

Arrêt référé

Audience publique du 11 mars deux mille neuf

Numéro 34284 du rôle.

Composition:

Julien LUCAS, président de chambre;
Marie-Anne STEFFEN, premier conseiller;
Jean-Paul HOFFMANN, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

la société anonyme A),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg en date du 14 novembre 2008,

comparant par Maître Jacques WOLTER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1. la Ville de B),

intimée aux fins du susdit exploit ENGEL du 14 novembre 2008,

comparant par Maître Julie ASSELBOURG, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

2. la société anonyme C),

intimée aux fins du susdit exploit ENGEL du 14 novembre 2008,

comparant par Maître Alain RUKAVINA, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR DAPPEL :

Exposant que la Ville de B) avait commis une faute en chargeant, dans le cadre d'un marché public, la société C) de travaux d'infrastructure dans les rues Laroche et Pierre Eloi Schoué, alors que ladite société n'avait pas participé à l'adjudication du mois de février 2007, la société A) a assigné le 3 octobre 2008 B) de la Ville de B) et la société C) devant le juge des référés pour voir ordonner le sursis à l'exécution de la décision d'adjudication et lui voir interdire la continuation du chantier.

Par ordonnance du 14 octobre 2008, le juge saisi a dit la demande irrecevable.

Par exploit d'huissier du 14 novembre 2008, la société A) a régulièrement relevé appel de cette ordonnance, signifiée le 19 novembre 2008.

Elle insiste en premier lieu sur l'illégalité manifeste de la décision de la Ville de B) d'attribuer en définitive le marché à la société C), alors qu'un marché ferme avait été conclu entre elle (appelante) et la Ville, ainsi que cela résulterait de plusieurs courriers échangés entre parties. Elle ajoute dans le même contexte que la société C) n'avait pas fait d'offre dans le cadre de la soumission publique de sorte que la Ville aurait dû organiser une nouvelle soumission. En l'absence d'urgence, la Ville ne pouvait attribuer le marché par voie de procédure négociée à C). Elle fait encore valoir que la Ville aurait failli à son obligation de bonne foi en établissant un cahier des charges incomplet.

Elle se base sur la directive 1989/665 CE pour conclure à la suspension de l'exécution de la décision de la Ville d'attribuer les travaux à C). Elle invoque en outre la directive 2007/66 CE pour dire que le premier juge aurait dû constater l'illégalité du contrat conclu entre les deux intimées et partant en suspendre l'exécution. Elle conclut à la réformation de l'ordonnance attaquée.

La Ville de B) précise avoir sollicité à plusieurs reprises l'avis de la Commission des Soumissions avant de conclure un marché négocié avec C) en vertu de l'article 8 1) f de la loi modifiée du 30 juin 2003 sur les marchés publics. Elle fait valoir ensuite que la demande de l'appelante en surséance de la décision d'adjudication des travaux de rénovation et de la continuation du chantier relèverait de la seule compétence des juridictions administratives de sorte que le juge des référés ne saurait en connaître.

La Ville expose en ordre subsidiaire que l'appelante ne justifierait d'aucun dommage imminent ou d'un trouble manifestement illicite de sorte que la demande adverse, basée sur l'article 933 du NCPC, serait à rejeter. Elle fait valoir dans ce contexte que la soumission aurait pris fin avec l'attribution du marché à la société D). Aucun texte de loi n'obligerait le pouvoir adjudicateur de s'adresser aux autres soumissionnaires, en cas de résiliation du contrat conclu avec le candidat ayant présenté l'offre la plus avantageuse. Elle ajoute que son cahier des charges était conforme aux dispositions légales régissant la matière. Elle conteste tout dommage dans le chef de l'appelante, qui ne pourrait prouver que le marché lui aurait été attribué, suite à la résiliation du premier contrat. Elle conclut encore au rejet de la demande en tant qu'elle est basée sur l'article 932 du NCPC. Elle conteste dans ce contexte que la condition de l'urgence soit remplie, l'appelante n'ayant agi en justice que trois mois après l'attribution du marché à C). Elle demande la confirmation de l'ordonnance attaquée.

L'intimée C) conteste tout dommage imminent pour l'appelante, les travaux lui confiés ayant été entamés en juin 2008. En cas d'annulation de l'adjudication par les juridictions administratives, l'appelante se verrait tout au plus allouer des dommages-intérêts pour perte d'une chance. Le marché négocié aurait été conclu en toute légalité, vu l'urgence à terminer les travaux entamés par l'entreprise D). Elle conteste que la procédure de la soumission publique n'ait pas été respectée. L'appelante ne pourrait pas non plus contester le cahier des charges établi par la Ville de B) devant les juges du fond, faute d'avoir saisi le juge administratif dans un délai de trois mois à partir de sa publication. Elle conteste encore que la condition de l'urgence soit remplie.

Concernant les directives européennes invoquées par l'appelante, elle fait valoir que la législation nationale serait en parfaite harmonie avec les principes consacrés par la directive 89/665, en ayant prévu des procédures rapides permettant la prise de mesures provisoires. Elle conteste encore que la législation nationale soit contraire à la directive 2007/66, dont le délai de transposition n'est de toute façon pas encore écoulé. Elle conclut aussi à la confirmation de la première ordonnance.

Quant à la première base légale invoquée par la société A) pour son action, à savoir l'article 933 alinéa 1^{er} du NCPC, c'est à raison et par des motifs que la Cour adopte que le premier juge a dit la demande irrecevable. En l'absence d'une faute manifeste de la Ville de B) lors de l'attribution du marché à C), il n'appartient ni au juge civil du fond ni surtout au juge des référés de se prononcer sur la régularité de ladite attribution et de suspendre des travaux qui sont en cours depuis plus de six mois. Le caractère complet ou non du cahier des charges est sans importance dans ce contexte.

Pour ce qui est de l'article 932 alinéa 1^{er} du même code, certes non expressément invoqué par la société A), les contestations soulevées par les défenderesses originaires au sujet de la procédure d'adjudication des travaux de rénovation ne sont pas dénuées de sérieux de sorte que la demande laisse également d'être fondée sur cette base.

La directive 89/665 fut transposée dans le droit national par la loi du 21 juin 1999, portant règlement de procédure devant les juridictions administratives. L'article 12 de cette loi prévoit un recours rapide et efficace en cas de violation claire et manifeste commise lors d'une procédure de passation d'un marché public. En outre, l'article 933 alinéa 1^{er} du NCPC permet de saisir le juge des référés près le tribunal civil si l'objet du litige ne rentre pas dans les compétences d'attribution du juge administratif.

Il suit de ces développements qu'il n'y a pas eu violation de la directive susmentionnée.

Concernant la directive 2007/66, il n'est pas contesté que le délai de transposition dans la loi nationale n'est pas venu à terme. A cela s'ajoute qu'à l'opposé des traités internationaux, qui sont en principe d'application directe dans les divers droits internes, tel n'est pas le cas pour les directives, à moins que la précision de leurs termes, la clarté et l'inconditionnalité de l'obligation qu'elles contiennent ne permettent d'en décider autrement. Dans le cas où une directive comporte un délai de transposition, comme en l'espèce, un particulier s'estimant lésé ne saurait reprocher à un Etat membre de ne pas avoir transposé la directive avant l'arrivée du terme.

Le but de la présente directive fut d'améliorer l'efficacité des procédures de recours en matière de passation de marchés publics, sans pour autant vouloir excéder ce qui est nécessaire pour atteindre son objectif. L'article premier, alinéa 3 précise que les Etats membres garantissent que les décisions prises par les pouvoirs adjudicataires puissent faire l'objet de recours efficaces et rapides.

Comme exposé ci-dessus, ce but est assuré au Luxembourg par la mise en place de recours rapides devant le tribunal administratif et le juge des

référés. Il n'y a donc pas non plus violation de la directive 2007/66, abstraction du fait de savoir si elle est déjà applicable ou non.

Il suit de l'ensemble des développements qui précèdent que la demande de la société A) fut à raison déclarée irrecevable.

L'appelante sollicite l'octroi d'une indemnité de procédure. Cette demande est à rejeter au vu du sort qui sera réservé à l'appel.

La Ville de B) et la société C) demandent à leur tour une indemnité sur base de l'article 240 du NCPC. Ces demandes sont à rejeter, la condition d'iniquité posée par la loi n'étant pas remplie.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel en la forme,

le dit non fondé,

confirme l'ordonnance attaquée,

rejette les diverses demandes basées sur l'article 240 du NCPC,

condamne l'appelante aux frais et dépens de l'instance.