
Jugement civil no 307 / 2002

(première chambre)

Audience publique du lundi, quatorze octobre deux mille deux.

Numéro 67734 du rôle

Composition :

M. Etienne SCHMIT, premier vice-président,
Mme Michèle HORNICK, juge,
Mme Martine DISIVISCOUR, juge,
M. Albert MANGEN, premier substitut, Mme
Pascale HUBERTY, greffier assumé.

E n t r e :

la société anonyme de droit français **SOC1.**), établie et ayant son siège social à (...), (...), immatriculée au RCS du MANS sous le numéro B (...), représentée par le président de son directoire, M. **L.**),

partie demanderesse aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Georges NICKTS de Luxembourg du 10 octobre 2000,

comparant par Maître Tom FELGEN, avocat, demeurant à Luxembourg, assisté de Maître Olivier DARCET, avocat au Barreau de Paris,

e t :

l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, représenté par son ministre d'Etat, ayant ses bureaux à L-1352 Luxembourg, 4 rue de la Congrégation, sinon par son ministre des travaux publics, ayant ses bureaux à L-2450 Luxembourg, 4 boulevard F.D. Roosevelt ,

partie défenderesse aux fins du prédict exploit NICKTS, comparant par Maître
Jean-Louis SCHILTZ, avocat, demeurant à Luxembourg.

Le Tribunal:

Ouï la société anonyme de droit français **SOC1.)** par l'organe de Maître Tom FELGEN, avocat constitué.

Ouï l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg par l'organe de Maître Anne FERRY, avocat, en remplacement de Maître Jean-louis SCHILTZ, avocat constitué.

L'affaire a été déposée au greffe du tribunal le 27 novembre 2000.

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 6 mai 2002.

Entendu Mme le juge Martine DISIVISCOUR en son rapport oral à l'audience du même jour.

Par exploit du 10 octobre 2000, la société **SOC1.)** a fait donner assignation à l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg à comparaître devant ce tribunal pour l'entendre condamner à lui payer la somme de 80.648.364.- francs à titre de dommages et intérêts avec les intérêts légaux à partir de la mise en demeure du 16 juin 2000, sinon à partir de la demande en justice jusqu'à solde.

Subsidiairement, la partie demanderesse demande la désignation d'un expert avec la mission " de donner avis au tribunal sur l'étendue du préjudice subi par la société **SOC1.)** du fait de la non-réalisation des travaux sur base de sa soumission ”.

La société **SOC1.)** conclut à l'allocation d'une indemnité de procédure de 150.000.-francs et à l'exécution provisoire du jugement à intervenir.

La demande, introduite dans les formes légales, est recevable.

1. Position de la société **SOC1.)**

La société **SOC1.)** expose avoir " participé à une procédure de soumission restreinte avec présélection pour la réalisation entreprise générale partielle en trois lots distincts d'une nouvelle infrastructure sportive pour le Centre **ETS1.)** de (...). La société **SOC1.)** a été admise à participer à l'appel d'offres et a soumissionné le 13 mars 1998. L'ouverture des enveloppes a révélé que l'entreprise **SOC1.)** était, de très loin, la moins disante, ayant proposé un prix de réalisation de 390.640.050.- Flux TTC. Par courrier du 12 août 1998, le ministre des travaux publics informait la société **SOC1.)** que l'offre présentée n'était pas conforme à l'article 9 du Règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 sur les marchés publics. Le marché a alors été attribué au Groupement d'Entreprises **SOC2.) SOC3.)** qui avait proposé un prix de réalisation de 448.863.464.- Flux TTC, par arrêté du ministre des travaux publics en date du 4 août 1998, portant adjudication du marché à ce soumissionnaire ”.

Le 3 novembre 1998, la société **SOC1.)** aurait introduit un recours en annulation contre la décision du ministre du 4 août 1998. Le 16 juin 1999, le tribunal administratif de Luxembourg, confirmé par la Cour

d'appel administrative le 6 avril 2000, aurait déclaré recevable le recours et aurait déclaré fondé le recours en annulation. Il aurait annulé la décision du ministre des travaux publics du 4 août 1998. En dépit de l'annulation du marché par les juridictions administratives, l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg aurait donné l'ordre de commencer les travaux le 25 août 1999.

La société **SOC1.)** se fonde sur son dossier remis aux autorités compétentes pour prétendre qu'elle aurait eu la quasi-certitude de remporter le marché, faute de concurrent comparable.

Le ministre des travaux publics refuserait de l'indemniser bien que “ par courrier du 11 juillet 2000, Madame le ministre des travaux publics, sans contester le principe de l'indemnisation du préjudice découlant de l'éviction du marché de la SA **SOC1.)**, estimait ses prétentions exagérées et déclarait se fier à la sagesse des juges ”. La partie demanderesse prétend que par cet aveu extrajudiciaire, l'Etat aurait ainsi reconnu qu'une faute aurait été commise, refusant le règlement du différend par voie d'une indemnisation à l'amiable.

La société demanderesse prétend que “ l'éviction de la société **SOC1.)** l'a privé de la réalisation de ce marché public. Il s'ensuit que la non-réalisation par la société **SOC1.)** de ce marché où elle était, de loin, la moins disante, lui a fait perdre la marge brute qu'elle aurait perçue en ayant réalisé les travaux dans les termes de son offre. Cette marge brute s'entend du chiffre d'affaires qui aurait été réalisé, diminuée des frais variables qui auraient dû être engagés pour le permettre. Elle intègre donc les frais fixes affectés au marché et la marge bénéficiaire attendue. En second lieu, elle a été victime d'une perte d'une chance de constituer avec ce chantier exceptionnel par son renom, une image de marque et une référence à échelle européenne. Enfin, elle a dû, pour faire constater son droit, engager des frais d'analyse juridique de représentation et de la procédure ”. La société **SOC1.)** évalue son préjudice à la somme de 80.648.364.-francs. Cette somme correspondrait donc à la privation de la marge brute, à la perte d'une chance de conforter son référentiel et son image de marque ainsi que les frais engagés pour faire valoir ses droits.

La partie demanderesse expose que “ le ministre des travaux publics, dans sa lettre du 11 juillet 2000, admet bien le principe de devoir indemniser l'entreprise **SOC1.)** en conséquence de son éviction irrégulière, sans toutefois manifester d'accord sur le montant demandé à ce titre. Si le Tribunal ne s'estimait pas suffisamment informé par les éléments versés aux débats et exposés plus haut, il y aurait dès lors lieu de recourir dès à présent, avant dire droit sur le fond, à une mesure expertale afin que soit proposé à dire d'expert le montant de l'indemnité qui sera en définitive arrêté ”.

La partie demanderesse prétend que l'Etat luxembourgeois aurait engagé “ sa responsabilité délictuelle, sinon contractuelle, en déclarant, l'offre de la société **SOC1.)** irrecevable et en ne lui attribuant pas le marché en question ”.

Par voie de conclusions déposées le 3 août 2001, la société **SOC1.)** prétend que “ si par extraordinaire le Tribunal ne devait pas retenir une faute imputable à l’Etat luxembourgeois, en tout état de cause, celui-ci doit être condamné à indemniser la société **SOC1.)** au regard de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes qui reconnaît le droit à indemnisation dès lors qu’il y a eu violation du droit communautaire, ce qui est le cas en l’espèce ”.

2. Position de l’Etat du Grand-Duché de Luxembourg

L’Etat du Grand-Duché de Luxembourg se rapporte à prudence de justice en ce qui concerne la recevabilité de la demande en la forme et quant au délai.

A titre préliminaire, l’Etat expose que le tribunal administratif en annulant la décision prise par le ministre des travaux publics, a écarté le moyen d’irrecevabilité retenu par ledit ministre, moyen relatif au non-respect de la formalité du pli séparé prévu par le règlement grand-ducal du 2 janvier 1998. La Cour d’appel administrative aurait confirmé le jugement en appel. “ Or - outre cette première irrecevabilité qui était flagrante et devait normalement entraîner la nullité de l’offre faite par la partie requérante - d’autres irrégularités avaient été relevées dans le dossier de soumission de la société **SOC1.)**. Il s’ensuit que l’offre de la partie requérante aurait de toute façon été rejetée pour d’autres motifs ”. Les juridictions administratives n’auraient analysé ni les autres motifs d’irrecevabilité ni le fond de l’affaire.

L’Etat conteste que sa responsabilité soit engagée. Il prétend qu’aucun contrat ne le liait à la société **SOC1.)**, de sorte que sa responsabilité contractuelle ne saurait être engagée.

La partie défenderesse estime que la partie demanderesse ne prouverait pas qu’elle aurait commis une faute, de sorte que sa responsabilité délictuelle ne serait pas susceptible d’être engagée. “ Le fait que l’Etat ait écarté l’offre de la partie adverse, parce qu’elle était contraire aux dispositions de la loi et du règlement relatifs aux marchés publics ne saurait être constitutif d’une faute dans son chef. La partie adverse n’allègue d’ailleurs pas que ce serait de façon intentionnelle et sans motif que l’Etat du GrandDuché de Luxembourg aurait écarté son offre. A défaut de preuve d’une faute positive, la partie adverse doit succomber dans sa demande ”.

Le fait d’avoir écarté l’offre de la société **SOC1.)** au motif qu’elle était contraire aux dispositions de la loi et du règlement relatifs aux marchés publics ne constituerait pas une faute. Par ailleurs, l’offre présentée par la société **SOC1.)** aurait comporté des irrégularités. Contrairement aux dispositions de l’article 28 (7) du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 portant institution d’un cahier des charges applicables aux marchés publics de l’Etat, la dernière position figurant à la page 267 du bordereau de l’offre de la société **SOC1.)** n’aurait pas été remplie. Par ailleurs, en vertu du principe que l’adjudication doit être faite à celui dont l’offre est économiquement la plus avantageuse, il ne serait pas “ exclu que la société **SOC1.)** aurait néanmoins été écartée au profit de l’offre faite par **SOC2.)- SOC3.)** sur base du critère de l’offre économiquement la plus favorable ”.

Subsidiairement, l'Etat conteste le préjudice réclamé tant en son principe qu'en son quantum. La société **SOC1.)** ne prouverait pas la perte d'une chance, à savoir la perte de la chance de devenir adjudicataire du marché. Il appartiendrait à la partie demanderesse de prouver qu'elle avait positivement une chance d'obtenir le marché, preuve qu'elle ne rapporterait pas.

Plus subsidiairement, l'Etat conteste les marges calculées par la société **SOC1.)** ainsi que les coefficients appliqués pour déterminer les marges. La partie demanderesse ne prouverait pas davantage la prétendue perte de chance de conforter son référentiel et son image de marque, de sorte que sa demande serait à rejeter.

L'Etat conteste aussi le bien-fondé de la demande relative aux prétendus frais concernant les notes d'honoraires d'avocat.

Etant donné que la demande de la société **SOC1.)** serait à rejeter, il n'y aurait pas lieu de procéder à une expertise.

3. Les faits

Le 16 juin 1999, le tribunal administratif a déclaré recevable le recours en annulation en la forme en ce qu'il est dirigé contre la décision du 4 août 1998 du ministre des travaux publics portant adjudication du marché au soumissionnaire **SOC2.)-SOC3.)** contenant implicitement, la décision d'écarter du marché l'offre du soumissionnaire **SOC1.)**. Le jugement a annulé les décisions prises par le ministre des travaux publics écartant l'offre faite par la société **SOC1.)**. Le tribunal administratif a retenu:

“ avant de procéder à l'examen de l'incidence de la réglementation communautaire sur l'article 9 (3) du règlement grand-ducal précité du 2 janvier 1989, il convient en premier lieu d'examiner son objet et sa portée en droit interne luxembourgeois.

Force est de constater que l'article 9 (3) précité porte deux exigences, d'une part l'obligation pour l'entrepreneur général d'indiquer, lors de la remise de son offre, les noms et adresse de ses sous-traitants et, d'autre part celle du pli séparé.

La finalité de l'article 9 (3) du règlement grand-ducal précité du 2 janvier 1989, en ce qu'il exige que, lors de la remise de leurs offres, les entrepreneurs généraux indiquent les noms et adresses de leurs sous-traitants, est de mettre le pouvoir adjudicateur en mesure, d'un côté, d'examiner et d'apprécier les qualités des exécutants du marché, étant rappelé dans ce contexte, que par l'effet combiné de l'article 9 (2) et, par renvoi, de l'article 1er du règlement grand-ducal précité du 2 janvier 1989, les sous-traitants doivent remplir les conditions légales pour s'occuper professionnellement de l'exécution des travaux, de la livraison des fournitures ou de la prestation de services qu'ils proposent d'effectuer et d'un autre côté, de connaître l'ensemble des intervenants directs et indirects d'une soumission publique, étant rappelé sous ce rapport que l'article 9 (5) du règlement grand-ducal précité du 1989 précité dispose que *ne peut être prise en considération une offre en nom personnel émanant d'une personne si celle-ci figure également en tant que sous-traitant dans une entreprise générale ou si elle remet parallèlement une offre soit en association avec une autre personne, soit sous forme d'offre collective.*

L'omission d'indiquer les noms et adresses de ses sous-traitants vicie l'offre soumise par un soumissionnaire entrepreneur général, dès lors que, d'une part, l'omission de cette prescription porte atteinte aux intérêts de l'administration contractante, et, d'autre part, elle affecte l'égalité entre les soumissionnaires et les règles

de la concurrence. En d'autres termes, ladite prescription a un caractère substantiel, lequel justifie la sanction lourde de l'irrecevabilité, dont le législateur a assorti l'omission.

Il convient encore d'examiner si cette sanction s'applique également à la formalité du pli séparé prévu à l'article 9 (3) du règlement grand-ducal précité du 2 janvier 1989.

Force est de constater que la finalité de la formalité du pli séparé, à côté de l'offre remise par le soumissionnaire, est tout autre que celle dégagée ci-avant. En effet, alors que l'obligation d'indiquer l'identité des sous-traitants est prévue tant dans l'intérêt de l'administration contractante, - afin de lui permettre le contrôle des qualités des sous-traitants -, que dans celui des autres soumissionnaires -, la formalité du pli séparé répond uniquement à un souci de protection des intérêts du soumissionnaire concerné. En effet, si la loi appelle le soumissionnaire visé à communiquer au pouvoir adjudicateur l'identité de ses sous-traitants, cette communication, qui touche à ses intérêts commerciaux, doit garder, au vœu du législateur, un caractère confidentiel par rapport aux autres soumissionnaires, ce qui est garanti par la disposition du pli séparé.

Par conséquent, l'omission vénielle, de la formalité du pli séparé s'analyse nécessairement en une irrégularité non-substantielle. Ainsi, il peut être satisfait à l'obligation prévue à l'article 9 (3) du règlement grand-ducal précité du 2 janvier 1989 notamment au cas où la communication au pouvoir adjudicateur des noms et adresses des soustraitants s'est faite dans l'offre même, étant donné que dans ce cas, le non-respect de la formalité du pli séparé ne porte atteinte ni à l'égalité entre les soumissionnaires ni aux droits de l'administration.

Il s'ensuit que c'est partant à tort que les parties défenderesses soutiennent que la sanction de l'irrecevabilité doit également s'appliquer à la formalité du pli séparé, et dans la mesure où il est constant en cause que la société **SOCL.) SA** a indiqué l'identité de ses sous-traitants dans le bordereau de soumission, de sorte que tous les renseignements requis sur ses sous-traitants ont été fournis au pouvoir adjudicateur au moment de la remise de l'offre, le ministre des Travaux publics n'a pas pu légalement se baser sur l'article 9 (3) précité pour déclarer une offre d'un entrepreneur général irrecevable pour avoir indiqué l'identité de ses sous-traitants dans le bordereau au lieu de l'avoir fait par pli séparé.

En l'espèce, il suit des considérations qui précèdent que le ministre des Travaux publics n'a pas pu déclarer irrecevable l'offre de la société **SOCL.) SA** sur base de la disposition précitée et que, tant le rejet que, par la force des choses, l'adjudication du marché au soumissionnaire **SOC2.)-SOC3.)** sont viciés et encourent l'annulation.

Comme cette conclusion se dégage de l'objet et de la finalité même de l'article 9 (3) du règlement grand-ducal précité de 1989 sur lequel le ministre des Travaux publics a basé sa décision d'écarter l'offre de la société **SOCL.) SA**, le recours est fondé, sans qu'il y ait lieu encore d'examiner l'incidence des dispositions communautaires sur ledit article, voire les autres moyens d'annulation présentés en cause par la demanderesse. Concernant l'argumentation développée en ordre subsidiaire par les parties **SOC2.)** et **SOC3.) SARL** basée sur ce que la décision de rejet de l'offre de la société **SOCL.) SA** se justifierait encore au motif que l'offre de cette dernière serait non conforme aux exigences du cahier des charges, cette argumentation est à écarter à défaut d'éléments concrets et concluants permettant au tribunal de conclure à une non-conformité ”.

Le 25 août 1999, l'administration des bâtiments publics envoie un courrier à l'association momentanée **SOC2.)-SOC3.)** relatif aux travaux de second œuvre en entreprise générale du Centre **ETS1.)** à (...). Aux termes de ce courrier, le directeur des Bâtiments publics précise “ me référant à l'arrêté ministériel no. 97.1589 du 4 août 1998, à ma commande écrite du 21 août 1998, de même qu'à ma lettre du 6 mai 1999, je vous signale que le début officiel de vos travaux a été fixé au 1er octobre 1999. Par conséquent, je vous prie de bien vouloir faire le nécessaire, afin que les travaux puissent débiter à cette date et qu'ils se terminent dans le délai imparti de seize mois. Je vous rappelle en outre que vous êtes tenus à travailler en étroite collaboration avec l'Agence (...) **ARCH1.)** ”.

Le 6 avril 2000, la Cour administrative a confirmé le jugement rendu le 16 juin 1999 par le tribunal administratif.

La Cour a retenu que “ considérant que le jugement entrepris a décidé, en considération de la finalité de la formalité du pli séparé qui devrait s’analyser comme étant dans le texte dans l’intérêt exclusif du soumissionnaire concerné, que l’omission de la représentation de la liste des sous-traitants sous pli séparé devant accompagner l’offre ne constituerait pas une formalité substantielle dont le défaut serait susceptible d’être opposé au soumissionnaire pour écarter son offre.

Considérant toutefois que ce raisonnement, quelque méritant qu’il puisse être sur le plan de la logique juridique, ne saurait prévaloir sur la disposition explicite du texte légal qui exige cette formalité sous peine d’irrecevabilité de l’offre.

Qu’il doit en être ainsi à plus forte raison alors que la formalité a été expressément introduite dans la législation applicable, soit le règlement grand-ducal précité du 2 janvier 1989, la législation antérieure n’ayant pas connu cette sanction dont l’introduction a été formellement évoquée dans les travaux préparatoires du texte: la nullité de l’offre ne laisse plus aucune équivoque sur le caractère impératif de cette prescription (avis de la Chambre des Métiers sur le texte gouvernemental qui portait comme innovation la formalité du pli séparé).

Considérant dès lors que, la formalité du pli séparé ayant été expressément et sous peine d’irrecevabilité introduite dans le texte, cette exigence ne saurait être écartée dans l’application du texte en question, qui, ne faisant aucune différence entre la formalité de l’obligation d’indiquer les sous-traitants et celle de ce faire sous pli séparé, ne permet pas de faire une application distincte et différenciée de ces deux éléments du texte.

Qu’il en résulte que le texte de l’article 9 du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 ne permet pas l’interprétation qu’en a donnée le tribunal.

Considérant qu’à titre subsidiaire, les intimés reprennent leurs conclusions de première instance tendant à voir appliquer au marché litigieux la législation découlant de la législation européenne à laquelle l’article 9 du règlement grand-ducal précité de 1989 serait contraire.

Considérant qu’à l’examen des pièces du dossier, la Cour constate que le dossier de soumission porte, en sa page de couverture l’obligation découlant de l’article 9 précité d’indiquer la liste des sous-traitants sous pli séparé. Que parmi les bases légales, outre la loi du 4 avril 1974 concernant le régime des marchés publics de travaux et de fournitures et le règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 précité, ledit dossier fait référence au règlement grand-ducal du 10 août 1992 portant application en droit luxembourgeois des directives CEE relatives aux marchés publics de travaux et de fournitures.

Que force est de constater que ce dernier règlement grand-ducal a été abrogé par celui du 27 janvier 1994, lui-même amendé par règlement grand-ducal du 15 janvier 1996.

Considérant qu’étant constant que, vu que le montant du marché est supérieur à 5 millions d’Ecus, la législation européenne est applicable, c’est le règlement grand-ducal modifié susvisé du 27 janvier 1994 qui doit s’appliquer au marché litigieux, ceci malgré la référence erronée au texte abrogé de 1992.

Considérant que l’indication erronée du texte abrogé ne tire pas à conséquence en ce qu’elle n’a pas été préjudiciable aux soumissionnaires dans le contexte du présent litige alors que le texte de l’article 20 qui vise la sous-traitance n’a subi comme seule modification que son extension aux marchés de fournitures et de services, ce qui est inopérant en la matière.

Considérant qu’en ce qui concerne le conflit de lois éventuel entre la disposition communautaire de 1994 et celles nationales de 1989, l’article 33 du règlement grand-ducal du 27 janvier 1994 porte que les dispositions du texte de 1989 restent applicables aux marchés tombant sous la réglementation communautaire pour autant qu’elles ne sont pas contraires aux dispositions du titre II du dit règlement, titre qui comprend la disposition de l’article 20.

Considérant que l’article 20 dont s’agit, reprenant textuellement l’article 20 de la directive 93/37 CEE, dispose que “ dans les cahiers de charges, le pouvoir adjudicateur peut demander au soumissionnaire de lui communiquer, dans son offre, la part du marché qu’il a éventuellement l’intention de sous-traiter des tiers ”.

Qu’en revanche, l’article 9 du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 dispose que “ lors de la remise de son offre, l’entrepreneur général doit, sous peine d’irrecevabilité de son offre, indiquer sous pli séparé les noms et adresses des sous-traitants ”.

Considérant que la Cour estime que ces exigences plus rigoureuses de la législation nationale et notamment l'exigence de la formalité du pli séparé sont à considérer comme contraires à la directive et dès lors inapplicables.

Qu'en effet, le sens et la finalité des directives européennes étant d'unifier les conditions d'accès aux marchés et d'assurer la libre circulation à l'intérieur des pays de l'Union Européenne, les législations nationales sont à considérer comme contraires aux normes européennes dès lors qu'elles contiennent des clauses exorbitantes aux droits communautaires ou qu'elles imposent des formalités et causes d'irrecevabilité allant au-delà de ce que prévoient les normes en question.

Considérant que dès lors, en appliquant à un marché tombant sous la réglementation européenne une condition nationale exorbitante du droit européen, la décision ministérielle a fait une fausse application du droit et doit dès lors encourir annulation ”.

Le 16 juin 2000, le mandataire de la société **SOC1.)** envoie un courrier au ministère des travaux publics. Aux termes de ce courrier, la société **SOC1.)** demande indemnisation de son préjudice en raison de son éviction de la soumission relative à l'attribution du marché du troisième lot du centre **ETS1.)** du (...).

Le 11 juillet 2000, le ministère des travaux publics précise qu'il “ note que votre mandante a obtenu gain de cause, et devant le tribunal administratif, et devant la Cour de sorte que l'attribution du marché relatif au lot de second-oeuvre du centre **ETS1.)** du (...) à la firme **SOC2.)-SOC3.)** par mon prédécesseur, le ministre (...), se trouve annulée. Bien qu'en présence de l'arrêt de la Cour administrative votre mandante soit légalement en droit de réclamer le préjudice découlant de son évincement du marché, je me dois toutefois de constater que ses prétentions me paraissent largement exagérées et constitueraient un dangereux précédent en matière d'indemnisation à l'amiable dans le domaine des marchés publics. En tant que gestionnaire de deniers publics et de l'argent du contribuable il ne m'est donc pas possible d'accepter votre proposition qui se situe à concurrence de 24% de la valeur, hors T.V.A., du marché! Dans ces conditions je préfère me fier à la sagesse des juges ”.

4. Cadre juridique

La société demanderesse **SOC1.)** recherche la responsabilité de l'Etat principalement sur la responsabilité contractuelle et subsidiairement sur la responsabilité délictuelle.

Pour qu'une responsabilité contractuelle puisse être engagée, il ne suffit pas que le dommage causé ait été causé à l'occasion de l'exécution d'un contrat, il faut encore qu'il résulte de l'inexécution d'une obligation principale ou accessoire.

En l'espèce, aucun contrat ne lie la société **SOC1.)** à l'Etat de sorte que la prétendue responsabilité contractuelle de l'Etat n'est pas susceptible d'être engagée.

Subsidiairement, la responsabilité délictuelle de l'Etat est recherchée.

Aux termes de l'article 1382 du code civil, tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

Aux termes de l'article 1383 du code civil, chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

5. Appréciation du bien-fondé de la demande

5.1. Principe

La société **SOC1.)** se fonde sur le principe de l'unicité de la faute de l'illégalité pour prétendre que la responsabilité de l'Etat est engagée du fait que le tribunal administratif confirmé par la Cour administrative a annulé la décision du ministre des travaux publics confiant la soumission litigieuse à la société **SOC2.) SOC3.)**. Par voie de conclusions déposées le 3 août 2001, la partie demanderesse expose qu' " en tout état de cause, la question de la conformité de l'offre de la société **SOC1.)** n'a aucune incidence sur l'analyse de la faute commise par l'Etat luxembourgeois, mais tout au plus sur la question du préjudice subi par la société **SOC1.)** et sur le lien de causalité entre la faute et le préjudice. " Contrairement à l'argumentation de la partie défenderesse, il ne serait pas nécessaire de démontrer l'existence d'un élément intentionnel pour engager la responsabilité de l'Etat. Par ailleurs, par courrier du 11 juillet 2000, la partie défenderesse aurait reconnu avoir commis une faute, tout en refusant de l'indemniser. Le courrier vaudrait avec un aveu extrajudiciaire.

La partie défenderesse expose qu'en rejetant l'offre de la société **SOC1.)** pour non-conformité aux dispositions légales nationales, elle avait la certitude d'agir en conformité avec la loi. Rien n'aurait laissé présager l'interprétation donnée par la cour administrative. " L'on ne saurait en l'espèce parler d'une faute. L'équivalence annulation de la décision = faute de l'Etat ne saurait jouer dans une affaire aussi complexe que la présente affaire. Tel est d'autant plus le cas alors qu'il convient pour apprécier le comportement de l'Etat de se replacer à l'époque de la décision critiquée et de faire cette appréciation avec les connaissances de l'époque. La responsabilité de l'Etat ne saurait dès lors être retenue sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil en raison de l'application de l'article 9 du Règlement GrandDucal du 2 janvier 1989 ".

Contrairement à l'argumentation de la société **SOC1.)**, le courrier rédigé le 11 juillet 2000 par le ministère des travaux publics ne peut pas être considéré comme étant un aveu extrajudiciaire.

Une déclaration d'une partie ne peut être retenue comme constituant un aveu que si elle porte sur des points de fait. Elle ne peut pas être considérée comme valant aveu extrajudiciaire si elle comporte une appréciation de responsabilité.

En l'espèce, le courrier du 11 juillet 2000 ne se limite pas à porter sur des points de fait de sorte qu'il ne peut pas être considéré comme étant un aveu extrajudiciaire.

L'Etat plaide la thèse de la dualité des notions de faute et d'illégalité en précisant que la décision administrative, bien qu'annulée par le juge administratif, ne revêtirait pas nécessairement un caractère fautif. Par ailleurs, l'offre de la société **SOC1.)** contiendrait encore des irrégularités de sorte que l'offre de

la société demanderesse n'aurait pas été conforme aux dispositions légales applicables en la matière. Notamment, l'Etat prétend que toutes les positions de l'offre n'auraient pas été remplies, contrairement aux dispositions de l'article 28 (7) du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 portant institution d'un cahier des charges applicables aux marchés publics de l'Etat.

La Cour administrative a retenu que l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg a écarté l'offre faite par la société **SOC1.)** au motif que les dispositions prévues à l'article 9 du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 n'avaient pas été respectées. La Cour administrative a retenu que l'Etat n'a pas fait application de la législation communautaire applicable à la matière des marchés publics.

Le fait que l'administration a pris la décision d'écartier de la soumission la société **SOC1.)** sans respecter les dispositions communautaires applicables à la matière est constitutive d'une faute au sens des articles 1382 et 1383 du code civil.

5.2. Le dommage invoqué et le lien de causalité entre le dommage invoqué et la décision d'annulation

La société **SOC1.)** prétend avoir subi un dommage au motif qu'elle aurait été évincée de la soumission à cause du comportement de la partie défenderesse.

L'Etat du Grand-Duché de Luxembourg conteste que sa responsabilité soit engagée. Il expose que l'offre de la société **SOC1.)** aurait comporté, outre le non-respect des dispositions de l'article 9 du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989, d'autres irrégularités de sorte que l'offre de la société **SOC1.)** n'aurait pas été conforme et elle n'aurait pas remporté la soumission.

Notamment, la partie défenderesse prétend que la dernière position à la page 267 du bordereau de l'offre de la société **SOC1.)** n'aurait pas été remplie. Or, conformément aux dispositions de l'article 28 (7) du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989, *toutes les positions du bordereau doivent être remplies; elles ne peuvent ni être barrées, ni contenir le terme néant, à moins que le cahier des charges n'en dispose autrement et sans préjudice des dispositions de l'article 16 concernant les variantes. (9) Les offres non conformes à l'une ou l'autre des dispositions ci-dessus ne sont pas prises en considération.*

La partie défenderesse prétend également que “ même à supposer que l'offre faite par **SOC1.)** ait été déclarée recevable, quod non, il n'est pas exclu qu'elle aurait néanmoins été écartée au profit de l'offre faite par **SOC2.)-SOC3.)** sur base du critère de l'offre économiquement la plus favorable ”.

La société demanderesse **SOC1.)** expose que ce serait la première fois que l'Etat luxembourgeois prétendrait que son offre ne serait pas conforme aux prescriptions de l'article 28 du règlement grand-ducal. Son offre aurait été écartée au visa de l'article 9 dudit règlement et non au visa de l'article 28. Par ailleurs, le tribunal et la cour administratifs auraient écarté le moyen tendant à voir juger que son offre ne serait pas conforme aux spécifications du dossier de soumission. La société **SOC1.)** expose que le jugement rendu par le tribunal administratif aurait retenu que “ Considérant l'argumentation développée par les parties **SOC2.)** et **SOC3.)** SARL sur ce que la décision de rejet de l'offre de la société **SOC1.)** SA se justifierait encore au motif que l'offre de cette dernière serait non conforme aux exigences du cahier des charges.

Cette argumentation est à écarter à défaut d'éléments concrets des concluants permettant au tribunal de conclure à une non-conformité ". La société demanderesse conclut que le jugement rendu par le tribunal administratif et confirmé par la Cour administrative aurait acquis autorité de la chose jugée sur ce point.

En outre, le tribunal civil ne serait pas compétent pour apprécier la conformité de son offre; seules les juridictions administratives auraient pu le faire. La partie défenderesse ne les aurait cependant pas saisies de cette question dans le cadre du recours en annulation de sorte que le moyen soulevé devant les juridictions civiles serait irrecevable.

La société **SOC1.)** expose encore qu'eu égard à la motivation de la décision rendue par la cour administrative, il serait interdit de faire appel aux dispositions réglementaires purement nationales pour le marché qui serait soumis aux règles européennes.

Le soumissionnaire qui, ayant été irrégulièrement écarté, réclame devant les tribunaux de l'ordre judiciaire la réparation du préjudice qu'il prétend avoir subi, consistant entre autres dans la nonattribution du marché, doit établir, que sans la faute, il eût été déclaré adjudicataire ou, du moins, avait des chances d'être déclaré adjudicataire.

La faute commise par l'Etat en refusant d'adjuger le marché public à la société **SOC1.)** en raison d'une application erronée du droit applicable, prive le concurrent qui a déposé l'offre régulière la plus basse, d'une certaine chance d'être déclaré adjudicataire.

La perte d'une chance est un dommage réparable. Les montants espérés dans la réalisation du marché ne constituent pas le dommage, mais l'espoir de les gagner. Dans l'allocation des dommages et intérêts, il faut tenir compte de l'importance de cet espoir qui doit avoir été sérieux.

Le tribunal actuellement saisi d'une demande en indemnisation d'un prétendu préjudice subi est compétent pour vérifier si un lien de causalité existe entre le prétendu préjudice subi et la faute commise par l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg.

Le tribunal actuellement saisi est également compétent pour vérifier si la société **SOC1.)** avait une chance réelle d'être déclarée adjudicataire du marché public en question. Dans ce contexte, le tribunal vérifie que l'offre présentée par la société **SOC1.)** a été conforme aux dispositions légales applicables au marché litigieux de sorte que la partie défenderesse n'est pas forclosée d'invoquer d'autres prétendues irrégularités affectant l'offre de la société **SOC1.)** et que le moyen d'incompétence soulevé par la société **SOC1.)** n'est pas fondé.

L'argument de la société **SOC1.)** consistant à dire que le jugement rendu par le tribunal administratif aurait acquis autorité de la chose jugée au sujet des prétendues autres irrégularités commises par elle, est à rejeter.

Le jugement rendu le 3 novembre 1998 a retenu que " concernant l'argumentation développée en ordre subsidiaire par les parties **SOC2.)** et **SOC3.)** SARL basée sur ce que la décision de rejet de l'offre de la société **SOC1.)** se justifierait encore au motif que l'offre de cette dernière serait non conforme aux

exigences du cahier des charges, cette argumentation est à écarter à défaut d'éléments concrets et concluants permettant au tribunal de conclure à une non-conformité ”.

Contrairement à l'argumentation de la société **SOC1.)**, le jugement rendu par le tribunal administratif n'a pas acquis autorité de la chose jugée sur ce point, car il s'est limité à écarter l'argumentation des parties **SOC2.)** et **SOC3.)** à défaut d'éléments concrets et concluants sur ce point. Il s'ensuit que le tribunal actuellement saisi dans le cadre de la demande en indemnisation peut vérifier si la demande de la société **SOC1.)** est conforme aux dispositions légales applicables en la matière.

La partie défenderesse prétend que l'offre de la société **SOC1.)** ne serait pas conforme aux dispositions légales applicables en la matière et notamment à l'article 28 (7) du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 au motif qu'à la page 267 du bordereau de l'offre de la société **SOC1.)** la dernière position n'aurait pas été remplie.

Aux termes de l'article 28 (7) du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 relatif aux marchés publics, toutes les positions du bordereau doivent être remplies; elles ne peuvent ni être barrées, ni contenir le terme néant, à moins que le cahier des charges n'en dispose autrement et sans préjudice des dispositions de l'article 16 concernant les variantes.

Aux termes de l'article 28 (9) dudit règlement, les offres non conformes à l'une ou l'autre des dispositions ci-dessus ne sont pas prises en considération.

En l'espèce, ainsi que la Cour administrative a retenu que le marché public en question tombe dans le champ d'application de la directive européenne transposée dans le droit national luxembourgeois de sorte qu'il y a lieu de vérifier si l'article 28 (7), respectivement l'article 28 (9) précités restent applicables eu égard aux dispositions communautaires ou si à l'instar de l'article 9 dudit règlement, les dispositions contenues à l'article 28 (7) et à l'article 28 (9) dudit règlement sont écartées au profit d'une norme communautaire supérieure au droit national.

Contrairement aux dispositions de l'article 9 du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 qui sont plus rigoureuses et donc en contradiction avec les dispositions prévues à l'article 20 de la directive européenne relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, la directive européenne relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services ne contient pas de dispositions moins rigoureuses que celles prévues à l'article 28 (7) du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 relatif aux marchés publics.

Par ailleurs, les dispositions prévues à l'article 28 (7) dudit règlement ne sont pas incompatibles avec le texte de la directive européenne de sorte qu'elles restent applicables, contrairement à l'argumentation de la société **SOC1.)** qui prétend qu'il serait impossible de faire appel à une disposition réglementaire purement nationale, soit l'article 9 ou l'article 28 (7) du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989, pour un marché soumis aux règles européennes.

En l'espèce, Maître SCHILTZ a versé un extrait d'un bordereau de soumission relative aux menuiseries intérieures bois, page 267. Le dernier poste dudit extrait concernant “ - tube 0 100 fixations murales et au

sol (portique), - 1 calfeutrement latérale de 12 cm de largeur, - 2 portes 1 vantail de 0.80 m, - 1 calfeutrement central de 16 cm, - 1 calfeutrement de 7 cm, - 1 cloison séparative de 1.58 x 2.05 ht, Quantité indicative: 2 U, Quantité constatée par l'offrant: ”.

Ainsi que le relève l'Etat, cette position du bordereau n'est pas remplie. La société **SOC1.)** ne soutient pas le contraire, ni ne s'explique sur cette position. Elle ne prétend par ailleurs pas que l'extrait du bordereau versé ne serait pas celui de son offre. La société **SOC1.)** prétend seulement que l'architecte **ARCH1.)** et le ministère des travaux publics n'avaient rien à reprocher à l'offre faite par elle, de sorte qu'elle avait la quasi-certitude de remporter le marché public.

En l'espèce, le bordereau de l'offre faite par la société **SOC1.)** n'est pas rempli conformément aux dispositions applicables en la matière de sorte que l'offre de la société **SOC1.)** n'aurait pas pu être prise en considération pour l'obtention du marché public. Contrairement à l'argumentation de la partie demanderesse, la société **SOC1.)** ne devait pas nécessairement remporter le marché public.

La société **SOC1.)** reste en défaut de rapporter la preuve qu'elle aurait remporté le marché public, de sorte que le lien de causalité entre la décision de rejet de son offre et son prétendu préjudice n'est pas établi. Il n'y a plus lieu d'analyser le bien-fondé des autres moyens invoqués par la partie demanderesse. Il n'est pas établi que la société **SOC1.)** a eu une chance réelle de remporter le marché public, de sorte qu'il convient de rejeter la demande en indemnisation de la société **SOC1.)**.

La société **SOC1.)** prétend qu'elle aurait droit à une indemnisation au motif que le droit européen prévoirait une indemnisation en cas de violation du droit communautaire.

Il n'existe pas de disposition en droit européen prévoyant une indemnisation automatique en cas de nonapplication du droit communautaire. La demande de la société **SOC1.)** est dès lors à rejeter.

6. L'indemnité de procédure

La société **SOC1.)** conclut à l'allocation d'une indemnité de procédure de 150.000.-francs. La société demanderesse succombe dans sa demande, de sorte qu'elle ne peut pas prétendre à l'allocation d'une indemnité de procédure.

La partie défenderesse conclut également à l'allocation d'une indemnité de procédure de 50.000.-francs. Cette demande est à rejeter comme non fondée, étant donné que la partie défenderesse ne justifie pas en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge l'entièreté des sommes déboursées par elle et non comprises dans les dépens.

PAR CES MOTIFS

le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, première chambre, siégeant en matière, civile, statuant contradictoirement, le représentant du ministère public entendu en ses conclusions, reçoit la demande en la forme, la déclare non fondée, la rejette, rejette les demandes relatives à l'allocation d'une indemnité de procédure,

condamne la société anonyme **SOC1.)** aux dépens de l'instance, et en ordonne la distraction au profit de Maître Jean-Louis SCHILTZ, qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

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