « *Eine Beauftragung kommt durch dieses Verhandlungsprotokoll nicht zustande* ».

Il se déduit des stipulations explicites citées ci-dessus que le marché en cause n'avait pas été attribué à SOCIETE2.), à ce stade.

Aucune autre pièce versée par SOCIETE2.) ne permet la conclusion que le marché aurait été attribué à l'intimée et que celle-ci aurait commencé à exécuter le contrat litigieux, avant la décision prise par les appelants de rejeter son offre et d'attribuer le marché à la société concurrente SOCIETE4.), de

sorte que l'intimée soutient à tort qu'elle aurait été évincée par les appelants, après avoir obtenu le marché et commencé à l'exécuter.

Cependant, il ressort de ce même document que les pourparlers entre les parties au litige étaient largement engagés et que plusieurs modalités d'exécution du contrat éventuel avaient d'ores et déjà été convenues, de sorte qu'il y a lieu de supposer que l'offre de SOCIETE2.) avait été jugée, au préalable, conforme au cahier des charges.

Un courriel, adressé en date du 14 mars 2016 à la partie intimée par le représentant des appelants, ne fait qu'étayer cette conclusion, puisque l'auteur dudit courriel y énonce, en treize points, des conditions précises à respecter par l'intimée en cours d'exécution du contrat, lesquelles conditions ont trait notamment au calendrier à respecter, aux modalités des réunions de chantier ou encore aux délais de fourniture de divers plans (cf. pièce n° 3 de la farde de Me KINSCH).

Il ressort par ailleurs d'un courrier recommandé adressé en date du 6 mai 2016 par le consultant des appelants à la partie intimée (cf. pièce n° 2 de la farde de Me HARPES) qu'après examen complet de l'offre de cette dernière (« *nach der fachtechnischen, rechnerischen und qualitativen Prüfung ihres Angebotes* ») celle-ci a été écartée pour des raisons financières (« *aus wirtschaftlichen Gründen* »), de sorte qu'il y a lieu d'en conclure *a contrario* que l'offre avait été acceptée sur le plan technique et déclarée conforme au cahier des charges.

De plus, il est constant que les appelants avaient classé l'offre de SOCIETE2.) en deuxième position, avant que la société SOCIETE4.) ne soit mise en mesure de « régulariser » *a posteriori* son offre initiale.

Dans une certaine mesure, les appelants reconnaissent d'ailleurs eux-mêmes cette déclaration de conformité au cahier des charges de l'offre de l'intimée, puisqu'ils écrivent ce qui suit dans leurs conclusions, « ... *le fait que plus de trois mois se sont écoulés entre la notification des résultats de l'adjudication dans le cadre de laquelle les concluants avaient déclaré l'offre de SOCIETE2.) conforme ...* » ou encore « *même à supposer que les concluants ne soient pas en mesure de revenir sur leur appréciation par laquelle ils ont déclaré l'offre de SOCIETE2.) conforme ...* » et enfin « ... *l'appréciation initiale des concluants selon laquelle l'offre de SOCIETE2.) était conforme au cahier des charges n'était pas définitive ...* » (cf. conclusions récapitulatives, p. 10 et 11).

Dans ces conditions, il convient de retenir que l'offre de SOCIETE2.) avait été déclarée conforme au cahier des charges.

Cette décision quant à la conformité de l'offre présentée par SOCIETE2.) est intervenue antérieurement à la décision d'écarter SOCIETE2.) et d'attribuer le marché à la société concurrente SOCIETE4.).

Le juge administratif n'a pas censuré l'appréciation des appelants quant à la conformité technique de l'offre présentée par SOCIETE2.) et la juridiction de ce siège n'a pas compétence pour ce faire.

Dans l'hypothèse où l'annulation se fonde sur une irrégularité de procédure, l'administration n'a pas à recommencer la procédure *ab initio* si l'erreur s'est produite en cours de procédure ni à refaire les actes de procédure antérieurs ; il suffit de corriger cette erreur et de refaire les actes de procédure ultérieurs dans la mesure où ils ont été entachés par l'erreur censurée par le juge (cf. Cour administrative, 26.01.2011, n° 27711C ; R. Ergéc et F. Delaporte, *Le contentieux administratif en droit luxembourgeois*, Pasicrisie - Bulletin de jurisprudence administrative 2022, p. 59, n° 92).

Etant donné que l'annulation prononcée par le juge administratif concerne uniquement « *la décision du 6 mai 2016 de rejeter l'offre* » de SOCIETE2.) « *et celle portant attribution du marché à la société anonyme SOCIETE4.) SA* » et, compte tenu de la position jurisprudentielle résumée ci-dessus, la juridiction de ce siège n'a pas à se replacer dans la situation antérieure aux décisions censurées par le juge administratif et à réexaminer, à la lumière de la décision du juge administratif, la décision des appelants retenant la conformité au cahier des charges de l'offre présentée par SOCIETE2.), acte antérieur aux décisions censurées.

C'est partant à tort que les appelants soutiennent que l'existence d'un lien de causalité entre l'annulation des décisions des appelants et le préjudice invoqué par l'intimée serait à exclure, au motif que, dans le cadre d'un réexamen « *plus sévère* » de la conformité de l'offre SOCIETE2.) au cahier des charges, à la lumière de l'arrêt confirmatif de la Cour administrative, cette offre devrait « *nécessairement* » être jugée non conforme, et que SOCIETE2.) n'aurait dès lors pas pu obtenir le marché public dont il s'agit.

Quant au préjudice matériel et moral invoqué par l'intimée, les appelants en contestent tant le principe que le quantum.

Ils soutiennent, en ordre principal, que SOCIETE2.) ne justifie d'aucun préjudice matériel ou moral et devrait partant être déboutée intégralement de sa demande en réparation et, en ordre subsidiaire, que SOCIETE2.) a « *perdu tout au plus une chance de se voir attribuer le marché* », laquelle pourrait « *tout au plus s'élever à 5 %* », et non à 100% tel que décidé en première instance.

Bien que la partie intimée ne conclue pas à l'irrecevabilité de l'appel sous ce rapport, il est relevé que l'appel ne peut porter que sur une décision figurant au dispositif du jugement attaqué, seule une telle décision étant de nature à préjudicier à ses intérêts (cf. not. Cour d'appel, 24.05.1978, Pas, 24, 136).

En l'occurrence, les juges de première instance ont retenu, dans la partie consacrée aux motifs, qu'il apparaît « *en l'occurrence certain que la société SOCIETE2.) se serait vu attribuer le marché en l'absence de l'illégalité commise par les pouvoirs adjudicateurs, de sorte qu'elle peut, en principe, prétendre à une indemnisation intégrale de son préjudice consistant dans la privation de sa marge brute* », avant de dire, dans le dispositif du jugement dont appel, « *fondée en son principe la demande de la société SOCIETE2.) G.m.b.H. sur base de l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi modifiée du 1^{er} septembre 1998 relative à la responsabilité civile de l'Etat et des collectives publiques* ».

Dans ces conditions, la demande en réformation des appelants est recevable pour avoir trait à une décision de nature à préjudicier à ses intérêts.

Force est de constater que les juges de première instance ont décidé que SOCIETE2.) pouvait « *prétendre à l'indemnisation intégrale de son préjudice* » et qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer une décote afin de tenir compte de l'aléa, au motif qu'il apparaissait « *en l'occurrence certain que la société SOCIETE2.) se serait vu attribuer le marché en l'absence de l'illégalité commise par les pouvoirs adjudicateurs* », après avoir retenu pourtant l'existence d'un préjudice consistant dans la « *perte d'une chance* » pour SOCIETE2.) de se voir attribuer le marché en question.

Si la Cour rejoint les juges du premier degré en ce qu'ils ont considéré que le préjudice de SOCIETE2.) consistait dans la perte d'une chance de se voir attribuer le marché en question, il en est autrement de leur appréciation quant à l'étendue de la réparation revenant à SOCIETE2.).

Le préjudice invoqué par le demandeur en réparation n'est indemnisable que si l'on a la certitude qu'il s'est déjà réalisé ou qu'il se réalisera un jour. Le préjudice certain s'oppose ainsi au préjudice éventuel qui est trop hypothétique pour être réparé.

Seul le préjudice certain peut donner lieu à réparation et il n'en va pas différemment de la perte d'une chance.

En effet, la perte d'une chance constitue un préjudice certain, à la condition que la chance perdue ait été réelle et sérieuse, dans la mesure où l'on considère que la chance perdue, ainsi définie, présente, en elle-même, une valeur dont le

demandeur en réparation a été privé (cf. A. Weill et F. Terré, Les obligations, Dalloz, coll. Précis, 4e éd., n° 602 ; Cass. 1re civ. 07.04.1998, Bull. civ. I, n° 147; 07.04.2002, Bull. civ. I, n° 116).

La perte d'une chance ne concerne que l'évaluation du préjudice, non le rapport de causalité (cf. Cass. 1re civ. 17.11.1982, Bull. civ. I, n° 39, RTD civ. 1983, 547, obs. G. Durry ; Ph. Malaurie et L. Aynès, Les obligations, Cujas, 10^e éd., n° 242).

En commettant la faute censurée par le juge administratif, les parties appelantes ont privé l'intimée d'une chance réelle et sérieuse de se voir attribuer le marché public en question.

Cette perte d'une chance réelle et sérieuse présente un lien causal direct avec la faute retenue dans le chef des appelants.

L'indemnisation de la perte d'une chance est soumise au principe de la réparation intégrale. Mais comme ce principe oblige à tenir compte de tous les éléments du préjudice, le juge ne peut éviter de prendre en considération l'aléa qui affecte la réalisation de la chance perdue. Il doit dès lors effectuer un abattement par rapport à l'indemnisation du préjudice non aléatoire. L'indemnisation sera donc nécessairement inférieure. Dans son évaluation, le juge doit tenir compte non seulement de l'existence, mais aussi du degré de l'aléa (cf. G. Viney, La responsabilité : conditions, L.G.D.J., n° 284 ; Cour d'appel, IX, 01.06.2017, numéros du rôle 38 786 et 38 787, Pas. 38, 546 ; III, 18.11.2021, numéro du rôle CAL-2018-00729).

La réparation doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée (cf. Cass. 1re Civ., 08.07.1997, Bull. civ. I, n° 239 ; 16.07.1998, Bull. civ. I, n° 260).

C'est donc à tort que les juges de première instance ont d'ores et déjà décidé qu'aucun abattement (ou décote) ne devait être appliquée.

Quant à l'importance de la décote applicable en pareil cas, tout dépendra de la probabilité que la chance avait de se réaliser ; la réparation sera fixée en conséquence (cf. B. Fages, Droit des obligations, L.G.D.J., 4e éd., n° 319).

En l'espèce, eu égard au degré de l'aléa en cause, la Cour estime approprié d'appliquer une décote de 10 % au préjudice non aléatoire.

C'est par de justes motifs que la Cour fait siens que les juges du premier degré ont institué une expertise avec la mission plus amplement spécifiée dans le dispositif du jugement dont appel afin d'évaluer le préjudice matériel subi par SOCIETE2.).

Au vu des conclusions de l'expert judiciaire, il appartiendra, le moment venu, à la juridiction de première instance de fixer le montant de l'indemnité revenant à l'intimée en appliquant la décote susmentionnée de 10 %.

Il y a partant lieu de réformer le jugement entrepris sur ce point.

Quant au préjudice moral, pour la réparation duquel SOCIETE2.) réclame en instance d'appel, comme en première instance, l'allocation de dommages et intérêts d'un montant de 10.000 euros, tout en demandant la confirmation du jugement attaqué « *en tous points* », la Cour constate que les juges du premier degré ont réservé ce volet de la demande, outre le volet de la demande en réparation pour préjudice matériel, « *en attendant l'issue de la mesure d'expertise ordonnée* ».

D'autre part, il convient de réserver le sort des prétentions des parties au litige en ce qui concerne les frais de la première instance et les indemnités de procédure réclamées de part et d'autre pour la première instance.

Eu égard à l'issue du litige, il y a lieu de rejeter la demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel formée par le HÔPITAL1.) et l'SOCIETE1.) et de faire droit à celle formée par SOCIETE2.) relativement à l'instance d'appel, à hauteur de 2.000 euros.

Compte tenu des proportions dans lesquelles les parties au litige ont obtenu gain de cause, il convient de faire masse des frais et dépens de l'instance d'appel et de les imposer, à raison de trois quarts, au HÔPITAL1.) et à l'SOCIETE1.) et, d'un quart, à SOCIETE2.).

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, troisième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel,

le dit partiellement fondé,

réformant,

dit fondée en son principe, à raison de 90 %, la demande de la société de droit allemand SOCIETE2.) G.m.b.H. sur base de l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi

modifiée du 1^{er} septembre 1998 relative à la responsabilité civile de l'Etat et des collectives publiques,

confirme le jugement entrepris pour le surplus,

réserve le sort des demandes en obtention d'une indemnité de procédure pour la première instance ainsi que des frais de la première instance,

déboute le HÔPITAL1.) et l'SOCIETE1.) de leur demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne le HÔPITAL1.) et l'SOCIETE1.) à payer à la société de droit allemand SOCIETE2.) G.m.b.H. une indemnité de procédure de 2.000 euros pour l'instance d'appel,

fait masse des frais et dépens de l'instance d'appel et en impose trois quarts au HÔPITAL1.) et à l'SOCIETE1.) et un quart à la société de droit allemand SOCIETE2.) G.m.b.H., avec distraction au profit de Me Patrick KINSCH et de Me André HARPES, sur leurs affirmations de droit,

renvoie l'affaire en prosécution de cause devant la juridiction du premier degré autrement composée.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Alain THORN, président de chambre, en présence du greffier Isabelle HIPPERT.