

- Arrêt civil -

**Audience publique du dix-sept novembre deux mille onze**

**Numéros 34847, 35447 et 35646 du rôle**

**Composition:**

Carlo HEYARD, président de chambre,  
Eliane EICHER, premier conseiller,  
Roger LINDEN, conseiller,  
Lex BRAUN, greffier.

I.

**E n t r e**

la **société anonyme de droit belge XXXXXX S.A.**, établie et ayant son siège social à B-..., immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Z sous le numéro ..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

**appelante** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Josiane GLODEN, en remplacement de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch-sur-Alzette, du 9 avril 2009,

comparant par Maître Marc ELVINGER, avocat à la Cour à Luxembourg,

**e t**

**l'ADMINISTRATION COMMUNALE DE LA VILLE DE LUXEMBOURG**, représentée par son collège des bourgmestre et échevins, établie à L-2090 Luxembourg, Hôtel de Ville, 42, place Guillaume II,

**intimée** aux fins du susdit exploit GLODEN,

comparant par Maître Christian POINT, avocat à la Cour à Luxembourg ;

II.

## **E n t r e**

**l'ADMINISTRATION COMMUNALE DE LA VILLE DE LUXEMBOURG**, représentée par son collège des bourgmestre et échevins, établie à L-2090 Luxembourg, Hôtel de Ville, 42, place Guillaume II,

**appelante** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 25 septembre 2009,

comparant par Maître Christian POINT, avocat à la Cour à Luxembourg,

**e t**

la **société anonyme de droit belge XXXXXX S.A.**, établie et ayant son siège social à B-..., immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Z sous le numéro ..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

**intimée** aux fins du susdit exploit THILL,

comparant par Maître Marc ELVINGER, avocat à la Cour à Luxembourg ;

**III.**

## **E n t r e**

la **société anonyme de droit belge XXXXXX S.A.**, établie et ayant son siège social à B-..., immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Z sous le numéro ..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

**appelante** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Gilles HOFFMANN, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg, du 23 décembre 2009,

comparant par Maître Marc ELVINGER, avocat à la Cour à Luxembourg,

**e t**

**l'ADMINISTRATION COMMUNALE DE LA VILLE DE LUXEMBOURG**, représentée par son collège des bourgmestre et échevins, établie à L-2090 Luxembourg, Hôtel de Ville, 42, place Guillaume II,

**intimée** aux fins du susdit exploit HOFFMANN,

comparant par Maître Christian POINT, avocat à la Cour à Luxembourg .

## LA COUR D'APPEL :

Par acte d'huissier de justice du 31 mars 2004, la société anonyme XXXXXX S.A. xxxxxx (ci-après la société XXXXXX) a fait donner assignation à la Ville de Luxembourg pour l'entendre condamner à lui payer des dommages et intérêts d'un montant de 4.986.000 €, subsidiairement la somme de 125.000 € en raison de frais inutilement engagés pour la participation à la procédure d'adjudication du marché relatif à « la construction et l'exploitation d'un parking public souterrain d'environ 420 emplacements sous l'avenue Monterey à Luxembourg-Ville », pour lequel la Ville de Luxembourg a publié un appel d'offres public le 1<sup>er</sup> juillet 1993.

Les faits à l'appui de la demande peuvent être résumés comme suit :

Le 17 septembre 1993, l'association momentanée X'X'X'X'X'X' (XXXXXX / TTTTTT) a remis une offre pour le susdit projet.

Cinq dossiers de candidature ont été présentés dans les délais prévus, dont celui remis par l'association momentanée X'X'X'X'X'X' et un dossier remis par la société SSSSSS, société créée par YYYYYY pour les besoins du projet litigieux.

Le 22 février 1994, une convention a été conclue entre le collège des bourgmestre et échevins et la société SSSSSS pour la construction et l'exploitation d'un parc de stationnement sous l'avenue Monterey.

Le 28 février 1994, le conseil communal a approuvé cette convention.

Le 4 janvier 1995, le Ministre des affaires culturelles a donné son accord de principe à la réalisation du parking souterrain de l'avenue Monterey, sous conditions que le Fort Lambert soit conservé dans son intégralité, dans sa substance, et dans sa cohérence, que les travaux de construction du parking aillent de pair avec la mise en valeur du Fort Lambert, et que les plans de construction définitifs soient soumis à son approbation.

Pour tenir compte des modifications du projet dues aux contraintes ainsi posées, la convention conclue entre la Ville de Luxembourg et la société SSSSSS a fait l'objet d'un avenant.

Cet avenant du 18 octobre 1996 a été approuvé par le conseil communal le 30 octobre 1996.

La demanderesse a fait valoir que le marché aurait dû être attribué à l'association momentanée X'X'X'X'X'X' au motif que son offre était économiquement la plus avantageuse.

A l'appui de son assignation du 31 mars 2004, elle a exposé que « si même la décision d'adjudication du marché initial à YYYYYY était (...)

illégal, cette illégalité n'a, en droit, pas tiré à conséquence pour la raison que le marché, tel qu'adjudgé à YYYYYY, n'a en fait jamais été réalisé, compte tenu des exigences entre-temps formulées par le Ministère des affaires culturelles et qui ont rendu nécessaire une redéfinition du projet.

Mais c'est à tort que l'exécution d'un projet modifié pour tenir compte des exigences du Ministère des affaires culturelles a été confié à YYYYYY sans mise en adjudication préalable et sans, par conséquent, que la possibilité n'ait été offerte aux autres parties de concourir à une nouvelle procédure d'adjudication.

En effet, s'agissant d'un projet substantiellement modifié, aussi bien dans sa conception que dans son envergure financière, par rapport à celui initialement mis en adjudication, une nouvelle procédure d'adjudication s'imposait.

En omettant de remettre le marché modifié en adjudication, la Ville de Luxembourg a partant agi fautivement et sa responsabilité se trouve engagée pour le préjudice en résultant.

En tenant compte à la fois du fait que l'offre de la requérante était dès le départ financièrement la plus intéressante et que relativement à la contrainte – en définitive déterminante – de la préservation du Fort Lambert, elle requérait moins d'adaptations que celle de YYYYYY pour répondre aux exigences du Ministère des affaires culturelles, il est incontestable que dans le cadre d'un processus équitable et non biaisé de mise en concurrence, la requérante avait de très sérieuses chances de se voir attribuer le marché ».

Même à admettre que la Ville de Luxembourg n'ait pas été obligée de remettre le projet en adjudication, elle aurait néanmoins commis une faute de nature à engager sa responsabilité par le fait de ne pas avoir requis l'accord du Ministère des affaires culturelles avant de procéder à l'adjudication des travaux ou de ne pas avoir intégré les exigences de principe de ce Ministère dans le cahier des charges.

La société XXXXXX a demandé, principalement, la réparation de son manque à gagner résultant de la non-attribution du marché modifié à son profit et évalué à la somme de 4.986.000 € et, subsidiairement, elle a sollicité l'indemnisation du préjudice résultant de son concours à une procédure d'adjudication pour « un projet dont elle (la Commune) ne s'était pas raisonnablement assurée qu'il pouvait être exécuté tel que mis en adjudication », préjudice qu'elle a évalué à la somme de 125.000 €.

La société XXXXXX a basé sa demande principalement sur les articles 1382 et 1383 du code civil et subsidiairement sur l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup> de la loi du 1<sup>er</sup> septembre 1988 relative à la responsabilité de l'Etat et des collectivités publiques.

La Ville de Luxembourg a fait relever qu'au moment du lancement de l'appel d'offres pour la construction et l'exploitation du parking souterrain, la législation relative aux marchés publics n'aurait pas spécifiquement visé les marchés de concession de travaux.

Elle a contesté que sa responsabilité soit engagée.

Par jugement du 14 juin 2006, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a rejeté les moyens d'incompétence et d'irrecevabilité soulevés par la Ville de Luxembourg.

Dans un jugement du 16 juin 2008, le tribunal a dit qu'il ressort de l'ensemble des éléments du dossier que la Ville de Luxembourg a voulu confier l'exécution du marché à la société soumettant l'offre la moins disant et économiquement la plus favorable et qu'elle a entendu soumettre le marché de concession de travaux à l'entière du règlement grand-ducal du 10 janvier 1989 portant exécution du chapitre 2 de la loi du 4 avril 1974, concernant le régime des marchés publics de travaux et de fournitures, et a retenu que les dispositions relatives aux marchés publics s'appliquent au présent marché.

Le tribunal a dit que la Ville de Luxembourg a commis une faute en omettant de mettre fin au contrat passé avec la société SSSSSS et en ne réadjudgeant pas le marché modifié.

Concernant la réparation du préjudice à titre principal, le tribunal a, toutefois, retenu que l'offre de la demanderesse n'était pas conforme aux dispositions du cahier des charges et n'a pas pu être prise en considération ni pour l'adjudication du marché initial, ni pour l'attribution du marché modifié.

La société XXXXXX restant en défaut de rapporter la preuve qu'elle aurait remporté le marché public réadjudgé ou qu'elle aurait eu une chance de le remporter, sa demande en indemnisation fut rejetée.

Concernant la demande subsidiaire en réparation du préjudice, le tribunal a dit que la société XXXXXX chercherait, en réalité, à couvrir ses frais de soumission par le biais d'une demande en dommages et intérêts, et il a également rejeté cette demande.

Par acte de l'huissier de justice suppléant Josiane GLODEN, en remplacement de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch-sur-Alzette, du 9 avril 2009, la société XXXXXX a relevé appel du jugement du 16 juin 2008 (rôle numéro 34847).

Par acte de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 25 septembre 2009, la Ville de Luxembourg a relevé appel du jugement du 14 juin 2006 et du jugement du 16 juin 2008 (rôle numéro 35447).

Par acte de l'huissier de justice suppléant Gilles HOFFMANN, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg, du 23 décembre 2009, la société XXXXXX a fait signifier un second acte d'appel contre le jugement du 16 juin 2008 (rôle numéro 35646).

Par ordonnance du 18 novembre 2009, le conseiller de la mise en état a joint les appels enrôlés sous les numéros 34847 et 35447.

Par ordonnance du 1<sup>er</sup> février 2010, le conseiller de la mise en état a ordonné la jonction du rôle numéro 35646 avec les rôles numéros 34847 et 35447.

### **I) Quant à la recevabilité des appels**

D'après les actes de procédure versés et les renseignements fournis en cause, les jugements dont appel n'ont pas fait l'objet d'une signification.

#### **1) Quant aux appels de la société XXXXXX**

##### **a) Quant à l'appel du 9 avril 2009**

Par cet appel, la société XXXXXX conclut à la réformation du jugement du 16 juin 2008 en ce qu'il l'a déboutée de sa demande en dommages et intérêts d'un montant de 4.986.000 €, sinon de tout autre montant même supérieur, outre les intérêts.

Cet appel, non critiqué quant à sa régularité, est recevable pour avoir été interjeté dans les forme et délai de la loi.

##### **b) Quant à l'appel du 23 décembre 2009**

Dans cet acte d'appel, la société XXXXXX conclut à la réformation du jugement du 16 juin 2008 en ce qu'il a rejeté sa demande en indemnisation de coûts inutilement engagés pour la participation à la procédure d'adjudication.

La Ville de Luxembourg soulève l'irrecevabilité de cet appel interjeté contre le jugement du 16 juin 2008 au motif d'un acquiescement de la part de la société XXXXXX ayant omis d'interjeter appel dans son premier acte d'appel pour ce volet de ses demandes.

La Ville de Luxembourg invoque ainsi un acquiescement implicite de la part de la société XXXXXX.

L'acquiescement implicite doit être certain ; il ne doit pas y avoir de doute sur l'intention d'accepter la décision rendue en cause.

Si dans son premier acte d'appel signifié le 9 avril 2009, la société XXXXXX est muette sur les revendications qu'elle avait formulées en première instance en ordre subsidiaire et dont elle a été déboutée - tout comme de ses revendications présentées en ordre principal - il n'en résulte pas de façon non équivoque qu'elle ait eu l'intention de renoncer à sa demande subsidiaire, la rédaction du premier acte d'appel pouvant tout aussi bien s'expliquer par un simple oubli.

L'appel du 23 décembre 2009, par ailleurs interjeté également dans les forme et délai de la loi, est à son tour à déclarer recevable.

## 2) Quant à l'appel interjeté par la Ville de Luxembourg

La société XXXXXX soulève l'irrecevabilité de l'appel interjeté par la Ville de Luxembourg le 25 septembre 2009 contre le jugement du 16 juin 2008 au motif que le dispositif de ce jugement ne lèse pas la Ville de Luxembourg ; elle soulève l'irrecevabilité de l'appel interjeté le 25 septembre 2009 contre le jugement du 14 juin 2006 au motif qu'il ne peut être frappé d'appel indépendamment du jugement sur le fond et que l'irrecevabilité de l'appel dirigé contre le jugement statuant sur le fond entache d'irrecevabilité l'appel contre le jugement du 14 juin 2006.

### a) Quant à l'appel interjeté contre le jugement du 16 juin 2008

Par la décision de débouté de la demande de la société XXXXXX, la Ville de Luxembourg a obtenu satisfaction au fond, mais quelques uns de ses moyens de défense présentés en première instance ont été déclarés non fondés.

Une partie ne peut faire appel d'un jugement qui lui donne entière satisfaction sur tous les chefs de la demande. (cf. Encyclopédie Dalloz, Procédure civile, n° 303).

En l'espèce, la Ville de Luxembourg a, par le jugement du 16 juin 2008, obtenu entièrement satisfaction, la société XXXXXX ayant été déboutée de toutes ses revendications ; la Ville de Luxembourg ne requiert qu'une substitution de motifs à ceux retenus par la juridiction de première instance.

Son appel dirigé contre le jugement du 16 juin 2008 est donc à déclarer irrecevable.

La Ville de Luxembourg est, toutefois, en droit de présenter à nouveau dans ses conclusions en instance d'appel l'intégralité de ses moyens de défense, donc également ceux qui n'ont pas été reconnus comme justifiés en première instance.

### b) Quant à l'appel dirigé contre le jugement du 14 juin 2006

Les moyens d'incompétence de la juridiction saisie et d'irrecevabilité de la demande au motif que la société XXXXXX remettait en cause la légalité de décisions administratives individuelles, ont été toisés par le jugement du 14 juin 2006 qui n'a pas fait l'objet d'un appel de la part de la société XXXXXX.

Aux fins de réitérer ses moyens d'incompétence et d'irrecevabilité, la Ville de Luxembourg a dû, à défaut d'appel interjeté par la société XXXXXX contre le jugement du 14 juin 2006, signifier un acte d'appel contre cette décision. A défaut, la juridiction d'appel n'aurait été saisie que des moyens relatifs au second jugement rendu le 16 juin 2008.

Comme un jugement a été rendu le 16 juin 2008 sur le fond, ayant fait l'objet d'un appel de la part de la société XXXXXX, le moyen d'irrecevabilité de l'appel contre le jugement du 14 juin 2006 au motif qu'il ne peut être interjeté indépendamment d'un appel contre le jugement sur le fond est à rejeter comme non fondé, ce sans devoir être analysé autrement.

L'irrecevabilité de l'appel pour autant que dirigé contre le second jugement est prononcée pour une raison qui est propre à cet appel et qui n'existe pas pour l'appel contre le premier jugement ; cette irrecevabilité n'implique donc pas l'irrecevabilité de l'appel dirigé contre le jugement du 14 juin 2006.

L'appel de la Ville de Luxembourg dirigé contre le jugement du 14 juin 2006 est à recevoir.

## **II) Quant au fond**

### **1) Quant à l'appel interjeté par la Ville de Luxembourg contre le jugement du 14 juin 2006**

La Ville de Luxembourg critique le jugement du 14 juin 2006 pour ne pas avoir fait droit à ses conclusions par lesquelles elle soulevait l'incompétence *ratione materiae* du tribunal d'arrondissement, sinon l'irrecevabilité des demandes de la société XXXXXX du fait que celle-ci remettait en cause la légalité des décisions administratives individuelles de la Ville qu'elle n'avait pas attaquées devant les juridictions administratives.

A l'appui de son moyen, la Ville de Luxembourg estime que la société XXXXXX articule des moyens qui tendent à contester la légalité des décisions, que le constat de l'illégalité de celles-ci, donc leur annulation, par les juridictions administratives, constitue une condition nécessaire préalable à la mise en œuvre de la responsabilité de la puissance publique.

La société XXXXXX répond que la preuve de la faute reprochée à la Ville de Luxembourg touche au fond du droit et non pas à la compétence du tribunal, que le tribunal d'arrondissement ayant plénitude de juridiction, doit pouvoir, à titre incident, faire toutes les appréciations requises pour trancher les litiges qui sont de sa compétence, que ce faisant le tribunal n'empiète aucunement sur la compétence du tribunal administratif puisqu'il ne s'agit pas, en l'occurrence, de voir annuler une décision administrative.

Ainsi que l'a retenu le tribunal, l'action tend à la réparation d'un préjudice en application des articles 1382 et 1383 du code civil ou en application de la loi du 1<sup>er</sup> septembre 1988 sur la responsabilité civile de l'Etat et des collectivités publiques, et cette action en indemnisation relève de la compétence du tribunal d'arrondissement.

La société XXXXXX ne remet pas en cause, en s'attaquant à la décision détachable, l'adjudication du marché initial par la Ville de Luxembourg à la société SSSSSS

Sa critique vise la situation subséquente qui s'est réalisée par la conclusion d'un avenant au contrat conclu entre la Ville de Luxembourg et la société SSSSSS

La société XXXXXX fait grief à la Ville de Luxembourg de ne pas avoir résilié le marché initial et de ne pas avoir procédé à une nouvelle adjudication dans le cadre du réaménagement du projet en vue de tenir compte des exigences relatives à la sauvegarde et à la mise en valeur des vestiges du Fort Lambert.

Ces griefs ne visent pas l'annulation ou la réformation d'une décision administrative de la compétence des juridictions administratives.

Ce qui est en cause est l'examen de la question de savoir si par rapport à un contrat civil il y a eu ou non un comportement fautif de la Ville de Luxembourg.

Les juridictions de l'ordre judiciaire sont compétentes pour connaître de cet examen, et le moyen d'irrecevabilité de la demande tiré de l'absence d'une décision administrative est à rejeter comme non fondé.

La Ville de Luxembourg oppose encore le défaut de qualité, sinon d'intérêt à agir dans le chef de la société XXXXXX au motif qu'elle agissait judiciairement seule, alors qu'elle n'avait pas participé individuellement à l'appel d'offres, l'offre que XXXXXX décrivait comme sienne ayant été déposée par une association momentanée dont elle faisait partie ensemble avec la société TTTTTT. Une action en justice relative à une association momentanée qui émane seulement d'un des associés serait irrecevable si ce dernier ne peut se prévaloir d'un mandat lui conférant qualité pour agir à telle fin, les actes d'administration et de disposition relatifs aux biens indivis requérant le consentement de tous les indivisaires.

Aux termes de l'article 138 de la loi sur les sociétés commerciales : « L'association momentanée est celle qui a pour objet de traiter, sans raison sociale, une ou plusieurs opérations de commerce déterminées. »

L'action litigieuse ne concerne pas un acte d'administration ou de disposition relatif aux biens indivis de l'association momentanée ; il s'agit d'une action en responsabilité de la part d'une partie qui se prétend lésée dans ses droits. La société XXXXXX agit, non pas au nom de l'association momentanée, mais dans son seul nom et dans son intérêt unique.

L'association momentanée est dépourvue de personnalité juridique propre, alors que chacun des associés garde sa personnalité juridique. Chacun des associés peut donc agir individuellement pour la sauvegarde de

ses droits, ce dans la limite des parts qu'il détient suivant le contrat d'association.

Les développements de la Ville de Luxembourg selon lesquels les prétendus bénéficiaires au titre du manque à gagner réclamés étaient tributaires de la constitution d'une filiale commune par les associés de l'association momentanée et que la non-adjudication du marché à la filiale rendait le contrat caduc visent le bien-fondé de la demande et n'ont donc pas à être analysés par rapport à la recevabilité de la demande.

Le moyen d'irrecevabilité énoncé ci-dessus est par conséquent à son tour à rejeter comme non fondé.

L'appel interjeté par la Ville de Luxembourg contre le jugement du 14 juin 2006 est donc à rejeter comme non fondé.

2) Quant à l'appel interjeté par la société XXXXXX le 9 avril 2009 contre le jugement du 16 juin 2008

La société XXXXXX critique ce jugement en ce qu'il n'a pas retenu qu'il y a eu dans son chef perte d'une chance indemnizable.

La Ville de Luxembourg, pour sa part, critique ce jugement en ce qu'il a retenu qu'elle a commis une faute en omettant de mettre fin au contrat passé avec la société SSSSSS et en ne réadjugeant pas le marché modifié.

Elle fait valoir qu'elle n'a pas commis de faute :

- le marché litigieux est un marché de concession de travaux échappant aux règles gouvernant les marchés publics stricto sensu ;
- subsidiairement, vu les circonstances, la Ville de Luxembourg était en droit d'apporter certaines modifications au contrat sans qu'il puisse lui être reproché de nuire à l'égalité des candidats dans la mesure où ces changements n'ont altéré ni l'objet du marché mis en concurrence, ni ses limites ;
- la Ville de Luxembourg pouvait en outre légalement commander des travaux complémentaires à l'adjudicataire ;
- l'annulation de la mise en adjudication ne pouvait plus intervenir après que le marché avait été adjugé ;
- l'article 23.3 du cahier des charges ne permettait pas à la Ville de Luxembourg de résilier le contrat en l'absence d'une violation par YYYYYY de cette disposition.

La Ville de Luxembourg ajoute que :

- soit le marché tel que réalisé par YYYYYY doit être considéré comme différent du premier, et alors s'agissant d'une concession de travaux (et non d'un marché public de travaux), la Ville de Luxembourg retrouvait sa liberté pour l'attribution dudit marché ;
- soit le marché tel que réalisé par YYYYYY ne doit pas être considéré comme différent de celui attribué à l'issue de l'appel à candidature de 1993, alors il faut admettre que la Ville de Luxembourg ayant correctement attribué

celui-ci ne peut être exposée à la critique d'avoir maintenu YYYYYYY comme concessionnaire.

La société XXXXXX soutient qu'il résulte des termes employés à l'article II de la loi du 4 avril 1974 « tous travaux (...) pour compte des communes font l'objet de contrats à passer par adjudication publique ; il peut être dérogé à cette règle générale dans les cas suivants (...) » que la Ville de Luxembourg n'a pas choisi de se soumettre à ce régime légal, mais qu'elle était tenue de le faire.

La loi du 4 avril 1974 et le règlement grand-ducal du 10 janvier 1989 portant exécution du chapitre 2 de la loi concernant le régime des marchés publics de travaux et de fournitures.

Le règlement grand-ducal du 10 janvier 1989 dispose en son article 2 (1) : « Les marchés visés par la loi comprennent les marchés de travaux publics, de fournitures ou de services pour compte des communes. (2) Constituent des marchés de travaux publics communaux, notamment les contrats qui ont pour objet l'exécution des projets relatifs à des travaux d'aménagement, de construction, de réparation, de transformation et de démolition, tant des édifices que de la voirie, des conduites d'eau, de gaz et d'électricité, des canalisations d'égouts et de stations d'épuration, des cours d'eau, des cimetières et des plantations ainsi que les projets relatifs aux travaux à exécuter dans l'intérêt de la circulation publique. »

Le règlement grand-ducal du 10 août 1992 portant (sur base de la loi du 9 août 1971 concernant l'exécution et la sanction des décisions et des directives ainsi que la sanction des règlements des Communautés européennes en matière économique, technique, agricole, forestière, sociale et en matière de transports, telle qu'elle a été complétée par la loi du 8 décembre 1980) application en droit luxembourgeois des directives CEE relatives aux marchés publics de travaux et de fournitures a complété la loi du 4 avril 1974 par un chapitre nouveau libellé « Chapitre 4 : Marchés tombant dans le champ d'application des directives CEE relatives aux marchés publics de travaux et de fournitures. »

Dans les définitions données par l'article VI. figure sub (5) celle relative à la concession de travaux publics comme étant « un contrat présentant les mêmes caractères que ceux visés quant au marché public de travaux, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix. »

La concession de travaux fait ensuite l'objet de dispositions spécifiques sous l'article X.

L'appel d'offres de la Ville de Luxembourg pour le marché de concession de travaux publics ayant été fait le 1<sup>er</sup> juillet 1993, tombe dans le champ d'application de la loi du 4 avril 1974 concernant le régime des marchés publics de travaux et de fournitures dans la teneur lui conférée par le règlement grand-ducal du 10 août 1992.

La loi du 4 avril 1974 ainsi complétée règle non seulement les marchés publics de travaux, mais également la concession de travaux publics.

Les dispositions de la loi du 4 avril 1974 ainsi modifiée sont donc applicables au présent litige.

La société XXXXXX reproche à la Ville de Luxembourg de ne pas avoir mis à nouveau le projet en adjudication suite aux modifications imposées par l'avis du Ministre des affaires culturelles, sinon de ne pas avoir requis l'accord du Ministre des affaires culturelles avant de procéder à l'adjudication initiale des travaux ou de ne pas avoir intégré les exigences de principe du Ministre des affaires culturelles dans le cahier des charges initial.

Dans le cadre de ses développements relatifs à la perte d'une chance par elle invoquée, la société XXXXXX cite le jugement du 16 juin 2008 en ce que le tribunal a relevé la modification du projet initial quant à sa conception, la décision d'adjudication du 25 novembre 1993 en faveur de la société YYYYYY ayant prévu la disparition intégrale des vestiges du Fort Lambert.

Dans le procès-verbal de la réunion du collège des bourgmestre et échevins de la Ville de Luxembourg du 25 novembre 1993 il est dit, par rapport à l'offre de la société YYYYYY que les vestiges du Fort Lambert enfouis sous l'assiette du parking devront disparaître dans leur intégralité.

Dans le projet de YYYYYY il était cependant également prévu que « le parking serait aménagé de telle sorte qu'au niveau du deuxième sous-sol les casemates resteront visibles avec la possibilité de continuer le parcours souterrain interrompu ; qu'à ce même niveau, un espace d'exposition en rapport avec la forteresse sera réalisé ; que l'emprise de l'ouvrage ne touchera pas au réduit du Fort Lambert. »

Il résulte en plus du procès-verbal de la réunion du collège des bourgmestre et échevins de la Ville de Luxembourg du 25 novembre 1993 que le projet de YYYYYY a été montré à la commission des sites et monuments et à l'association « Frënn vun der Festungsgeschicht », que furent discutées la distance de l'ouvrage par rapport aux éléments des casemates du réduit Lambert et la question de savoir dans quelle mesure des escarpes et contre-escarpes du réduit étaient concernées par la construction. L'ingénieur-directeur des travaux f.f. a précisé que les escarpes et contre-escarpes du Fort Lambert touchées par le projet seront visualisées dans l'ouvrage, qu'en fait le réduit Lambert lui-même n'est pas touché par le projet. Le bourgmestre a estimé qu'il s'agira de veiller à englober les casemates du Fort Lambert dans la construction du parking, de façon à ce que les couloirs qui seront coupés par l'ouvrage puissent être rejoints par l'intérieur par imputation de la surface de parcage du parking.

L'extrait du registre aux délibérations de la séance du 28 février 1994 dans laquelle le conseil communal a approuvé la convention du 22 février 1994 conclue entre le collège des bourgmestre et échevins et la société

SSSSSS S.A. pour la construction et l'exploitation d'un parc de stationnement sous l'avenue Monterey renseigne à son tour que « le parking sera aménagé de telle sorte qu'au niveau du deuxième sous-sol les casemates resteront visibles avec la possibilité de continuer le parcours souterrain interrompu ; qu'à ce même niveau un espace d'exposition en rapport avec la forteresse sera réalisé ; que l'emprise de l'ouvrage ne touchera pas au réduit du Fort Lambert. »

Suite à la lettre du Ministre des affaires culturelles du 4 janvier 1995 posant la condition d'une conservation intégrale du Fort Lambert, le projet fut modifié pour se mettre en conformité avec les exigences ministérielles.

La Ville de Luxembourg fait valoir qu'elle pouvait apporter ces changements en application de l'article VIII. (3) (d) du chapitre 4 de la loi du 4 avril 1974.

L'article VIII. (3) (d) de la loi du 4 avril 1974 telle que modifiée par le règlement grand-ducal du 10 août 1992 dispose que :

« Les pouvoirs adjudicataires peuvent passer leurs marchés publics de travaux en recourant au marché négocié, sans publication d'un avis d'adjudication (...)

(d) pour les travaux complémentaires ne figurant pas au projet initialement adjugé ni au premier contrat conclu et devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de l'ouvrage tel qu'il y est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'entrepreneur qui exécute ledit ouvrage :

- lorsque ces travaux ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour les pouvoirs adjudicateurs ;
- ou lorsque ces travaux, quoique séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement. Toutefois, le montant cumulé des marchés passés pour les travaux complémentaires ne peut pas être supérieur à 50 % du montant du marché principal. »

L'article VIII. (3) (d) a gardé la même teneur lors de la modification de la loi du 4 avril 1974 opérée par le règlement grand-ducal du 27 janvier 1994 auquel le tribunal s'est référé.

La précision donnée par la Ville de Luxembourg quant aux travaux convenus dans l'avenant, la construction d'un niveau de sous-sol supplémentaire ainsi que des travaux de sauvegarde du Fort Lambert, n'est pas contestée par la société XXXXXX.

Il s'agit d'aménagements et de travaux additionnels à réaliser dans le cadre du même projet, sur le même site, celui du Parking Monterey, donc de travaux complémentaires à ceux décrits dans le projet initial.

Le projet tel que modifié comportait finalement un surplus de travaux à réaliser pour la construction d'un parking public dans le respect de vestiges anciens sur le site de l'emplacement du parking. Ces travaux formaient avec ceux décrits dans l'appel d'offres un ensemble dont une partie ne pouvait pas

être séparée de l'autre sans risque de perte d'une cohérence alors que cette cohérence était expressément recherchée suite à l'avis du Ministre des affaires culturelles, la construction d'un parking avec toutes les caractéristiques permettant un bon fonctionnement ainsi que la sauvegarde et la valorisation de l'intégralité du Fort Lambert dans la même enceinte étant à la fois à réaliser.

Ces travaux sont devenus nécessaires suite au courrier du Ministre des affaires culturelles du 4 janvier 1995 qui est à qualifier de circonstance imprévue en ce que l'envergure des exigences finalement posées par le Ministre des affaires culturelles n'était pas à prévoir dès le début de la procédure en 1993, époque à laquelle le Ministre des affaires culturelles était déjà impliqué dans le projet, mais où il s'est confiné dans une attitude purement passive.

Le projet de YYYYYY avait, en effet, été montré, fin 1993, ainsi que cela résulte du procès-verbal d'une réunion du 25 novembre 1993 du collège des bourgmestre et échevins, à la commission des sites et monuments tout comme à l'association « Frënn vun der Festungsgeschicht ». Si cette dernière association a formulé des réserves (en rapport avec l'implantation de l'ouvrage que l'association voulait voir déplacé dans le tronçon de l'avenue Monterey compris entre le boulevard Prince Henri et le boulevard Royal, en rapport avec un problème d'écoulement des eaux et de la distance de l'ouvrage par rapport aux éléments des casemates du réduit Lambert, en rapport avec la question de savoir dans quelle mesure des escarpes et contre-escarpes du réduit étaient concernées par la construction), aucune réserve ni objection ne sont notées de la part de la commission des sites et monuments.

Les conditions de l'article VIII. (3) (d) de la loi du 4 avril 1974 étant ainsi remplies, la Ville de Luxembourg n'avait pas l'obligation de publier un nouvel avis d'adjudication.

Une faute de ce chef n'est donc pas à retenir à charge de la Ville de Luxembourg.

Comme la Ville de Luxembourg pouvait donc conclure avec l'adjudicataire du marché initial un avenant relatif aux travaux complémentaires sans publication d'un avis d'adjudication, l'examen des développements relatifs à la question de savoir si la Ville de Luxembourg avait l'obligation d'user de la faculté de mettre fin au contrat avec la société SSSSSS s'avère superfétatoire.

La société XXXXXX demande dans l'hypothèse où le raisonnement du tribunal n'est pas suivi, d'examiner l'applicabilité des dispositions de l'article 44 (2) c), et elle invoque l'article 44 (1) du règlement grand-ducal du 10 janvier 1989.

Ainsi que l'a retenu le tribunal, l'article 44 du règlement grand-ducal du 10 janvier 1989 concerne l'abandon et l'annulation d'une mise en adjudication, et non pas l'annulation de l'adjudication.

L'article 44 (2) c) dispose que : « Sans préjudice d'autres causes de nullité, une mise en adjudication peut être annulée (...) si, à la suite de circonstances imprévues, les bases d'adjudication ont subi des changements substantiels. »

Or, au moment de la mise en adjudication, les bases d'adjudication n'avaient pas encore subi de changements.

L'article 44 (1) dispose que : « 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 collège des bourgmestre et échevins peut, par une délibération motivée, renoncer à une adjudication. »

Etant donné qu'en l'espèce cinq soumissions avaient été présentées, l'hypothèse d'une soumission unique ouvrant la possibilité d'une renonciation à l'adjudication par une délibération motivée du collège des bourgmestre et échevins n'est pas donnée.

Un comportement fautif de la Ville de Luxembourg n'est donc pas non plus établi en rapport avec les dispositions de l'article 44 (2) c) et de l'article 44 (1) du règlement grand-ducal du 10 janvier 1989.

Le fait de ne pas avoir requis l'accord du Ministre des affaires culturelles avant de procéder à l'adjudication des travaux ou celui de ne pas avoir intégré les exigences de principe du Ministre des affaires culturelles dans le cahier des charges ne sont pas non plus à retenir comme fautes de nature à engager la responsabilité de la Ville de Luxembourg, étant donné que l'intégration du site « Fort Lambert » dans la construction de l'ouvrage a figuré dans le cahier des charges et que les conditions précisées par la suite par le Ministre des affaires culturelles n'étaient pas à prévoir.

Eu égard à la décision à intervenir quant à l'absence de faute établie dans le chef de la Ville de Luxembourg, l'appel de la société XXXXXX critiquant le jugement entrepris en ce qu'il n'a pas accueilli sa demande en indemnisation pour perte d'une chance, est à rejeter comme non fondé, la décision de débouté de la demande principale étant, quoique pour d'autres motifs, à confirmer.

3) Quant à l'appel interjeté par la société XXXXXX le 23 décembre 2009 contre le jugement du 16 juin 2008

La société XXXXXX interjetée encore appel à l'encontre du jugement du 16 juin 2008 en ce qu'il a refusé de faire droit à sa demande d'indemnisation des coûts inutilement engagés.

Le tribunal a débouté la société XXXXXX de cette demande au motif que tendant à obtenir indemnisation pour le temps et les ressources investis dans le concours à une procédure d'adjudication s'analyse en une demande en indemnité pour l'élaboration d'une offre qui, aux termes de l'article 40 (5) du règlement grand-ducal du 10 janvier 1989, ne peut être accordée. Cet article dispose que : « Aucune indemnité n'est accordée pour l'élaboration d'une offre, excepté le cas où le cahier spécial des charges le prévoit expressément. »

La société XXXXXX déclare qu'elle ne sollicite pas à ce titre l'application d'une quelconque clause contractuelle, mais l'allocation de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi par elle par la faute de la Ville qui a lancé une procédure d'adjudication insuffisamment préparée, obligeant les soumissionnaires à présenter dans le délai très bref de deux mois et demi une offre relative à un projet complexe et, en ne s'assurant pas au préalable auprès du Ministère des affaires culturelles que le projet, tel que conçu par elle, allait pouvoir être réalisé.

La Commune aurait donc commis une faute dont elle doit indemnisation à concurrence de 25.000 €.

La Ville de Luxembourg fait valoir que la société XXXXXX aurait pu s'abstenir de participer à l'appel d'offres dans le prétendu bref délai, et que l'argumentation adverse revient en réalité à réclamer une rémunération pour la préparation de son offre, ce qui serait contraire aux dispositions de l'article 40 (5) du règlement grand-ducal du 10 janvier 1989.

Ainsi qu'il a été dit dans le cadre des développements relatifs à la demande principale de la société XXXXXX, une faute de la Ville de Luxembourg laisse d'être établie ; par conséquent, et par adoption des motifs du tribunal, l'appel interjeté par la société XXXXXX le 23 décembre 2009 contre le jugement du 16 juin 2008 est à rejeter comme non fondé.

### **III) Quant aux demandes présentées par la société XXXXXX sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile**

Dans l'acte d'appel du 9 avril 2009, la société XXXXXX conclut à l'octroi d'une indemnité de procédure de 15.000 € ; dans l'acte d'appel du 23 décembre 2009, elle sollicite une indemnité de procédure de 2.500 €.

Eu égard à la décision à intervenir, ces demandes sont à rejeter comme non fondées, une partie qui succombe dans ses revendications ne pouvant prétendre au bénéfice des dispositions de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

## PAR CES MOTIFS

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

déclare l'appel interjeté par la Ville de Luxembourg contre le jugement du 16 juin 2008 irrecevable,

déclare les autres appels recevables,

déclare l'appel interjeté par la Ville de Luxembourg contre le jugement du 14 juin 2006 non fondé,

confirme le jugement du 14 juin 2006,

dit les appels de la société anonyme de droit belge XXXXXX non fondés,

confirme le jugement du 16 juin 2008,

dit non fondées les demandes de la société anonyme de droit belge XXXXXX présentées sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

en déboute,

confirme le jugement du 16 juin 2008 en ce qu'il a condamné la société anonyme de droit belge XXXXXX aux dépens de l'instance,

condamne la société anonyme de droit belge XXXXXX également aux frais et dépens de l'instance d'appel, à l'exception de ceux relatifs à l'appel interjeté par la Ville de Luxembourg contre le jugement du 16 juin 2008 qui restent à sa charge, et en ordonne la distraction au profit de Maître Christian POINT, avocat constitué qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Eliane EICHER, premier conseiller, en présence du greffier Lex BRAUN.