

Arrêt civil

Audience publique du 11 février deux mille quinze

Numéro 32685 du rôle.

Composition:

Marie-Anne STEFFEN, président de chambre;
Pierre CALMES, premier conseiller;
Marie-Laure MEYER, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

**le CENTRE NATIONAL DE RÉÉDUCATION
FONCTIONNELLE ET DE RÉADAPTATION REHAZENTER,**
établissement public, représenté par son conseil d'administration, établi et
ayant son siège social à L-2674 Luxembourg, 1, rue André Vésale,

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 la Cour, demeurant à
Luxembourg,

e t :

1) la société anonyme X),

intimée aux fins du susdit exploit THILL du 21 mars 2007,

comparant par Maître Dominique BORNERT, avocat à la Cour,
demeurant à Luxembourg,

2) L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, représenté par son Ministre d'Etat, dont les bureaux sont établis à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation,

intimé aux fins du susdit exploit THILL du 21 mars 2007,

comparant par Maître Jean WELTER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par jugement du 20 décembre 2006 le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a dit que l'association sans but lucratif Rehazenter, Centre National de Rééducation fonctionnelle et de Réadaptation, a rompu fautivement, le 2 avril 2001, le marché de conception et de réalisation d'un centre de rééducation à Dudelange, au lieu dit Frankelach, adjudgé le 19 décembre 1997 à la SA X), suivant notification du 3 avril 1998, que la responsabilité contractuelle de l'association sans but lucratif Rehazenter était engagée et qu'elle était tenue de réparer le préjudice causé par cette rupture de contrat à la SA X). Pour le surplus les juges de première instance ont, après avoir révoqué l'ordonnance de clôture, invité les parties à examiner si la SA X) a droit à l'indemnisation de l'intégralité du préjudice subi ou si la SA X) a perdu la chance de réaliser le centre de rééducation et à conclure quant au préjudice et quant à la mission à confier le cas échéant à l'expert et, finalement les juges de première instance ont invité les parties à examiner si l'Etat a engagé sa responsabilité délictuelle par la violation des obligations contractuelles de l'association Rehazenter.

Pour statuer ainsi les juges de première instance ont admis que notamment le règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 portant 1° institution d'un cahier des charges applicables aux marchés publics et de fournitures pour le compte de l'Etat, et 2° fixation des attributions et du mode de fonctionnement de la Commission des soumissions était applicable, que la décision du 2 avril 2001 du conseil d'administration de l'association Rehazenter ayant annulé la mise en adjudication par voie d'appel de candidature lancée le 19 avril 1997 en vue de la réalisation d'un Centre national de rééducation fonctionnelle et de réadaptation au site Frankelach à Dudelange, au motif que les bases de l'adjudication avaient été substantiellement changées en raison du choix d'un nouveau site, constituait une rupture des relations contractuelles avec la SA X) nouées par la décision d'adjudication du 17 novembre 1997, étant donné que la phase de la mise en adjudication était achevée depuis bien longtemps et que par ailleurs le motif

invoqué dans la lettre du 2 avril 2001 ne constituait pas une cause de résiliation du contrat au sens de l'article 3.2.11.1 du cahier spécial des charges et de l'article 37 du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989.

Sur appel de l'établissement public Centre National de Rééducation Fonctionnelle et de Réadaptation Rehazenter, qui a repris l'instance précédemment engagée par l'a.s.b.l. Rehazenter, entretemps dissoute, la Cour d'appel a, par arrêt du 9 janvier 2013, réformé la décision de première instance, et a dit non fondée la demande de la SA X) sur base de la responsabilité contractuelle, a déclaré irrecevable la demande de la SA X) sur la base délictuelle, a dit sans objet la demande en garantie dirigée par l'association sans but lucratif Rehazenter, a dit irrecevable l'appel incident de l'Etat et a renvoyé les parties SA X) et Etat devant le tribunal d'arrondissement autrement composé.

Pour statuer ainsi la Cour d'appel a admis que le règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 n'était pas applicable à la procédure de marché négocié ou marché de gré à gré, de sorte qu'en l'occurrence il n'y avait pas eu adjudication valant passation du contrat, mais qu'il n'existait entre parties qu'un accord de principe sous la réserve que le projet ne soit pas compromis pour des raisons indépendantes de la volonté de Rehazenter, insérée dans la notification du 3 avril 1998, valant d'après la Cour d'appel lettre d'intention de commande, et un avant-contrat portant sur les études de détail devant précéder la conclusion du contrat définitif. La Cour d'appel en a déduit que la résolution de l'accord était intervenue conformément aux prévisions contractuelles. En raison du non-cumul de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle, la demande de la SA X) sur la base délictuelle a été déclarée irrecevable.

Sur pourvoi de la SA X), la Cour de Cassation a, par arrêt du 12 décembre 2013, cassé l'arrêt de la Cour d'appel du 9 janvier 2013 au motif que les juges d'appel, en retenant en l'absence de dérogation afférente dans le texte, que l'article 32 du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 portant 1° institution d'un cahier des charges applicables aux marchés publics et de fournitures pour le compte de l'Etat, et 2° fixation des attributions et du mode de fonctionnement de la Commission des soumissions, n'était pas applicable au marché de gré à gré ou marché négocié, ont violé le texte visé au moyen.

Conformément à l'article 28 de la loi du 18 février 1885, telle que modifiée, lorsque la Cour de Cassation cassera ou annulera un arrêt ou un jugement, elle déclarera nulles et de nul effet lesdites décisions judiciaires et les actes qui s'en sont suivis et elle remettra les parties au même état où elles se sont trouvées avant la décision cassée ou annulée.

Quant à l'appel principal :

Postérieurement à l'arrêt de cassation du 12 décembre 2013 l'appelante a conclu comme suit par conclusions du 5 mars 2014 :

« 1. Le tribunal de première instance a, au vu de l'arrêt de la Cour de Cassation, retenu à juste titre que les obligations des parties, dans le cadre du marché négocié, la date de naissance et l'étendue de ces obligations et les conditions du marché font l'objet des dispositions particulières.

2. Force est dès lors de constater que conformément à l'arrêt de la Cour de Cassation, le litige doit être solutionné sur base des dispositions légales réglant les conventions contractuelles en général.

3. Au vu de l'arrêt de la Cour de Cassation, l'adjudication vaut passation du contrat selon l'accord des parties.

4. L'accord de la partie concluante fut expressément soumis à la réserve que « nous tenons également à vous reconfirmer les réserves faites antérieurement pour le cas où la réalisation du projet serait compromise pour des raisons indépendantes de notre volonté » (cf. courrier du 3.04.1998 de l'ASBL REHAZENTER).

Cette réserve est des plus claires et juridiquement valable dans le cadre de l'exécution des relations contractuelles.

Sous ce point de vue, la partie concluante fait sienne l'argumentation développée par la juridiction d'appel dans son arrêt du 9.01.2013 :

« B) Les réserves

La partie X) a conclu en ces termes que, « contrairement à ce qu'affirme Rehazenter, 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 X) du 9 avril 1998 à Rehazenter n'ont pas été versés en cause) – que la réalisation du projet ne soit pas compromise pour des raisons indépendantes de la volonté de Rehazenter.

Il ressort de la lettre précitée de X) 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 X) 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 Dudelange. 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, X) savait pertinemment, comme l'a fait remarquer la partie CNRFR (v. supra), que la réalisation du projet à Dudelange 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, Rehazenter, 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 Rehazenter, étant donné que l'association Rehazenter 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 Luxembourg-Kirchberg. 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 X) opposant ne pas avoir consenti à la clause de réserve ne saurait valoir. La clause est opposable à X). Si X) n'a pas voulu l'accepter, il lui aurait appartenu de se retirer du marché. X) ayant par la suite œuvré pour la mise au point du projet est tenue pour avoir accepté la clause de réserve.

La lettre de X) du 9 avril 1998 évoquant un « engagement irrévocable » de Rehazenter vise, non pas le marché global, comme le soutient la partie X), mais son engagement de faire réaliser, suivant ladite lettre, « les premières

études conformément aux termes de notre (c.-à-d. de X) lettre du 31 mars 1998 ». Il s'agit des prestations à réaliser en vue des dossiers dits « projet de loi spéciale » et « CPH » visés ci-dessus.

Pour répondre aux conclusions de la partie X), 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 X) a encore opposé le paragraphe 1^{er} 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 X) 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 ».

5. « L'annulation de la mise en adjudication »

L'Etat s'étant finalement décidé pour le site à Luxembourg-Kirchberg, la réalisation du projet au site initialement choisi était, pour l'association Rehazenter, « 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 X).

Il ne conçoit pas en effet que l'association Rehazenter 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 Dudelange, toutes questions pour lesquelles Rehazenter dépendait directement de l'Etat.

La partie X) 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 Dudelange. D'autre part, les réserves auraient été levées par suite des prestations exécutées jusque-là par X).

Comme l'indique la partie X) 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 Dudelange. Cette loi avait créé les conditions pour la réalisation du Rehazenter 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 Rehazenter. Quoi qu'il en soit de la décision de l'Etat, il reste que la partie cocontractante Rehazenter, 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 Rehazenter avait fait entreprendre les prestations dont il est question ci-dessus. Dans la même ligne, la partie X) 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 X) 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 X) 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 Rehazenter. Le fait que la commission d'adjudication – qui n'est pas un organe de gestion ou de direction de Rehazenter – 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 X), 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 Rehazenter avait-elle lancé un nouvel appel d'offres pour la réalisation du centre au Kirchberg. A noter que les procédures engagées par X) devant les juridictions administratives contre la nouvelle procédure d'appel de candidatures et visant à annuler la décision litigieuse de Rehazenter 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 Dudelange, au lieu-dit « Frankenlach ». 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). X) 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 X) 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 X) à la date de sa notification le 26 avril 2001. L'association Rehazenter n'a donc pas engagé sa responsabilité contractuelle envers la société X) pour ce qui concerne « l'annulation » de la procédure de marché négocié. La société X) n'est pas fondée à demander réparation pour le gain manqué (lucrum cessans) ».

6. *Quant à la demande basée sur les articles 1794 et ss du Code Civil :*

Là encore, la partie concluante fait sienne l'argumentation développée par la juridiction d'appel qui a retenu que « l'article 1794 du Code Civil ne s'applique pas pour déterminer l'indemnisation, la résolution n'étant pas intervenue unilatéralement par le maître de l'ouvrage.

7. *Quant à la demande basée sur les articles 1382 et 1383 du Code Civil*

Là encore, la partie concluante fait sienne l'argumentation développée par la juridiction d'appel qui a retenu « les articles 1382 et 1383 du Code Civil ne sont pas à appliquer en vertu de la règle du non-cumul de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle, de sorte que la demande en réparation est à déclarer irrecevable sur base de la responsabilité délictuelle ».

L'intimé Etat du Grand-Duché de Luxembourg a, par conclusions du 29 avril 2014, conclu comme suit :

« I. L'arrêt de la Cour de cassation retient que l'article 32, paragraphe 8, du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 portant institution d'un cahier général des charges applicable aux marchés publics, est exécutoire dans la présente affaire et que l'adjudication précitée datée du 3 avril 1998 vaut passation du contrat et attribution ferme à X) du marché public portant sur la conception et la réalisation du projet du Centre National de Rééducation Fonctionnelle et de Réadaptation (CNRFR).

L'Etat du Grand-Duché prend acte de la décision de la Cour Suprême, devant laquelle il s'incline.

II. En ce qui concerne la responsabilité de l'Etat du Grand-Duché dans le présent litige, la partie concluante maintient ses conclusions antérieurement prises et demande à être mise hors de cause.

En déclarant que Rehazenter était cocontractant de X) et avait engagé sa responsabilité contractuelle en cette qualité, le tribunal d'arrondissement avait constaté implicitement que l'Etat n'était pas partie à ce contrat, ni directement, ni comme mandant : « Contrairement à ce que soutient la partie défenderesse, dans ses conclusions du 5 mars 2003, l'association Rehazenter, qui a dû soumettre le marché aux règles relatives aux marchés

publics en raison du financement prépondérant du marché par l'Etat, n'en constitue pas pour autant un mandataire ou un prête-nom de l'Etat. L'association, même si elle était dans un état de dépendance à l'égard de l'Etat, a conclu le marché et a décidé de l'annuler. Aucun élément du dossier ne permet de conclure que l'Etat a mandaté l'association ou que celle-ci a agi en tant que prête-nom. » (jugement entre les parties en cause du 20 décembre 2006; page 14; 6. L'obligation de réparer le préjudice;) »

L'intimée, la SA X), demande la condamnation de l'établissement public Centre National de Rééducation Fonctionnelle et de Réadaptation Rehazenter et de l'Etat, solidairement sinon in solidum à lui payer la somme de 12.294.676.- € à titre de réparation du dommage causé, sinon l'institution d'une expertise aux fins de voir fixer son préjudice et le paiement d'une provision.

Il résulte du dossier que tout en reconfirmant « *les réserves faites antérieurement pour le cas où la réalisation du projet serait compromise pour des raisons indépendantes de la volonté de l'a.s.b.l. Rehazenter* », l'a.s.b.l. Rehazenter a informé par courrier du 3 avril 1998 la SA X) que la commission d'adjudication avait décidé à l'unanimité en sa séance du 19 novembre 1997 de retenir l'offre de la SA X).

Par décision du 2 avril 2001, l'a.s.b.l. Rehazenter a pris la décision d'annuler « *la mise en adjudication par voie d'appel de candidature lancée le 19 février 1997 en vue de la réalisation d'un Centre National de Rééducation Fonctionnelle et de Réadaptation au site Frankelach à Dudelange* » en raison du choix d'un nouveau site ayant substantiellement changé les bases de l'adjudication.

Le règlement grand-ducal du 2 janvier 1989, que la Cour de Cassation, dans son arrêt du 12 décembre 2013, a déclaré applicable au marché de gré à gré ou marché négocié, est conçu notamment comme suit :

« Chapitre 8. - Abandon et annulation d'une mise en adjudication et remise en adjudication

Art. 31. (1) 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 le Gouvernement en Conseil, peut renoncer à une adjudication.

(2) *Sans préjudice d'autres causes de nullité, une mise en adjudication peut être annulée pour les motifs suivants:*

a. si aucune des offres ne répond aux conditions prescrites ou si le commettant, après avoir pris l'avis de la Commission des soumissions, a considéré la soumission comme n'ayant pas donné de résultat satisfaisant;

b. s'il est établi que les soumissionnaires, au mépris de l'honnêteté commerciale, se sont concertés pour établir leur prix;

c. si, à la suite de circonstances imprévues, les bases d'adjudication ont subi des changements substantiels;

d. si toutes les offres susceptibles d'être acceptées ont été retirées à l'expiration du délai d'adjudication;

e. s'il a été reconnu que des erreurs substantielles sont contenues dans le dossier de soumission ou que des irrégularités d'une influence décisive ont été constatées au sujet de l'établissement des offres;

f. s'il est établi que des tiers ont entravé ou troublé la liberté des soumissionnaires par violence ou par menaces soit avant, soit pendant les soumissions.

(...)

Chapitre 9. – Adjudication

Art. 32. – Choix de l'adjudicataire

(...)

(8) L'adjudication vaut passation de contrat si elle a lieu dans le délai prévu ou dans le délai accepté par le soumissionnaire. L'adjudicataire en est avisé par écrit. De même le commettant informe par écrit les autres concurrents qu'il ne fait pas usage de leur offre, avec l'indication des motifs à la base de la non-prise-en-considération de celle-ci. Il leur est restitué les échantillons, projets et autres pièces dont ils ont accompagné leur offre, s'ils ont sollicité cette restitution dans leur soumission, ou s'ils en font la demande endéans deux semaines après la notification de la non-acceptation de leur offre.

Chapitre 11. – Résiliation et adaptation des marchés

Art. 37. (1) Si entre la remise de l'offre et l'achèvement des travaux, fournitures ou services, des changements importants se sont produits dans le

domaine des prix, des salaires ou des conditions d'exécution, le contrat peut être résilié ou modifié selon les règles suivantes:

A. Résiliation du contrat.

a) Le contrat peut être résilié sur demande du commettant ou de l'adjudicataire si des variations importantes et imprévisibles de prix, de salaires ou de conditions d'exécution se sont produites à la suite d'un cas de force majeure, comme notamment une guerre, un cataclysme, une révolte, une grève, l'occupation du pays par une puissance étrangère.

b) Le contrat peut être résilié sur demande de l'adjudicataire

i) si, du fait du commettant, la date de commencement des travaux prévue est dépassée de plus de vingt jours ouvrables;

ii) si, avant le début des travaux, le commettant apporte des changements au contrat entraînant une variation de plus de vingt pour cent de la valeur totale du marché.

B. Modification du contrat.

Le contrat peut être modifié

a) dans les cas spécifiés sub (1) A ci-dessus;

b) si, en cours d'exécution, le commettant apporte des changements à l'exécution du marché entraînant une variation d'au moins vingt pour cent de la valeur totale du marché;

c) si, depuis la remise de l'offre, des variations imprévisibles de prix ou de salaire se sont produites suite à des interventions légales ou réglementaires;

d) si, depuis la remise de l'offre, des fluctuations importantes et imprévisibles des prix peuvent être constatées dans les cotations officielles, les mercuriales ou les publications de prix des matières premières.

(2) Les modifications du contrat prévues sub (1) B. a) et (1) B. b) ci-dessus peuvent porter sur l'ensemble des éléments constitutifs du prix, y compris le bénéfice.

(3) Les modifications du contrat se faisant à la suite de variations de prix prévues sub (1) B. c) et (1) B. d) ci-dessus ont pour objet, ou bien d'éviter à l'adjudicataire des pertes dont il ne peut être rendu responsable, ou bien d'éviter la réalisation d'un bénéfice supplémentaire au profit de l'adjudicataire. Ces modifications constituent des révisions de prix et se limitent par conséquent exclusivement à l'effet des variations constatées dans ceux des facteurs des prix de revient qui ont changé, ainsi qu'aux taxes et charges sociales qui s'y rattachent d'une façon proportionnelle.

(4) Toutefois si du fait du commettant le délai contractuel est dépassé de plus de 3 mois, le bénéfice en valeur absolue peut être actualisé également.

(5) En cas de résiliation ou de modification du contrat, la procédure est la suivante:

A. La résiliation du contrat doit être demandée sous peine de nullité par lettre recommandée.

(...) ».

Il résulte de ces dispositions que l'adjudication vaut passation du contrat conformément à l'article 32 (8) du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 et que seule la mise en adjudication peut être annulée conformément à l'article 31 (2) du même règlement.

Par décision du 2 avril 2001 l'a.s.b.l. Rehazenter a cependant annulé la mise en adjudication au motif que les bases de l'adjudication avaient subi des changements substantiels, bien que l'adjudication du 19 novembre 1997 valût passation du contrat entre parties. C'est dès lors à juste titre que les juges de première instance ont admis que la décision du 2 avril 2001 constituait une rupture fautive par l'a.s.b.l. Rehazenter des relations contractuelles engageant la responsabilité de cette dernière. C'est encore à juste titre que les juges de première instance ont retenu que le motif invoqué, à savoir la modification substantielle des bases de l'adjudication, ne constituait pas une cause de résiliation du contrat, ni au sens de l'article 3.2.11.1 du cahier des charges qui permet uniquement une résiliation aux torts de l'adjudicataire, ni au sens de l'article 37 du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 qui permet la résiliation sur demande du commettant en cas de variations importantes des conditions du marché ou en cas de force majeure. Il n'appartenait certainement pas aux juges de première instance de modifier la nature de la décision prise par l'a.s.b.l. Rehazenter du 2 avril 2001 en transformant l'annulation de la mise en adjudication en une résiliation pour une des causes énumérées à l'article 37 (1), A. du prédict règlement.

Par ailleurs les réserves énoncées par l'a.s.b.l. Rehazenter dans le courrier du 3 avril 1998 confirmant la décision d'adjudication rendue le 19 novembre 1997 par la commission d'adjudication, ne rentrent pas dans le champ contractuel, alors que l'adjudication du 19 novembre 1997 vaut passation du contrat, de sorte que des réserves exprimées postérieurement à la décision d'adjudication et non acceptées par l'adjudicataire, ne sauraient engager ce dernier.

L'effet dévolutif de l'appel a pour effet de transporter et de remettre en question devant les juges du second degré tous les points de fait et de droit que comportait le litige précédemment tranché par les juges du premier degré (Encyclopédie Dalloz Procédure civile et commerciale, verbo appel, n° 608). Le juge d'appel doit être saisi d'une question qui a déjà été soumise au premier degré de juridiction. L'effet dévolutif joue de plein droit lorsque les conditions sont remplies, à savoir lorsqu'il y a réformation d'une décision qui a tranché le fond (Le droit judiciaire privé par Thierry Hoscheit n° 1311). En l'occurrence le jugement sur le fond qui a retenu la responsabilité de l'a.s.b.l. Rehazenter sera confirmée, de sorte qu'il y a lieu de renvoyer l'affaire devant les juges de première instance pour permettre aux parties d'examiner si la

nécessité d'obtenir les autorisations et agréments prévus au cahier des charges avant la réalisation du projet permet une indemnisation du préjudice intégral ou si la SA X) a subi la perte d'une chance de réaliser ce marché et pour permettre aux parties de conclure de façon détaillée quant au préjudice et quant à la mission précise à confier le cas échéant à un expert, ces points n'ayant pas encore été tranchés par les juges du premier degré.

L'appel principal n'est partant pas fondé.

Quant à l'appel incident de l'Etat du Grand-Duché :

L'Etat a interjeté appel incident pour autant que les juges de première instance ont ordonné la réouverture des débats pour permettre aux parties d'examiner si l'Etat du Grand-Duché n'avait pas engagé sa responsabilité délictuelle par violation des obligations contractuelles de l'a.s.b.l. Rehazenter au lieu de débouter la partie demanderesse si la preuve d'une éventuelle responsabilité délictuelle de l'Etat n'avait pas été rapportée.

L'Etat a interjeté appel incident « *en ce que celui-ci (le jugement entrepris) a rouvert les débats pour permettre aux parties d'examiner si l'Etat avait engagé sa responsabilité délictuelle par violation des obligations contractuelles de l'association Rehazenter* ». L'Etat ne demande pas à la Cour d'appel de dire que sa responsabilité délictuelle n'est pas engagée. Un tel appel aurait d'ailleurs été irrecevable au regard de l'article 579 du NCPC, les juges de première instance n'ayant pas tranché cette question.

Il faut dès lors supposer que l'appel incident de l'Etat vise la révocation de l'ordonnance de clôture sur base l'article 225 du NCPC, suivant lequel la réouverture des débats n'est possible que s'il se révèle une cause grave depuis que l'ordonnance de clôture a été rendue. La décision de révocation de l'ordonnance de clôture peut faire l'objet d'un appel avec la décision rendue au fond (cf. Le droit judiciaire privé par Thierry Hoscheit, n° 593 page 313). L'omission des parties de conclure de façon circonstanciée quant à la responsabilité délictuelle de l'Etat, n'est pas à considérer comme une cause grave postérieure à l'ordonnance de clôture justifiant sa révocation (cf. op. cit. n° 595, pages 314 et 315).

Il y a dès lors lieu par réformation du jugement entrepris d'annuler la révocation de l'ordonnance de clôture pour permettre aux parties d'examiner si l'Etat a engagé sa responsabilité délictuelle par violation des obligations contractuelles de l'a.s.b.l. Rehazenter.

Il y a cependant lieu de renvoyer ce volet de l'affaire devant le Tribunal d'arrondissement autrement composé, alors qu'aucune décision sur la question de la responsabilité de l'Etat n'a encore été prise.

Il n'y a cependant pas lieu d'allouer une provision à la SA X), alors que l'envergure du préjudice subi par la SA X) n'est pas d'ores et déjà établie.

La partie intimée la SA X) a demandé la condamnation de l'appelante l'établissement public Centre National de Rééducation Fonctionnelle et de Réadaptation Rehazenter au paiement d'une indemnité de procédure en instance d'appel.

Eu égard à l'issue de l'appel cette demande est à déclarer fondée.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement et sur le rapport du magistrat de la mise en état,

vu l'arrêt de la Cour de cassation du 12 décembre 2013 ;

déclare l'appel principal non fondé ;

déclare l'appel incident recevable et fondé ;

réformant partiellement,

annule la révocation de l'ordonnance de clôture ordonnée dans le jugement du 20 décembre 2006 pour autant qu'elle a invité les parties à examiner si l'Etat a engagé sa responsabilité délictuelle par violation des obligations contractuelles de l'a.s.b.l. Rehazenter ;

confirme le jugement du 20 décembre 2006 pour le surplus ;

renvoie l'affaire en prosécution de cause devant le tribunal d'arrondissement autrement composé ;

dit fondée la demande de la SA X) basée sur l'article 240 du NCPC ;

partant,

condamne l'établissement public Centre National de Rééducation Fonctionnelle et de Réadaptation Rehazenter à payer à la SA X) le montant de 1.000.- € à titre d'indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

condamne l'établissement public Centre National de Rééducation Fonctionnelle et de Réadaptation Rehazenter à tous les frais et dépens de l'instance d'appel, avec distraction au profit de Maître Dominique Bornert qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.