

Audience publique du onze juillet deux mille treize

Numéro 25782 du rôle

Composition:

Marianne PUTZ, premier conseiller-président,
Agnès ZAGO, conseiller,
Elisabeth WEYRICH, conseiller
Lex BRAUN, greffier.

E n t r e

la société anonyme **SOC.1.) S.A.**, établie et ayant son siège social à L(...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 31 mai 2001,

comparant par Maître Jean HOSS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

le **CENTRE NATIONAL DE REEDUCATION FONCTIONNELLE ET DE READAPTATION**, établissement public ayant son siège social à L-2674 Luxembourg, 1, rue André Vésale, représenté par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée ayant, par un acte d'avocat à la Cour à avocat à la Cour notifié le 28 février 2012, repris l'instance introduite par le susdit exploit THILL contre l'association sans but lucratif SOC.4.),

comparant par Maître Mathias PONCIN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Le 16 juin 1997, l'a.s.b.l. SOC.4.) a procédé à un appel d'offre pour la conception, la planification et la réalisation du Centre National de Rééducation Fonctionnelle et de Réadaptation à Dudelange, au lieu-dit Frankenlach. Lors de la phase de présélection, trois candidats furent retenus : les sociétés SOC.1.) S.A., SOC.2.) S.à r.l. et l'association momentanée SOC.3.). Comme le budget fixé par l'Etat fut largement dépassé par les trois candidats, un avenant fut porté au cahier des charges et les trois entreprises remirent une nouvelle offre.

Par lettre du 20 novembre 1997, SOC.1.) fut informée que sa candidature n'était pas retenue.

Estimant avoir été injustement écartée alors que son offre était la seule à être rigoureusement conforme aux conditions du cahier des charges, SOC.1.) a fait assigner le 18 août 1999 l'a.s.b.l. SOC.4.) devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour l'entendre condamner à lui payer la somme de 10.000.000.- LUF en réparation du dommage matériel subi.

Par jugement du 5 avril 2001, le tribunal s'est déclaré compétent pour connaître de la demande, mais l'a rejetée pour n'être pas fondée.

Par exploit d'huissier du 31 mai 2001, SOC.1.) S.A. a relevé appel de ce jugement ; par conclusions notifiées le 6 août 2001, SOC.4.) a relevé appel incident.

Dans son arrêt du 30 avril 2002, la Cour a déclaré les appels principal et incident recevables, mais non fondés.

Lors d'une assemblée générale extraordinaire du 19 novembre 2004, l'a.s.b.l. SOC.4.) a été dissoute après que ses actif et passif aient été repris par l'établissement public CENTRE NATIONAL DE REEDUCATION FONCTIONNELLE ET DE READAPTATION (en abrégé et ci-après CNRFR) créé en vertu de la loi du 19 décembre 2003.

Saisie d'un pourvoi contre l'arrêt rendu, la Cour de cassation, dans un arrêt du 10 mars 2011, a cassé et annulé l'arrêt rendu le 30 avril 2002 au motif que la Cour d'appel avait violé l'article 61 du nouveau code de procédure civile en énonçant « *que SOC.1.) avait basé son action sur les principes de la responsabilité contractuelle, alors [qu'il est] admis en doctrine et en jurisprudence que la responsabilité en cas d'irrégularités commises dans la procédure de passation des marchés est délictuelle* » et en retenant que la demande n'était pas fondée, au lieu de rechercher si sur base des faits spécialement invoqués par la société SOC.1.) à l'appui de ses prétentions, la responsabilité délictuelle de l'association SOC.4.) n'était pas engagée.

Dans le cadre de l'appel qu'elle a interjeté, SOC.1.) fait valoir qu'elle a été illégalement évincée bien que son offre était, seule, conforme au cahier des charges ; elle évalue le préjudice qu'elle a subi de ce fait, et qui est constitué des frais, dépenses et débours qu'elle a dû exposer dans le cadre de cette adjudication, au montant de 10.000.000.- LUF, préjudice insuffisamment couvert par l'allocation du forfait de 2.000.000.- LUF versé par CNRFR.

Subsidiairement, elle demande l'instauration d'une expertise afin que soit déterminé le montant des frais exposés par elle pour pouvoir soumettre une offre conforme au cahier des charges.

En tout état de cause, elle demande qu'il soit dit que la décision gouvernementale de ne pas réaliser le projet à Dudelange n'a aucune incidence sur le bien-fondé de l'action en dommages et intérêts, laquelle se rattache uniquement à la décision illégale de la commission d'adjudication de SOC.4.).

SOC.1.) demande encore qu'il soit enjoint à CNRFR de produire, sur base de l'article 279 du nouveau code de procédure civile, les première et deuxième offres soumises par la société SOC.2.) au CNRFR et les première et deuxième offres soumises par l'association SOC.3.) à SOC.4.) en octobre et novembre 1997.

En ordre plus subsidiaire, SOC.1.) offre de prouver par l'audition du témoin A.) « *que le dossier SOC.2.) introduit pour la deuxième soumission ne contenait aucune liste des sous-traitants et ne se référait pas à la liste des sous-traitants, introduite à l'occasion de la première soumission* ».

CNRFR réitère les moyens soulevés dans ses conclusions ayant conduit à l'arrêt du 30 avril 2002 relatifs à l'incompétence des tribunaux de l'ordre judiciaire pour connaître du litige et à l'absence d'un intérêt né, actuel et certain à agir dans le chef de SOC.1.) rendant la demande irrecevable sinon non fondée.

Elle conteste encore tout lien de causalité entre la prétendue illégalité qui aurait été commise lors de l'attribution du marché et le prétendu préjudice subi. Elle conteste également le préjudice en son quantum.

CNRFR s'oppose encore à la demande de production de pièces en faisant valoir qu'elle aurait d'ores et déjà fourni tous les éléments nécessaires à la solution du litige et qu'en tout état de cause les offres SOC.3.) et l'offre initiale SOC.2.) n'auraient aucune incidence sur le litige, seule la seconde offre SOC.2.) étant litigieuse. Elle demande également le rejet de l'offre de preuve proposée en raison de son manque de pertinence.

Ces moyens sont à examiner avant l'examen au fond du litige.

1) *Incompétence des tribunaux de l'ordre judiciaire pour connaître du litige*

SOC.4.) estime que pour pouvoir examiner la demande en réparation du préjudice invoqué par SOC.1.), l'examen préalable de la légalité de la décision administrative du 10 mars 1998 s'imposerait, examen qui relèverait de la seule compétence du juge administratif.

Ce moyen n'est pas fondé. La demande de SOC.1.) n'est pas une demande portant sur la réformation ou l'annulation d'une décision administrative, mais une demande en réparation d'un préjudice matériel souffert suite à cette décision administrative pour laquelle les juridictions judiciaires sont compétentes.

2) *Défaut d'intérêt à agir dans le chef de SOC.1.)*

CNRFR fait valoir qu'aussi longtemps que la décision d'adjudication n'aura produit d'effet juridique, SOC.1.) ne subira aucun préjudice, un préjudice n'étant susceptible de naître dans son chef qu'à partir du moment où l'adjudicataire exécutera le marché ; qu'ainsi, SOC.1.) n'aurait pas qualité pour demander réparation faute d'avoir subi un quelconque préjudice en raison de l'abandon du projet de construction d'un centre de rééducation à Dudelange.

Ce moyen laisse également d'être fondé puisque SOC.1.) réclame réparation du préjudice matériel qu'elle aurait subi dans le cadre de l'élaboration du projet de candidature. Ayant été déboutée de sa demande en première instance, son intérêt à interjeter appel est évident.

3) *Appel principal*

SOC.1.) fait valoir que ce serait à tort que les juges de première instance se sont bornés à constater que le projet SOC.4.) à Dudelange ayant été abandonné par le gouvernement, SOC.1.) n'aurait subi aucun préjudice au motif que sa demande en réparation ne viserait pas un manque à gagner ou la perte d'une chance, mais le remboursement des frais engagés pour la préparation du projet qu'elle a présenté lors de l'adjudication publique et évalués, suivant le dernier état de ses conclusions, à 9.700.327.- LUF.

CNRFR renvoie à l'article 1.8.10 du cahier des charges pour soutenir que l'élaboration de l'offre ne donnait lieu à aucune indemnité et fait valoir que le montant de 2.000.000.- LUF alloué à SOC.1.) ne constituait pas une avance sur frais, comme l'affirme SOC.1.), mais une indemnité forfaitaire.

Il est exact que le cahier des charges du 16 juin 1997 élaboré par SOC.4.) prévoit en son article ad 1.8.10 « **Indemnité pour l'élaboration d'une offre** : *Aucune indemnité n'est accordée pour l'élaboration de l'offre* ». Par conséquent, ni le soumissionnaire ayant remporté l'adjudication, ni ses

concurrents écartés, ne bénéficient, en vertu du cahier des charges, d'un paiement correspondant aux frais d'élaboration de l'offre.

Il s'ensuit que par application des règles ordinaires de la responsabilité civile, il n'existe pas de lien de causalité entre la non-attribution des frais de l'élaboration de l'offre, revendiqués par la demande en dommages et intérêts, et le refus (à le supposer même fautif), de déclarer SOC.1.) adjudicataire. Au-delà, comme l'a retenu le tribunal, le marché attribué à SOC.2.) n'a même pas été exécuté, ayant été abandonné avant le début des travaux suite à une décision du gouvernement.

Toujours par application des principes ordinaires de la responsabilité civile, il s'ensuit que la demande en réparation formulée par SOC.1.), laquelle est expressément limitée au remboursement des frais d'offre, n'est pas fondée. En effet, l'un des trois éléments nécessaires au succès d'une action en réparation, le lien de causalité, n'est pas donné. Ceci rend superflu l'examen des deux autres conditions, à savoir le fait générateur (en l'espèce la mauvaise application alléguée du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989) et le préjudice.

Il est vrai que SOC.1.) fait valoir dans ses écritures, notamment dans ses conclusions du 21 décembre 2011 (p. 10) que « *La jurisprudence française a retenu que lorsque le candidat évincé avait de très sérieuses chances d'emporter le concours, il a droit au remboursement de l'intégralité du manque à gagner et des frais engagés (CE 18 novembre 1988, D. 1989 somm. p. 351 ; CE 23 mars 1994 D. 1995 somm. p. 123). Si le candidat évincé avait de sérieuses chances d'emporter le concours, son indemnisation se réduirait à une partie du manque à gagner, tout en conservant son droit d'obtenir remboursement des frais inutilement exposés (sur cette question : Terneyre obs. sous CE 23 mars 1994 précité) ».*

Or, cette description du Conseil d'Etat français est aujourd'hui partiellement inexacte et, dans la mesure où elle reste admise en France, elle n'est pas transposable dans le contexte juridique luxembourgeois.

Il n'est plus conforme à la jurisprudence française actuelle de considérer que le remboursement des frais inutilement exposés serait, pour les soumissionnaires illégalement évincés alors qu'ils avaient des chances sérieuses de remporter le marché (catégorie dans laquelle se range SOC.1.) elle-même selon le point de vue défendu dans ses conclusions), un chef de préjudice réparable distinct du manque à gagner. Depuis un arrêt du 18 juin 2003 (no 249 603), il est désormais de principe que « *si l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché ... [elle] a droit à être indemnisée de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre qui n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique* » (Droit des marchés publics & contrats publics spéciaux, t. 2, éd. Le Moniteur, III.631.3, p. 8).

En l'espèce, le contrat ne prévoit aucune indemnisation spécifique (cf. art. ad 1.8.10 précité), et SOC.1.) déclare expressément ne pas réclamer l'indemnisation pour son manque à gagner. D'ailleurs, même si elle le faisait, elle se heurterait à la constatation que même l'adjudicataire SOC.2.) n'a, pour des raisons dues au changement de la politique gouvernementale, pas pu réaliser le chiffre d'affaires escompté : SOC.1.) aurait subi le même sort si elle avait été adjudicataire.

Par ailleurs, même là où la jurisprudence du Conseil d'Etat français continue d'admettre l'indemnisation séparée pour frais d'études (c'est-à-dire à propos de soumissionnaires dont les chances de remporter le marché sont moins importantes : « *entreprises non dépourvues de toute chance de remporter le marché* »), elle n'est pas transposable en droit luxembourgeois. Celui-ci soumet la responsabilité de l'administration pour faute à la stricte application des principes du droit civil, contrairement à la jurisprudence du Conseil d'Etat français qui y déroge dans ce domaine spécial au profit de règles inspirées « *de pragmatisme et d'équité* » (Droit des marchés publics, op. cit., III.631.2, p. 3) et qui s'inspire, au moins partiellement, de l'idée, étrangère au droit civil, de « sanctions » de l'acheteur public pour les illégalités par lui commises.

Cette dérogation au principe de l'exigence d'un lien de causalité certain peut se justifier en droit français, qui n'applique pas les principes du droit civil à la responsabilité de l'administration. Elle ne se justifie pas, en revanche, en droit luxembourgeois, qui maintient l'applicabilité intégrale des règles du droit civil. Par application desdites règles, aucune indemnisation pour frais d'offre n'est due à SOC.1.).

SOC.1.) réclame une indemnité de 100.000.- LUF sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile pour l'instance d'appel. Au vu de la décision à intervenir, elle est à débouter de sa demande.

CNRFR demande également une indemnité de procédure de 100.000.- LUF pour l'instance d'appel. L'équité ne commande pas, en l'espèce, de faire application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile. Cette demande est, par conséquent, à rejeter.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, le magistrat chargé de la mise en état entendu en son rapport oral,

reçoit les appels principal et incident en la forme ;

les dit non fondés, en déboute ;

confirme le jugement du 5 avril 2001 ;

rejette les deux demandes en allocation d'une indemnité de procédure ;

condamne la société anonyme SOC.1.) aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître Mathias PONCIN, avocat concluant qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Marianne PUTZ, premier conseiller-président, en présence du greffier Lex BRAUN.