

Jugement civil no 119 / 2009 (première chambre)

Audience publique du mercredi vingt mai deux mille neuf.

Numéro 89716 du rôle

Composition :

M. Etienne SCHMIT, premier vice-président,
Mme Martine DISIVISCOUR, premier juge,
Mme Françoise WAGENER, premier juge,
Mme Pascale HUBERTY, greffier assumé.

E n t r e :

la société anonyme **SOC1**), établie et ayant son siège social à L-(...), inscrite au registre du commerce de Luxembourg sous le n° B (...), représentée par son conseil d'administration,

partie demanderesse aux termes d'un acte de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 20 juillet 2004,

comparant par Maître Jean HOSS, avocat, 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,

ayant par acte de reprise d'instance signifié le 30 novembre 2004 repris l'instance initialement introduite contre l'association sans but lucratif **ASSOC1**),

partie défenderesse aux fins du prédit acte d'huissier,

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

Le Tribunal :

1. Les indications de procédure

Le 20 juillet 2004, la société anonyme **SOC1**) a donné assignation à l'association sans but lucratif **ASSOC1**) à se faire représenter par un avocat devant ce tribunal.

L'affaire a été déposée au greffe du tribunal le 12 août 2004.

Par jugement du 29 novembre 2006, le tribunal a
*« invité Maître Mathias PONCIN à communiquer et à déposer l'acte de dissolution de l'association **ASSOC1**) du 19 novembre 2004 et la convention conclue avec l'établissement public, pièces visées formellement dans l'acte de reprise d'instance,*

*invité Maître Jean HOSS à prendre position quant à la reprise d'instance, à expliquer si la société **SOC1**) accepte la reprise d'instance ou si elle conclut volontairement et consciemment à la condamnation de l'association, à expliquer en droit, le cas échéant, la demande en condamnation d'une association sans but lucratif, qui suivant acte de reprise d'instance, est dissoute, ou à régulariser, le cas échéant, ses conclusions en indiquant qu'elles sont prises contre l'établissement public ».*

Par conclusions notifiées le 25 janvier 2007, la société anonyme **SOC1**) SA a déclaré qu'elle accepte formellement la reprise d'instance du CENTRE NATIONAL DE REEDUCATION FONCTIONNELLE ET DE READAPTATION et de sa substitution à l'association **ASSOC1**).

A l'audience publique du 18 février 2009, l'instruction a été clôturée et M. le premier vice-président Etienne SCHMIT a fait son rapport oral.

Maître Jean HOSS, avocat constitué, a conclu pour la société anonyme **SOC1**) SA.

Maître Mathias PONCIN, avocat constitué, a conclu pour le CENTRE NATIONAL DE REEDUCATION FONCTIONNELLE ET DE READAPTATION.

2. La demande de la société **SOC1**)

La société **SOC1**) expose que l'association **ASSOC1**) a demandé des soumissions en vue de la construction d'un centre de rééducation fonctionnelle et de réadaptation à (...). Le cahier des charges du 16 juin 1997 soumettait le marché au règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 portant institution d'un cahier des charges applicable au marché public de travaux et de fournitures pour le compte de l'Etat, modifié par les règlements grand-ducaux des 4 juin 1991 et 22 octobre 1993.

Ce règlement prévoit notamment au point 9.3. que l'entrepreneur général doit, lors de la remise de son offre, indiquer les noms et adresses des sous-traitants. Le cahier des charges spécifique au marché précise que *« la liste indiquant les sous-traitants est un critère d'adjudication et doit être impérativement remise avec l'offre. »* La société **SOC1**) invoque les points 3.2.8.5. et 5.1.8. du cahier des charges.

Trois participants avaient été retenus : la société **SOC1**), la société **SOC2**) et l'association momentanée **SOC3**). Les trois participants ont dû largement dépasser le budget proposé pour la réalisation du projet initial, trop ambitieux, de l'association **ASSOC1**).

L'association a donc légèrement augmenté le budget du projet, et a notablement réduit le programme à réaliser. Suite à l'avenant du 7 novembre 1997, les trois entreprises ont soumis, le 14 novembre 1997, des offres aux écarts de prix insignifiants.

L'avenant porte sur quatre points, mais ne modifie pas les articles 3.2.8.5. et 5.1.8. du cahier des charges, qui prescrivent le dépôt de la liste des sous-traitants.

Par courrier du 20 novembre 1997, la société **SOC1**) a été informée que sa candidature n'était pas retenue.

Il s'est avéré que l'entreprise **SOC2**), à laquelle le marché a été adjugé, a présenté une nouvelle offre, qui *« est basée sur d'autres fournisseurs et sous-traitants que ceux repris dans le bordereau devis estimatif et dans la liste des sous-traitants jointe à l'offre du 17.10.1997. »* *« ...de surcroît, **SOC2**) n'avait pas fourni de nouvelle liste modifiée des sous-traitants. »* En se référant à l'article 9 (3) du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 et à l'article 28 (6), la société **SOC1**) soutient que l'entreprise **SOC2**) *« ne respectait donc pas les dispositions susindiquées du règlement grand-ducal de 1989 et du cahier des charges, puisqu'elle n'indiquait ni les sous-traitants et qu'elle modifiait l'offre initiale. »*

L'association momentanée **SOC3**), évincée par la suite, *« se réservait le choix des sous-traitants et violait donc également les dispositions légales et conventionnelles applicables ... »*.

Seule l'offre de la société **SOC1**) répondait aux exigences imposées par l'association **ASSOC1**) et elle seule aurait dû être acceptée et adjugée.

Etant donné que les offres de l'entreprise **SOC2**) et de l'association momentanée **SOC3**) n'étaient pas conformes, la décision de la commission d'adjudication de confier la réalisation du centre de rééducation à l'entreprise **SOC2**) était illégale. L'association **ASSOC1**) *« n'a ni respecté le cahier de charges, ni les dispositions légales en matière de marchés publics rendues applicables par le cahier des charges et ... une faute dans son chef est établie par la prise d'une décision illégale. »*

La responsabilité délictuelle de l'association **ASSOC1**), adjudicataire du marché, envers la société **SOC1**), soumissionnaire injustement écarté, est donc engagée sur base des articles 1382 et 1383 du code civil.

La société **SOC1**) ayant subi un préjudice, qui est *« constitué par les frais, dépenses et débours qu'elle a dû exposer dans le cadre de cette adjudication »* pour la présentation de la soumission, elle demande réparation de ce préjudice, évalué au montant de 240.464,83- euros (9.700.327.- francs). La société **SOC1**) précise qu'elle *« ne demande pas pour le moment à être indemnisée du manque à gagner mais uniquement des frais, dépenses et débours qu'elle a dû engager pour la présentation de sa soumission donc le damnum emergens en se réservant expressément le droit de réclamer ultérieurement le lucrum cessans »*.

3. Le moyen tiré de l'autorité de la chose jugée

Le CENTRE DE REEDUCATION soutient qu'en application des articles 1350 et suivants du code civil, particulièrement de l'article 1351 du code civil, la demande de la société **SOC1**) est irrecevable au motif qu'elle heurte le principe de l'autorité de la chose jugée.

Le CENTRE DE REEDUCATION considère qu'au vu de l'article 53 du nouveau code de procédure civile, l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties.

L'objet du litige actuel est le même que celui du litige ayant été engagé par la société **SOC1**) par l'assignation du 19 août 1999 et qui a conduit à l'arrêt de rejet de la cour d'appel du 30 avril 2002. En effet, la société **SOC1**) « *demande chaque fois la réparation d'un préjudice apparemment subi, suite à une éviction soi-disant illégale d'un marché public ...* ».

La cause des deux demandes est elle aussi la même. En invoquant un arrêt de la cour d'appel du 25 février 1992, le CENTRE DE REEDUCATION soutient que le principe générateur du droit est à considérer comme cause de la demande. En l'espèce, la décision de la commission d'adjudication d'attribuer le marché à la société **SOC2**) et d'écarter l'entreprise **SOC1**) est considérée comme illégale par la société **SOC1**), et constitue la cause de ses deux demandes en indemnisation.

Contrairement à ce que soutient la société **SOC1**), ce n'est pas le principe de la responsabilité délictuelle, sur lequel la société **SOC1**) base sa demande actuelle, qui constitue la cause de sa demande.

Il y a donc entre les deux demandes identité de parties, d'objet et de cause, et la nouvelle demande est à déclarer irrecevable en ce qu'elle heurte l'autorité de la chose jugée attachée à l'arrêt de la cour d'appel du 30 avril 2002.

4. La réponse de la société **SOC1**) au moyen tiré de l'autorité de chose jugée

La société **SOC1**) considère que le moyen d'irrecevabilité n'est pas justifié.

En invoquant un arrêt de la Cour de cassation française du 21 janvier 2003 (Cour de cassation, 1^e chambre civile, 21 janvier 2003, Bulletin I, no 18), la société **SOC1**) soutient que la cause d'une demande constitue le texte sur lequel la demande est fondée. L'action engagée sur base de la responsabilité contractuelle ne se heurte pas à l'autorité de chose jugée attachée à la décision fondée sur la responsabilité délictuelle.

Par arrêt du 30 avril 2002, la cour d'appel a retenu que la demande de la société **SOC1**) était fondée sur la responsabilité contractuelle, et elle a rejeté cette demande en « *faisant totalement abstraction des règles applicables en matière délictuelle* ».

« *Etant donné qu'une action basée sur la responsabilité contractuelle diffère par sa cause d'une action basée sur la responsabilité délictuelle, il échet de constater que les conditions requises pour se voir opposer une fin de non-recevoir tirée de l'autorité de chose jugée consistant dans une triple identité ... ne sont pas réunies et que partant la demande présentée par **SOC1**) est à déclarer recevable.* »

5. L'autorité de chose jugée

L'article 1351 du code civil, invoqué par le CENTRE DE REEDUCATION, dispose :
« *L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.* »

L'objet de la demande est constitué par les prétentions des parties, le résultat qu'elles recherchent.

Ainsi que l'a retenu la cour d'appel dans un arrêt du 25 février 1992 (Pasicrisie 28, page 270), invoqué par le CENTRE DE REEDUCATION, la cause d'une demande en justice constitue le principe générateur d'un droit.

La cause est constituée par l'ensemble des faits allégués par les parties à l'appui de leurs prétentions, indépendamment de la règle de droit invoquée ou de la qualification juridique.

Ainsi que l'a retenu la Cour de cassation de France, une demande, formée entre les mêmes parties, qui tend à obtenir le même résultat et qui est fondée sur les mêmes faits qu'une demande précédente, qui a été jugée, se heurte à l'autorité de la chose jugée, étant entendu que l'invocation d'un fondement juridique, qui n'était pas présenté dans l'affaire jugée, ne permet pas de contester l'identité de cause des deux demandes. (Cour de cassation de France : 2^e chambre civile, 4 mars 2004, no 02-12.141, bulletin civil 2004, II, no 84, page 74 ; 2^e chambre civile, 23 septembre 2004, no 02-19.882, bulletin civil 2004, II, no 413, page 350 ; 1^e chambre civile, 8 mars 2005, no 02-16.697, bulletin civil 2005, I, no 113, page 97 ; assemblée plénière, 7 juillet 2006, no 04-10.672, Dalloz 2006, jurisprudence, page 2135 ; 1^e chambre civile, 16 janvier 2007, no 05-21.571 ; chambre commerciale, 20 février 2007, no 05-18.322, procédures no 6, juin 2007, commentaire 128 ; 2^e chambre civile, 18 octobre 2007, no 06-13.068, procédures no 12, décembre 2007, commentaire 274 ; 2^e chambre civile, 25 octobre 2007, no 06-19.524, procédures no 12, décembre 2007, commentaire 274 ; 3^e chambre civile, arrêt no 128 du 13 février 2008, no 06-22.093 ; 1^e chambre civile, 28 mai 2008, bulletin civil, I, no 153, page 132)

6. La comparaison des deux demandes de la société **SOC1**)

A titre liminaire, le tribunal relève que la motivation de l'assignation dont il est saisi est largement reprise textuellement, ou avec de légères modifications sans conséquence, tant de l'assignation de la société **SOC1**) du 18 août 1999 que de son acte d'appel du 31 mai 2001, formé contre le jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 5 avril 2001.

La demande de la société **SOC1**) dont le tribunal est saisi est exposée au point 2 du jugement.

Le tribunal constate que dans son assignation du 19 août 1999 et dans son acte d'appel du 31 mai 2001, la société **SOC1**) expose que le marché relatif à la construction du centre de rééducation à (...) a été attribué à la société **SOC2**) en violation des règles des marchés publics rendues applicables au marché par l'association **ASSOC1**) et du cahier des charges du 16 juin 1997. Suite à l'avenant du 7 novembre 1997, qui tient compte de l'augmentation

du budget et de la réduction du projet à réaliser, seule la société **SOC1**) a déposé la liste des sous-traitants dont le dépôt était prescrit.

Etant donné que la société **SOC2**), à laquelle le marché a été attribué, n'a pas déposé cette liste, ce que prescrit le cahier des charges, et qu'elle a modifié l'offre initiale, ce que ne permet pas le cahier des charges, l'attribution du marché à la société **SOC2**) constitue une décision illégale.

Comme l'association momentanée **SOC3**), évincée par la suite, se réservait le choix des sous-traitants et violait les dispositions légales et conventionnelles, seule l'offre de la société **SOC1**) répondait aux exigences imposées par l'association **ASSOC1**), et l'offre de la société **SOC1**) aurait dû être acceptée.

La société **SOC1**) demande donc indemnisation du préjudice subi *« représenté par les frais, dépenses et débours qu'elle a dû exposer dans le cadre de cette soumission »*. *« ... l'action en dommages-intérêts de la société **SOC1**) est fondée par le fait qu'elle a été illégalement évincée alors que seule son offre était conforme au cahier des charges. »*

Dans l'assignation, le préjudice est évalué à 10.000.000.- francs, tandis qu'il est évalué à 9.700.327.- francs dans l'acte d'appel.

L'analyse des deux demandes permet donc de conclure que la société **SOC1**) a chaque fois engagé une action tendant à l'allocation de dommages et intérêts en réparation du préjudice qu'elle affirme avoir subi et qui est constitué des frais engagés pour la présentation de l'offre en vue de l'attribution du marché de construction d'un centre de rééducation à (...).

Dans les deux demandes, les prétentions de la société **SOC1**) sont les mêmes : sa demande tend à l'indemnisation du préjudice subi. Le résultat recherché par la société **SOC1**) constitue chaque fois l'allocation d'un montant de 9.700.237.- francs à titre de dommages et intérêts.

La demande dont le tribunal est saisi a donc le même objet que celle introduite par l'assignation du 19 août 1999.

Les deux demandes sont fondées sur la décision de l'association **ASSOC1**) d'attribuer le marché litigieux à l'entreprise **SOC2**) et d'écarter la société **SOC1**), au motif que cette décision a été prise en violation des règles qui régissent le marché et qui imposent le dépôt de la liste des sous-traitants avec l'offre, ce que la société **SOC2**) n'a pas fait, tandis que seule la société **SOC1**) a présenté une offre conforme aux règles qui régissent le marché.

Dans les deux demandes, la société **SOC1**) fonde son action en dommages et intérêts sur les mêmes faits et elle soutient qu'il y a un lien causal entre son préjudice et la décision illégale de la commission d'adjudication de ne pas retenir son offre.

La demande dont le tribunal est saisi ayant le même fondement factuel que celle du 19 août 1999, il y a identité de cause des deux demandes.

Les deux demandes se distinguent sur un seul point.

Dans la première assignation et dans l'acte d'appel, la société **SOC1)** se limite à exposer ce qu'elle entend obtenir, à savoir un montant à titre d'indemnisation de son préjudice, et à indiquer le fondement factuel qui justifie cette indemnisation, à savoir une décision illégale de la société **ASSOC1)** de ne pas attribuer le marché à la société **SOC1)**.

La société **SOC1)** s'abstient d'expliquer sa demande en droit et d'indiquer un fondement juridique qui justifie sa demande, ou même plusieurs fondements juridiques soumis de manière alternative à l'examen des juridictions.

Dans la deuxième assignation, dont le tribunal est saisi, la société **SOC1)** expose aussi le résultat recherché et le fondement factuel qui justifie la demande.

Mais, dans cette deuxième assignation, la société **SOC1)** prend également soin d'indiquer que sa demande est fondée sur les articles 1382 et 1383 du code civil, et elle précise donc aussi le fondement juridique de sa demande.

Cependant, contrairement à ce que soutient la société **SOC1)**, le fondement juridique d'une demande n'en constitue pas sa cause.

L'établissement public CENTRE NATIONAL DE REEDUCATION FONCTIONNELLE ET DE READAPTATION s'est substitué à l'association sans but lucratif **ASSOC1)**. La demande formée par l'association **ASSOC1)** par l'assignation du 20 juillet 2004, et reprise par le CENTRE DE REEDUCATION, est formée entre les mêmes parties que celle introduite par l'association **ASSOC1)** le 19 août 1999.

Au vu des développements qui précèdent, il y a identité de parties, d'objet et de cause entre les demandes introduites par les assignations des 19 août 1999 et 20 juillet 2004.

7. La demande au regard de l'arrêt de la cour d'appel du 30 avril 2002

En première instance, l'association **ASSOC1)** a soutenu que le tribunal n'avait pas compétence pour connaître de la demande, étant donné que « *l'analyse de la légalité ou de l'illégalité de la décision pour violation de la loi est de la compétence exclusive de la juridiction administrative.* » (Conclusions du 7 février 2000, page 5)

Dans son jugement du 5 avril 2001, le tribunal d'arrondissement a rejeté le moyen en retenant notamment qu'« *il appartient aux juridictions de l'ordre judiciaire d'apprécier le comportement de l'administration par rapport aux articles 1382 et 1383 du code civil...* »

Dans son arrêt du 30 avril 2002, la cour d'appel a également rejeté le moyen d'incompétence opposé en retenant notamment que « *l'appréciation de la faute et du préjudice en résultant appartient aux tribunaux de l'ordre judiciaire. C'est dès lors à raison que les premiers juges ont rejeté le moyen d'incompétence soulevé par la partie ASSOC1).* »

Au fond, le tribunal a rejeté la demande en indemnisation au motif que la relation causale entre le préjudice allégué et la prétendue éviction illégale du marché n'était pas établie.

Dans son dispositif, le tribunal s'est déclaré compétent pour connaître de la demande. Au fond, il a dit la demande non justifiée et l'a rejetée.

La cour d'appel a retenu ce qui suit :

« **SOC1**) a basé son action sur les principes de la responsabilité contractuelle. Elle précise en effet dans l'assignation du 19 août 1999 que le cahier des charges appliquait de façon contractuelle le règlement grand-ducal du 2 janvier 1989, ajoutant que l'assignée **ASSOC1**) s'est soumise conventionnellement à ce règlement. Elle y déclare en outre que l'assignée a violé des dispositions légales et conventionnelles.

*Il est acquis en cause que l'appelante se plaint de ce que la commission d'adjudication aurait commis une irrégularité lors de l'examen des offres faites par les trois candidats en retenant à tort celle de la société **SOC2**) pour ne pas être conforme au cahier des charges et aux dispositions du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989. Or il est admis en doctrine et en jurisprudence que la responsabilité en cas d'irrégularités commises dans la procédure de passation du marché est délictuelle. Il en suit que **SOC1**) ne saurait se prévaloir des principes de la responsabilité contractuelle pour agir à l'encontre de **ASSOC1**). Dans les conditions données, la demande de **SOC1**) est à rejeter comme non fondée.*

L'appel principal laisse dès lors également d'être fondé ».

Au dispositif de l'arrêt du 30 avril 2002, la cour d'appel a dit non fondés les appels principal et incident, et a confirmé le jugement du tribunal, « encore que pour d'autres motifs. »

Dans le dispositif du jugement du 5 avril 2001, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 11^e chambre, a tranché la demande d'indemnisation, telle que présentée par la société **SOC1**) contre l'association **ASSOC1**), et l'a rejetée. En confirmant le jugement au dispositif de l'arrêt du 30 avril 2002, la cour d'appel a également tranché la demande de la société **SOC1**), telle que présentée.

La décision de rejet de la demande de la société **SOC1**) formée contre l'association **ASSOC1**) qui tendait à l'allocation de dommages et intérêts en réparation du préjudice causé par l'éviction prétendument illégale de la société **SOC1**) du marché de construction du centre de rééducation à (...) est donc revêtue de l'autorité de la chose jugée.

Ainsi qu'il a été retenu au point 6 ci-dessus, il y a identité de parties, d'objet et de cause entre les demandes introduites par les assignations des 19 août 1999 et 20 juillet 2004.

La demande nouvelle du 20 juillet 2004 se heurte dès lors à l'autorité de chose jugée attachée à l'arrêt de la cour d'appel du 30 avril 2002, qui n'a pas fait l'objet d'un pourvoi en cassation, et est irrecevable.

8. Les indemnités de procédure

La société **SOC1**) perd le procès et doit donc supporter les dépens. Sa demande tendant à l'allocation d'une indemnité de 2.500.- euros, formée sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile, n'est donc pas justifiée.

Le CENTRE NATIONAL DE REEDUCATION FONCTIONNELLE ET DE READAPTATION conclut à la condamnation de la société **SOC1**) à lui payer une indemnité de procédure de 2.500.- euros, sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Il est inéquitable de laisser à charge du CENTRE NATIONAL DE REEDUCATION FONCTIONNELLE ET DE READAPTATION l'entièreté des sommes déboursées par lui et non comprises dans les dépens, de sorte qu'il y a lieu de faire droit à sa demande. Au regard de la nature de l'affaire, il est établi que les sommes exposées par le CENTRE NATIONAL DE REEDUCATION FONCTIONNELLE ET DE READAPTATION s'élèvent à 2.500.- euros.

Par ces motifs:

le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, première chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, en continuation du jugement du 29 novembre 2006,

déclare irrecevable la demande de la société anonyme **SOC1) S.A.**,

rejette la demande de la société anonyme **SOC1) S.A.** formée sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

condamne la société anonyme **SOC1) S.A.** à payer à l'établissement public CENTRE NATIONAL DE REEDUCATION FONCTIONNELLE ET DE READAPTATION le montant de 2.500.- euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

condamne la société anonyme **SOC1) S.A.** aux dépens et ordonne la distraction des dépens au profit de Maître Mathias PONCIN.

Ce jugement a été lu à l'audience publique indiquée ci-dessus par M. Etienne SCHMIT, premier vice-président, en présence de Mme Pascale HUBERTY, greffier assumé.