

## PANORAMA DES MARCHES PUBLICS

# LE CONTENTIEUX

par M<sup>e</sup> Marc THEWES  
*Avocat à la Cour*  
*Chargé de Cours à l'Université du Luxembourg*

## INTRODUCTION

**1.** Le contentieux des marchés publics se subdivise en trois grandes catégories

- le contentieux de l'adjudication,
- le contentieux de l'exécution, et
- les litiges avec les tiers.

**2.** Le contentieux de l'adjudication est un contentieux administratif. Il se déroule devant les juridictions administratives: tribunal administratif, Cour administrative, et – de plus en plus fréquemment – président du Tribunal administratif.

**3.** Une fois la procédure d'adjudication menée à son terme, les relations entre l'adjudicataire et le pouvoir adjudicateur sont de nature contractuelle.

Bien que le cahier général des charges énonce certaines règles sur les conditions d'exécution du marché, ces questions sont essentiellement régies par le contrat conclu par les parties.

Le contentieux de l'exécution relève des juridictions judiciaires.

Pour la plupart, ces affaires relèvent de la simple application du droit commun des contrats.

**4.** Enfin, il ne faut pas perdre de vue que l'exécution d'un marché public est susceptible de donner naissance à des litiges avec des tiers.

Deux type des litiges peuvent encore être distingués à ce stade:

- les contestations qui, dans le cas d'un marché complexe impliquant l'intervention de plusieurs acteurs, peuvent naître entre les différentes entreprises, et
- les revendications de tierces personnes qui se présentent lésées par l'exécution du marché.

Ici encore, c'est le droit commun qui est d'application, avec toutefois quelques particularités qu'il conviendra d'examiner.

# 1

## LE CONTENTIEUX DE L'ADJUDICATION

5. La nouvelle loi sur les marchés publics n'a pas introduit de nouvelles procédures judiciaires, le législateur ayant estimé que les voies de recours existantes – devant le tribunal administratif notamment – étaient suffisantes. *«Si un concurrent s'aperçoit que le pouvoir adjudicateur ne respecte pas les dispositions légales, des moyens de recours gracieux (Commission des Soumissions) ou juridictionnels (juridictions administratives) lui sont accessibles»*.<sup>1</sup>

### A. Recours contre le cahier des charges

6. La jurisprudence administrative luxembourgeoise considère que le cahier des charges est un acte administratif susceptible, en tant que tel, de faire l'objet d'un recours en annulation.

Aux termes de l'article 21 du règlement, le recours n'est cependant possible que si l'adjudicataire a saisi le pouvoir adjudicateur d'une réclamation avant de saisir le juge administratif.<sup>2</sup>

Il nous semble que la légalité de cet article doit être sujette à caution alors que le législateur n'a pas habilité le grand-duc à arrêter des règles en matière d'organisation de la justice administrative.

7. D'après un arrêt de la Cour administrative, *l'établissement unilatéral du cahier des charges spécial est un acte administratif détachable du contrat proprement dit. Cet acte, ayant ses règles propres, est susceptible de faire grief dès avant la phase de l'adjudication à des soumissionnaires potentiels. Il doit pouvoir être attaqué dès que ses stipulations sont connues par tout intéressé devant le juge normal de la légalité des actes administratifs auquel il appartient de vérifier si, déjà à ce stade de la procédure, il ne viole pas le principe de l'égalité devant les services publics par des discriminations de nature à favoriser certains soumissionnaires.*<sup>3</sup>

Il s'agit d'une décision qui mérite d'être relevée, car l'on aurait également pu considérer le cahier des charges comme étant un *acte préparatoire*, auquel cas le recours aurait été prématuré. Suivant une décision, *«échappent au recours contentieux les actes préparatoires qui ne font que*

<sup>1</sup> Projet de loi n° 4635 concernant le régime des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, Exposé des motifs, *Doc. Parl.* n° 4635, p. 3.

<sup>2</sup> *«Le soumissionnaire qui constaterait dans le dossier de soumission des ambiguïtés, erreurs ou omissions, est tenu, sous peine d'irrecevabilité, de les signaler par lettre recommandée au pouvoir adjudicateur au moins 7 jours avant l'ouverture de la soumission, à moins que le cahier spécial des charges ne stipule un délai plus long.»* (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 21)

<sup>3</sup> Cour administrative, 18 mars 1999, N° 10944C du rôle. D'après le même arrêt, *«les reproches qui peuvent être formulés à l'égard des clauses d'un cahier spécial des charges dès avant l'adjudication ne sauraient viser que des éléments faisant en eux-mêmes grief par le caractère discriminatoire qui leur est inhérent. Tel n'est pas le cas si les données fixées par le cahier spécial des charges ne font qu'indiquer les critères entrant en ligne de compte pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse»*.

*préparer la décision finale et qui constituent des étapes dans la procédure d'élaboration de celle-ci».*<sup>4</sup>

Il faut dire que l'arrêt cité n'envisage que l'hypothèse où le cahier des charges est rédigé de telle manière que certains soumissionnaires sont favorisés. Dans cette hypothèse, on peut effectivement considérer que la décision faisant grief est déjà prise puisque – par hypothèse – l'entreprise qui saisit le juge se voit exclue du marché.

Suivant une autre décision, *«pour pouvoir prospérer dans la demande d'annulation d'une soumission pour cause de stipulations discriminatoires, le soumissionnaire évincé doit établir que les spécifications techniques sont indiquées avec un degré de précision tel qu'une marque est pour ainsi dire désignée, à l'exclusion de solutions et marques différentes.»*<sup>5</sup>

Une défaillance du cahier des charges qui ne cause pas grief ne serait pas de nature à entraîner son annulation.

**8.** La question s'est également posée de savoir si le cahier des charges est à considérer comme une décision à caractère individuel ou un acte réglementaire.

La distinction entre ces deux types d'actes n'a plus, aujourd'hui, l'importance qu'elle avait avant les réformes de 1996 et 1999, lorsque seuls les actes individuels étaient susceptibles de faire l'objet d'un recours devant le juge administratif.

Néanmoins, des différences importantes subsistent. On peut relever notamment:

- Le législation sur procédure administrative non contentieuse ne s'applique qu'aux actes administratifs unilatéraux

- Lorsqu'ils sont saisis d'un recours contre un acte réglementaire, les juges administratifs statuent toujours dans le cadre d'un *contentieux de pure légalité*.
- La compétence du Président du tribunal administratif de prendre des mesures de sauvegarde n'existe que lorsque l'acte est une décision individuelle..

D'après un arrêt de la Cour administrative de 1999<sup>6</sup> qui fait jurisprudence, le cahier des charges est *en principe* à considérer comme un acte réglementaire dans la mesure où il énonce des dispositions générales et impersonnelles susceptibles de s'appliquer à un nombre indéterminé de personnes (puisqu'au moment de son élaboration, le pouvoir adjudicateur ne sait pas quelles sont les entreprises qui répondront à l'appel d'offres).

Exceptionnellement, le cahier des charges peut néanmoins être considéré comme une décision individuelle. Comme en témoigne une ordonnance récente du Président du tribunal administratif, ce sera le cas lorsque le cahier des charges ne vise qu'il nombre déterminé de personnes.

Cette hypothèse se présente dans les procédures de soumissions prévoyant une présélection des soumissionnaires.

D'après le Président *«l'arrêt (du 18 mars 1999) retient effectivement que pour déterminer si le cahier des charges d'un*

<sup>4</sup> Cour administrative 22-1-98 (9647C, 9759C, 10080C, 10276C, Mousel-Lafleur)

<sup>5</sup> Tribunal administratif, 23 septembre 2002, n° 14480 du rôle.

<sup>6</sup> *«Quant au caractère réglementaire ou non de l'acte attaqué il s'impose de distinguer entre la spécialité des conditions fixées par le cahier des charges quant à l'objet du contrat et la généralité du cercle des personnes concernées par ces conditions. Si les conditions fixées par le cahier des charges affectent la situation d'un nombre indéfini de soumissionnaires potentiels par des dispositions générales et impersonnelles s'appliquant à des personnes non individuellement désignées, l'acte rentre sous cet aspect dans la définition de l'acte à caractère réglementaire»* (Cour administrative, 18 mars 1999, n° 10944C du rôle).

*marché public constitue un acte réglementaire, il y a lieu de distinguer entre la spécialité des conditions fixées par le cahier des charges quant à l'objet du contrat et la généralité du cercle des personnes concernées par ces conditions. Si les conditions fixées par le cahier des charges affectent la situation d'un nombre indéfini de soumissionnaires potentiels par des dispositions générales et impersonnelles s'appliquant à des personnes non individuellement désignées, l'acte rentre sous cet aspect dans la définition de l'acte à caractère réglementaire.*

*Il faut en déduire, a contrario, que lorsque, comme en l'espèce, le cahier des charges est de nature à affecter un nombre déterminé de personnes, à savoir, les cinq imprimeurs sollicités dans le cadre de la soumission restreinte sans publication d'avis, il constitue un acte administratif concernant individuellement les cinq entreprises sollicitées, qui pourrait donner lieu, dans le cadre d'un recours contentieux, à l'octroi d'une mesure de sauvegarde, conformément à l'article 12 de la loi modifiée du 21 juin 1999, précitée.»<sup>7</sup>*

9. Une des questions qui se posent, est celle de savoir si le soumissionnaire qui n'a pas réclamé contre un cahier des charges peut encore le critiquer si, candidat évincé, il décide d'introduire un recours dans la suite.

Saisi d'un recours en suspension introduit par un soumissionnaire qui affirmait avoir été induit en erreur par les énonciations confuses d'un bordereau, le Président du tribunal administratif estima «*qu'eu égard aux dispositions de l'article 21 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 précité portant que "le soumissionnaire qui constaterait dans le dossier de soumissions des ambiguïtés, erreurs ou omissions, est tenu sous peine d'irrecevabilité, de les*

*signaler par lettre recommandée au pouvoir adjudicateur au moins sept jours avant l'ouverture de la soumission, à moins que le cahier spécial des charges ne stipule un délai plus long"*, le soussigné est amené à retenir, en l'état suivant les éléments du dossier actuellement fournis, que l'ensemble des moyens ayant trait à l'annulation sollicitée du bordereau initial sur base de l'article 91(5) dudit règlement grand-ducal n'apparaît pas comme sérieux au stade actuel de l'instruction.»<sup>8</sup>

Un jugement du tribunal administratif du 10 décembre 2001 a cependant retenu que «*dans le cadre d'un recours contre une décision prise sur base et en application du dossier de soumission, les ambiguïtés, erreurs ou omissions et spécialement celles ayant trait aux conditions de la soumission qui entrent en ligne de compte pour l'attribution du marché, ne sauraient être ignorées*» alors même que le soumissionnaire avait, dans cette affaire, omis de saisir le pouvoir adjudicateur avant l'ouverture de la soumission.<sup>9</sup>

## **B. Recours contre la décision d'adjudication**

### *a. Recours gracieux*

10. En droit administratif luxembourgeois, l'administré visé par une décision administrative qui lui cause grief dispose toujours de la possibilité d'exercer un recours gracieux.

Ce terme désigne la réclamation que l'administré adresse à l'auteur de la décision administrative individuelle ou au supérieur de celui-ci en lui demandant de reconsidérer sa décision.

<sup>7</sup> Tribunal administratif (Président), Ordonnance du 28 octobre 2004, n° 18766 du rôle.

<sup>8</sup> Tribunal administratif (Président), Ordonnance du 29 juin 2004, n° 18238 du rôle

<sup>9</sup> Tribunal administratif, 10 décembre 2001, n° 12238 du rôle.

La loi luxembourgeoise attache certains effets juridiques à l'introduction d'une telle réclamation, notamment celui de prolonger le délai pendant lequel le réclamant peut saisir le tribunal administratif.

**11.** L'adjudicataire évincé a la possibilité de former un tel recours gracieux lorsque la décision de non adjudication lui est notifiée conformément à l'article 90(2) du règlement.

L'introduction d'un recours gracieux ne présente cependant guère d'intérêt dans la matière des marchés publics, car aucune disposition de la loi ou du règlement n'oblige le pouvoir adjudicateur de garder en suspens l'exécution de la décision d'adjudication pendant le temps nécessaire au réexamen du dossier suite à la réclamation.

Comme la jurisprudence du président du tribunal administratif va par ailleurs dans le sens que seul un recours introduit dans le délai de 15 jours suivant la notification de la décision est susceptible de donner lieu à une suspension du marché (voyez ci-après), l'introduction d'un recours gracieux est matériellement impossible puisque les juridictions contentieuses doivent être saisies séance tenante.

### *b. Recours devant la Commission des soumissions*

**12.** L'article 16 de la loi du 30 juin 2003 confirme l'existence d'une commission des soumissions, instituée auprès du ministre des Travaux publics. Cette commission est composée paritairement de représentants des pouvoirs adjudicateurs et de représentants des entreprises.

**13.** Parmi les missions que la loi attribue à cette commission figure celle d'«instruire les réclamations».

Aux termes de l'article 146 du règlement, la commission peut être saisie d'une réclamation par le pouvoir adjudicateur ou

par un soumissionnaire, mais aussi par une chambre professionnelle.<sup>10</sup>

Il faut préciser que la commission n'est compétente que pour examiner des réclamations concernant la procédure de passation du marché. Les litiges relatifs à l'exécution des contrats relèvent exclusivement de la compétence des juridictions judiciaires.

**14.** La commission des soumissions n'est pas une juridiction. Elle ne tranche pas les contestations mais recherche une solution amiable.

*«On peut dire que la Commission des Soumissions constitue un outil pratique à la disposition tant des pouvoirs adjudicateurs que des candidats ou des soumissionnaires. Dans le stade avant l'adjudication, la consultation de cet organe évite des litiges inutiles devant les juridictions administratives.»<sup>11</sup>*

### *c. Saisine du médiateur*

**15.** Avec l'adoption de la loi du 22 août 2003,<sup>12</sup> le Grand-Duché de Luxembourg

<sup>10</sup> «La Commission des soumissions instruit les réclamations qui lui sont adressées soit par le pouvoir adjudicateur, soit par le soumissionnaire, soit par une chambre professionnelle intéressée.» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 146(3))

<sup>11</sup> Georges HILGER et Claude PAULY, «Vademecum de la nouvelle législation sur les marchés publics». Revue technique luxembourgeoise, Octobre-Décembre 2003, n° III.22.3

<sup>12</sup> Loi du 22 août 2003 instituant un médiateur, *Mém A.*, 2003, p. 2654

Le texte est issu du projet de loi relative à la mise en place d'un médiateur au Luxembourg. *Doc. Parl.* n° 4832, déposé par le gouvernement en 2001. L'idée de mettre en place un tel intermédiaire auquel les administrés pourraient s'adresser s'ils ont des problèmes avec l'administration avait déjà été examinée dans un projet de loi proposant l'institution d'un *Commissaire général au contrôle de la gestion administrative de l'Etat et des Communes* (Projet de loi n° 2060, déposé en 1976), projet qui n'a cependant jamais abouti.

s'est doté de l'institution d'un médiateur, rattaché à la Chambre des Députés.

Aux termes de cette loi, «*le médiateur a pour mission de recevoir, dans les conditions fixées par la présente loi, les réclamations des (administrés) formulées à l'occasion d'une affaire qui les concerne, relatives au fonctionnement des administrations de l'Etat et des communes, ainsi que des établissements publics relevant de l'Etat et des communes, à l'exclusion de leurs activités industrielles, financières et commerciales.*»<sup>13</sup>

L'administré peut saisir le médiateur dès lors qu'il rencontre des difficultés avec une administration de l'État ou un établissement public. En ce qui concerne ces derniers, le texte précise cependant que le médiateur ne peut intervenir que si l'établissement intervient comme *service public administratif* au sens strict.

**16.** Les moyens d'actions du médiateur sont limités.

Aux termes de l'article 4 de la loi, sa mission consiste à *conseiller* le réclamant et l'administration et à leur *suggérer* des «*recommandations (...) qui lui paraissent de nature à permettre un règlement à l'amiable de la réclamation dont il est saisi*». <sup>14</sup>

S'il estime que la décision incriminée aboutit à une situation injuste<sup>15</sup> le médiateur peut «*recommander, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires, au service mis en cause toute solution permettant de régler en équité la situation*

*du réclamant*». <sup>16</sup> L'hypothèse visée doit être celle d'une décision en tous points légale, mais qui apparaît inéquitable en fonction des circonstances qui l'entourent, notamment parce que les dispositions légales et réglementaires existantes permettent une décision plus favorable aux droits de l'administré.<sup>17</sup> En pareilles circonstances, le recours aux services du médiateur peut apporter un réel recours à l'administré, là où une action judiciaire serait selon toute probabilité vouée à l'échec.

Par ailleurs, le médiateur peut formuler «*des propositions visant à améliorer le fonctionnement du service visé.*» <sup>18</sup> et «*suggérer les modifications qu'il lui paraît opportun d'apporter aux textes législatifs ou réglementaires qui sont à la base de la décision*». <sup>19</sup> Cette faculté n'existe cependant que dans le cadre d'une réclamation dont il se trouve saisi.<sup>20</sup>

<sup>13</sup> Loi du 22 août 2003 instituant un médiateur, Article 1<sup>er</sup>

<sup>14</sup> Loi du 22 août 2003 instituant un médiateur, Article 4

<sup>15</sup> L'article 4 de la loi parle d'«iniquité», terme qu'il faut prendre au sens de «caractère de ce qui est injuste».

<sup>16</sup> Loi du 22 août 2003 instituant un médiateur, Article 4

<sup>17</sup> «*Le paragraphe 2 vise les situations où l'application d'un texte législatif ou réglementaire peut mener à une iniquité aux dépens du citoyen. Celle-ci peut résulter de l'interprétation des textes tout comme de la rédaction des textes. Le médiateur, dans la recherche d'une solution acceptable pour les deux parties, peut donc prendre en considération le principe d'équité. Dans la mesure où il existe une marge d'appréciation, du moins une latitude dans l'interprétation de la règle, il fera valoir dans sa médiation une solution équitable. Le Conseil d'Etat doit insister sur le fait que le médiateur ne pourra en aucune manière modifier ou ignorer la règle en vigueur. Toutefois, il peut accepter que le médiateur ait la possibilité de proposer une modification de la règle de droit s'il s'avère que cette dernière est à la base de la situation inéquitable.*» (Conseil d'État, Avis du 11 février 2003 sur le projet de loi n° 4832 relatif à la mise en place d'un médiateur au Luxembourg.)

<sup>18</sup> Loi du 22 août 2003 instituant un médiateur, Article 4

<sup>19</sup> Loi du 22 août 2003 instituant un médiateur, Article 4

<sup>20</sup> Signalons que le Conseil d'État s'était formellement opposé à une disposition du projet



**17.** L'intérêt de l'institution du médiateur dans le domaine des marchés publics est limité, car il ne se voit investir d'aucun pouvoir de décision à l'encontre des administrations et établissements publics.

La mission de bons offices du médiateur ne pourra que rarement aboutir en raison des délais très brefs endéans lesquels un éventuel recours contentieux doit être introduit pour avoir des chances d'aboutir..

#### *d. Recours au fond devant le Tribunal administratif*

**18.** La décision d'attribution du marché est une décision administrative individuelle susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation devant le tribunal administratif.

Le recours peut être introduit dans le délai de trois mois à compter du moment où l'adjudicataire évincé a été informé de la décision par la notification prévue à l'article 90(2).

Notons qu'en application de la législation sur la procédure administrative non

contentieuse<sup>21</sup>, ce délai ne court que si le courrier de notification informe l'adjudicataire sur la possibilité d'exercer un recours et les procédures à suivre.

**19.** Notons que seules les entreprises qui ont effectivement participé à la procédure de soumission peuvent saisir le juge. D'autres entreprises ne rempliraient en effet pas la condition de l'*intérêt à agir*.<sup>22</sup>

D'après certaines décisions, seuls les soumissionnaires dont l'offre figure parmi les trois offres les moins onéreuses justifient d'un intérêt à agir.<sup>23</sup>

---

qui accordait au médiateur un droit d'initiative législative plus important: «L'article 5 crée un droit d'initiative législative pour le médiateur. Le Conseil d'Etat ne peut approuver une telle disposition peu conforme à la fonction de médiation. Certes, le médiateur doit pouvoir formuler des recommandations qui peuvent aussi viser la modification de textes législatifs, comme le prévoit le paragraphe 2 de l'article 4. Lui conférer un droit d'initiative législative est pourtant tout à fait inopportun. Dans ce contexte, la position du médiateur peut même être affaiblie au cas où la Chambre des députés récuse sa "proposition de loi". Une telle réaction pourrait être interprétée comme un désaveu. Par ailleurs, le médiateur peut disposer des moyens de la publicité de ses recommandations et propositions ainsi que de la publication de son rapport d'activité pour suggérer des modifications législatives. Il s'y ajoute qu'en raison de contrariété à l'article 47 de la Constitution, le Conseil d'Etat devrait s'opposer formellement à un droit d'initiative législative tel que formulé dans cet article et il demande à ce que cet article soit supprimé.» (Conseil d'État, Avis du 11 février 2003 sur le projet de loi n° 4832 relatif à la mise en place d'un médiateur au Luxembourg.)

---

<sup>21</sup> Jean OLINGER, «*La procédure administrative non contentieuse*», Imprimerie St.-Paul, Luxembourg 1992; Fernand SCHOCKWEILER, *Le contentieux administratif et la Procédure administrative non contentieuse en droit luxembourgeois*, Ed. Paul Bauer, Luxembourg, 1996; Henri CAMPILL, «La procédure administrative non contentieuse à la lumière des récents développements jurisprudentiels», *Pasicrisie luxembourgeoise*, t. 31, p. 257; Roger NOTHAR et Steve HELMINGER, *La procédure administrative non contentieuse*, Service Central de Législation, 2002.

<sup>22</sup> «S'il est vrai qu'un recours contentieux est ouvert à un demandeur qui a un intérêt quelconque, dès que cet intérêt implique un lien personnel avec l'acte attaqué et une lésion individuelle par le fait de l'acte et qu'un intérêt de concurrence est suffisant pour conférer à une entreprise ayant été candidate à une soumission publique un intérêt à voir respecter les dispositions légales et réglementaires régissant les adjudications publiques, encore faut-il que le demandeur ait effectivement participé ou entendu participer à une soumission en déposant une offre, c'est-à-dire avoir été candidat à l'adjudication dont il entend contester les opérations d'adjudication». (Tribunal administratif, 25 juillet 2001, n° 12225 du rôle )

<sup>23</sup> «Dans la mesure où l'adjudication ne doit pas nécessairement être attribuée à la partie la moins disante mais qu'il faut et suffit d'avoir été classé parmi les trois offres régulières accusant les prix acceptables les plus bas pour garder une chance de remporter le marché, le fait d'être classé par le procès-verbal d'adjudication parmi les trois offres utiles, suffit de voir constituer dans le chef de la partie soumissionnaire considérée l'intérêt suffisant en vue d'attaquer la décision ministérielle d'approbation du procès-verbal d'adjudication par la voie contentieuse» (Tribunal administratif, 22 juillet 1998, n° 9784)

**20.** Dans le domaine des marchés publics, la loi luxembourgeoise ne prévoit actuellement que des recours en annulation.

Le recours en annulation est le recours administratif de droit commun. Un administré peut saisir le juge d'un tel recours lorsqu'il s'estime lésé par un acte administratif auquel il reproche l'un des vices énoncés par l'article 2 de la loi du 7 novembre 1996 : «*incompétence, excès ou détournement de pouvoir, violation de la loi ou des formes destinées à protéger les intérêts privés*».

Il s'agit d'un contentieux objectif dans le cadre duquel le juge administratif est chargé de vérifier si au moment où l'administration a pris sa décision, toutes les règles conditionnant sa légalité externe et interne ont été respectés. Si le recours en annulation aboutit, le juge administratif prononcera l'annulation de la décision administrative et ordonnera le renvoi du dossier à l'administration, laquelle pourra alors dans la plupart des cas prendre une nouvelle décision sur le même dossier.

L'irrégularité de forme ou de fond entraînera donc une annulation de la décision.

En revanche, le juge ne dispose pas de la possibilité de substituer sa propre décision à celle de l'administration. Cette possibilité n'existe en effet que dans les matières où la loi organise un recours en réformation. «*La loi ne prévoyant pas de recours en réformation en matière de marchés publics, le tribunal administratif, au-delà de sa compétence de droit commun lui permettant d'annuler l'attribution d'un marché qu'il estime illégale, est incompetent pour attribuer le marché à un soumissionnaire*»<sup>24</sup>

---

du rôle, confirmé par arrêt de la Cour administrative du 27 avril 1999, n° 10862C du rôle).

<sup>24</sup> Tribunal administratif, 2 février 2000, n° 11029 du rôle.

Le juge ne peut donc pas revenir sur les appréciations faites par l'administration, notamment en matière de détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse, à moins que cette décision soit affectée d'une vice de forme (p.ex. l'absence de motivation) ou d'un vice de fond (p.ex. la prise en considération de critères autres que ceux qui étaient visés dans le cahier des charges spécial).

**21.** Si un recours en annulation est couronné de succès, la décision d'attribution du marché sera annulée.

Dans la majorité des cas, c'est une décision qui ne donnera guère satisfaction à l'adjudicataire évincé.

D'abord, dans la plupart des cas, la décision administrative aura déjà reçu exécution. Une nouvelle adjudication sera donc impossible et l'adjudicataire évincé ne pourra prétendre qu'à des dommages et intérêts destinés à compenser la perte subie (voy. infra).

Dans les rares cas où le marché n'a pas encore été exécuté, par exemple parce que l'adjudicataire avait obtenu la suspension du marché en saisissant le président du tribunal administratif, l'annulation de la procédure d'attribution ne signifie pas que le marché est acquis au soumissionnaire qui a engagé la procédure.

Si le marché est annulé, le pouvoir adjudicateur devra engager une nouvelle procédure de soumission dans le cadre de laquelle une situation totalement différente peut se présenter.

#### *e. Le pouvoir de suspension du Président du Tribunal administratif*

**22.** La loi prévoit que le président du tribunal administratif peut suspendre l'effet d'une décision administrative frappée de recours à la double condition (a.) que l'exécution de décision risque de causer au requérant un préjudice grave et définitif, et (b.) que les moyens invoqués à l'appui du



recours dirigé contre la décision apparaissent comme sérieux.

Suivant une décision, «la finalité de pouvoir accorder l'effet suspensif au recours introduit devant le tribunal administratif consiste à éviter que l'exécution de la décision administrative critiquée ne cause un préjudice grave et définitif dans le chef du demandeur, dans la mesure où le tribunal saisi est compétent pour connaître du recours introduit et que les moyens invoqués apparaissent comme sérieux.»<sup>25</sup>

D'après la jurisprudence, «un préjudice est grave au sens de l'article 11 de la loi du 21 juin 1999 lorsqu'il dépasse par sa nature ou son importance les gênes et les sacrifices courants qu'impose la vie en société et doit dès lors être considéré comme une violation intolérable de l'égalité des citoyens devant les charges publiques».<sup>26</sup> Le préjudice est à

considérer comme «définitif» au sens de la loi «lorsque le succès de la demande présentée au fond ne permet pas ou ne permet que difficilement un rétablissement de la situation antérieure à la prise de l'acte illégal, la seule réparation par équivalent du dommage qui se manifeste postérieurement à son annulation ou sa réformation ne pouvant être considérée à cet égard comme empêchant la réalisation d'un préjudice définitif».<sup>27</sup>

**23.** Sous l'empire de l'ancienne législation sur les marchés publics, les demandes introduites pour obtenir la suspension d'une décision d'attribution d'un marché public étaient systématiquement rejetées par le président du tribunal administratif.

Le président considérait en effet que les décisions prises en la matière n'entraînaient pas un *préjudice grave et définitif* comme l'exige la loi, puisqu'une entreprise écartée à tort d'un marché a la possibilité d'obtenir une indemnisation devant le tribunal civil. La seule décision de suspension en matière de marchés publics dont nous ayons

<sup>25</sup> Tribunal administratif 25-6-97 (9640, Beck-Weis)

«Le sursis à exécution ne peut être décrété qu'à la double condition que, d'une part, l'exécution de la décision attaquée risque de causer au demandeur un préjudice grave et irréparable, et que, d'autre part, les moyens invoqués à l'appui du recours apparaissent comme sérieux» (TA 29-9-97 (10158 et 10190, Beck); TA 22-7-98 (10728, Bellomo); TA 14-5-99 (11240, Kerschen-Schwartz); TA 14-5-99 (11255, Dahm-Barthel); TA 2-6-99 (11265, Jung et Back))

«En matière d'autorisations de construire, le sursis à exécution n'a d'utilité que pour garantir que l'exécution et l'achèvement de travaux de construction ne créent un état de fait sur lequel il sera difficile par la suite de revenir au cas où l'autorisation de construire litigieuse serait annulée par la suite. Par conséquent, il n'y a plus lieu d'ordonner le sursis lorsque la décision est déjà exécutée, c'est-à-dire lorsque les travaux sont achevés lors du jugement de la demande de sursis. - Particulièrement, une demande de sursis d'une autorisation de construire est à écarter lorsque l'immeuble est achevé et habitable, même si certains travaux de parachèvement restent à être réalisés» (TA 14-5-99 (11240, Kerschen-Schwartz); TA 14-5-99 (11255, Dahm-Barthel))

<sup>26</sup> Tribunal administratif (Président) 28-5-2001 (13446, European Fund Administration);

Tribunal administratif (Président) 27-11-2001 (14201, Schlessler)

<sup>27</sup> Tribunal administratif (Président) 27-11-2001, (14201, Schlessler)

«Pour l'appréciation du caractère définitif du dommage, il n'y a pas lieu de prendre en considération le dommage subi pendant l'application de l'acte illégal et avant son annulation ou sa réformation. Admettre le contraire reviendrait à remettre en question le principe du caractère immédiatement exécutoire des actes administratifs, car avant l'intervention du juge administratif, tout acte administratif illégal cause en principe un préjudice qui, en règle, peut être réparé ex post par l'allocation de dommages-intérêts. Ce n'est que si l'illégalité présumée cause un dommage irréversible dans le sens qu'une réparation en nature, pour l'avenir, un rétablissement de la situation antérieure, ne sera pas possible, que le préjudice revêt le caractère définitif tel que prévu par l'article 11 de la loi modifiée du 21 juin 1999» (Tribunal administratif (Président) 28-5-2001 (13446, European Fund Administration))

connaissance concernait une interdiction temporaire de participer à des marchés publics prononcée à titre de sanction à l'encontre d'une entreprise.

**24.** La jurisprudence a cependant très fortement évolué depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur les marchés publics.

La nouvelle législation n'introduit pas de nouvelles possibilités de recours mais, comme nous l'avons vu, elle oblige désormais l'administration à marquer un temps d'arrêt de 15 jours entre la décision d'adjudication et la signature du marché.

Si un soumissionnaire qui s'estime avoir été écarté à tort saisit la juridiction administrative pendant ce délai de 15 jours, le tribunal administratif se trouve saisi d'une décision administrative qui n'a encore reçu aucune exécution.

Dans son ordonnance du 28 mai 2004, le président du tribunal constate que l'introduction du délai de 15 jours séparant la décision d'adjudication et la signature de recours ne garantit pas suffisamment l'existence d'un recours efficace. En effet, même si l'adjudicataire évincé introduit le recours dans le délai de 15 jours, il est impossible pour le tribunal administratif de se prononcer dans ce délai.

Cet objectif ne peut être atteint que si le président ordonne un sursis à exécution empêchant l'administration de mettre la décision d'adjudication à exécution après écoulement du délai de 15 jours.

Pour le magistrat, *«alors même que l'exposé des motifs et d'autres travaux préparatoires du règlement grand-ducal en question ne sont pas disponibles, il y a lieu d'admettre qu'en introduisant un délai entre la date de l'adjudication et celle de la conclusion du contrat d'exécution du marché, les auteurs de la réglementation entendaient conférer aux soumissionnaires évincés un droit de recours contre la décision d'adjudication autre que celui se soldant par l'octroi de dommages-intérêts.*

*Ce délai n'est que de quinze jours, de sorte qu'il est légalement et pratiquement impossible d'obtenir, dans ce délai, une décision du juge administratif du fond concernant la régularité du choix de l'adjudicataire.*

*Comme on ne saurait raisonnablement admettre que le législateur a procédé à un changement de la réglementation en vigueur sans vouloir lui conférer un effet réel, ce qui serait pourtant le cas si on continuait à admettre qu'en raison du caractère réparable du préjudice du soumissionnaire injustement évincé moyennant l'allocation de dommages-intérêts, le juge du provisoire en matière administrative ne saurait connaître de demandes en suspension d'adjudications querellées par des soumissionnaires écartés, il faut admettre que la nouvelle réglementation a conféré au président du tribunal administratif, statuant dans le cadre des pouvoirs découlant des articles 11 et 12 de la loi modifiée du 21 juin 1999, le pouvoir de prononcer le sursis à exécution d'une décision d'adjudication d'un marché public, un tel sursis entraînant essentiellement que tant qu'une ordonnance de sursis à exécution produit ses effets, le pouvoir adjudicateur ne saurait conclure le contrat d'exécution du marché litigieux.»<sup>28</sup>*

D'après MM. Hilger et Pauly, le volonté des auteurs du règlement était permettre un recours gracieux durant l'intervalle des 15 jours: *«Le but du délai de 15 jours réside dans le fait, qu'en cas de réclamation d'un soumissionnaire, il est loisible au pouvoir adjudicateur d'opérer le retrait de sa décision administrative.»<sup>29</sup>*

<sup>28</sup> Tribunal administratif (Président), 28 mai 2004, N° 18056 du rôle; Tribunal administratif (Président), 29 juillet 2004, N° 18443 du rôle

<sup>29</sup> Georges HILGER et Claude PAULY, «Vademecum de la nouvelle législation sur les marchés publics». *Revue technique luxembourgeoise*, Octobre-Décembre 2003, p. 207

Plusieurs ordonnances intervenues depuis lors ont confirmé qu'un recours en suspension est possible, mais précisé aussi que pour que la suspension soit ordonnée, il faut en effet que la seconde condition d'admissibilité de la demande de sursis, à savoir l'existence de moyens sérieux, soit également remplie:

Dans son ordonnance du 29 juin 2004, rendue dans la même affaire que celle qui avait donné lieu à l'ordonnance du 28 mai 2004, le président indique que *«dans l'hypothèse d'un soumissionnaire le moins-disant évincé et en l'absence de contrat d'exécution du marché litigieux conclu, (...) un préjudice grave et définitif peut être retenu par essence même - il s'agit dans la mesure du possible de réserver la possibilité du moins-disant de réaliser le marché dans son intérêt aussi bien que de celui des deniers publics – encore faut il que corollairement les moyens invoqués à l'appui du recours au fond apparaissent de façon vérifiée comme étant sérieux»*

Dans une ordonnance rendue dans une autre affaire le 29 juillet 2004 le président a même précisé que le sérieux des motifs invoqués à l'appui du recours doit, selon lui, être apprécié de manière plus rigoureuse dans cette matière que dans d'autres. Le magistrat estime en effet *«qu'en contrepartie d'une ouverture large de la possibilité de demander un sursis à exécution même en l'absence de risque d'un préjudice grave et définitif, le sérieux des moyens invoqués à l'appui du recours au fond est à apprécier de manière stricte, sous peine d'ouvrir la possibilité du sursis à exécution d'une manière tellement large que l'économie même des adjudications publiques, qui présentent par essence une*

*certaine urgence, se voit désorganisée, voire paralysée.»*<sup>31</sup>

Le président ayant décidé placer la barre assez haut, il n'est sans doute pas surprenant que dans les deux affaires citées ci-dessus, le président n'a finalement pas accordé la suspension accordée, estimant que les moyens avancés n'étaient pas suffisamment sérieux. À la lecture des deux décisions, il semble que le président ne soit enclin à accorder que si, à l'issue d'un examen nécessairement sommaire, il estime que le recours a plus de chance d'aboutir à l'annulation de la décision qu'à une confirmation de la décision.

Il s'agit d'une exigence assez lourde, sachant que les recours en la matière seront fréquemment rédigés dans la précipitation, pour ne pas dépasser le délai de 15 jours, et à un moment où tous les documents (p.ex. le procès-verbal d'adjudication) ne sont pas aisément accessibles.

**25.** L'évolution jurisprudentielle que nous relatons est une évolution importante dans le droit des marchés publics luxembourgeois puisqu'il est désormais possible d'exercer un recours administratif pouvant aboutir à la non-adjudication.

**26.** Une question importante qui se pose est celle de savoir jusqu'à quel moment le juge peut être saisi.

La saisine du président du tribunal administratif n'est cependant utile qu'aussi

<sup>30</sup> Tribunal administratif (Président), Ordonnance du 29 juin 2004, N° 18238 du rôle

<sup>31</sup> Tribunal administratif (Président), 29 juillet 2004, N° 18443 du rôle

<sup>32</sup> *«Il y a lieu de souligner que le juge du provisoire appelé à apprécier le sérieux des moyens invoqués ne saurait les analyser et discuter à fond, sous peine de porter préjudice au principal et de se retrouver, à tort, dans le rôle du juge du fond. Il doit dès lors se borner à se livrer à un examen sommaire du mérite des moyens présentés et accorder le sursis lorsqu'ils apparaissent, en l'état de l'instruction du dossier, de nature à entraîner l'annulation ou la réformation de la décision critiquée»* (Tribunal administratif (Président), Ordonnance du 29 juin 2004, N° 18238 du rôle)

longtemps que le contrat avec l'adjudicataire choisi n'a pas été signé.

Le président le rappelle dans une ordonnance du 14 octobre 2004 : *«S'il est vrai que le président du tribunal administratif peut ordonner le sursis à l'exécution de la décision d'adjudication entre le moment où elle est prise et le moment de la conclusion du contrat d'exécution du marché, cette conclusion ne pouvant légalement intervenir avant l'écoulement d'un délai de quinzaine prévu par l'article 90, (4) du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003. précité, de sorte que tout soumissionnaire normalement prudent et diligent, informé de ce que son offre n'a pas été retenue, a la possibilité d'agir utilement contre la décision d'adjudication, le juge administratif ne saurait suspendre l'exécution d'un contrat civil conclu après l'écoulement du délai en question. En effet, il ne saurait ordonner une mesure affectant la validité ou le caractère exécutoire d'un contrat relevant du droit civil, la loi ne lui permettant pas de prendre des mesures ayant pour objet des droits civils.»*<sup>33</sup>

Il est donc essentiel que l'adjudicataire, qui s'estime évincé à tort, agisse immédiatement après s'être vu notifier l'information que son offre n'a pas été retenue.

**27.** Une question technique qui se pose est celle de savoir si l'adjudicataire choisi doit être appelé à la cause?

En principe, il est nécessaire d'appeler au procès tous les soumissionnaires susceptibles d'être affectés par la décision que le président est appelé à prendre.

Dans son ordonnance du 14 octobre 2004, le président explique que *«sauf hypothèses*

*spéciales, les décisions d'adjudication d'un marché à un soumissionnaire, d'une part, et de non-adjudication du même marché aux autres soumissionnaires, sont tributaires l'une de l'autre et ne sauraient être considérées de manière isolée par le juge dans le cadre d'un recours contentieux dirigé contre l'une ou l'autre de ces décisions. En réalité, en cas de décision d'adjudication de travaux à un soumissionnaire, la décision de non-adjudication aux autres soumissionnaires ne constitue que l'aspect négatif de la même décision.*

*Il s'ensuit que même dans le cadre d'un recours dirigé contre la seule décision de non-adjudication, le soumissionnaire qui s'est vu attribuer le marché par la décision d'adjudication, est à considérer comme partie tierce intéressée, étant donné qu'une éventuelle annulation de la décision de non-adjudication doit nécessairement influencer sur la décision positive qui lui a adjugé le marché (y. M.-A. Flamme et alii., Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, tome 1B, 6<sup>e</sup> éd., p. 1881.), de sorte que même dans le cadre d'un tel recours, l'adjudicataire effectif du marché doit en principe être mis en intervention.»*<sup>34</sup>

Dans une ordonnance du 28 octobre 2004, le président rappelle qu' *«il se dégage de l'article 4, (1) et (4) de la loi modifiée du 21 juin 1999, précitée, que le recours introductif d'instance doit être signifié aux tiers intéressés, le tribunal pouvant même, en cas de défaut de signification aux tiers intéressés, ordonner leur mise en intervention.»*<sup>35</sup> En conséquence, le magistrat ordonna la mise en intervention des autres entreprises concernées, ce qui était en l'espèce assez aisé puisqu'il

<sup>33</sup> Tribunal administratif (Président), Ordonnance du 14 octobre 2004, n° 18702 du rôle. Des ordonnances allant dans le même sens ont également été rendues le 15 mars 2004, n° 17598 du rôle et le 8 octobre 2004, n° 18669 du rôle.

<sup>34</sup> Tribunal administratif (Président), Ordonnance du 14 octobre 2004, n° 18702 du rôle.

<sup>35</sup> Tribunal administratif (Président), Ordonnance du 14 octobre 2004, n° 18066 du rôle.



s'agissait d'une procédure de soumission restreinte à laquelle seul un petit nombre d'entreprises avait été invité à soumissionner.

Il peut cependant arriver que la mise en intervention des autres soumissionnaires soit impossible, parce que leur identité n'est pas connue au moment de l'introduction du recours.

Dans ce cas, la mise en intervention n'est pas nécessaire d'après l'ordonnance du 14 octobre 2004, déjà citée:

*«L'article 90, alinéa 3 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, précité, dispose que le pouvoir adjudicateur informe par lettre recommandée les concurrents non retenus du non-usage de leur offre, avec l'indication des motifs à la base de la non-prise en considération de celle-ci.»*<sup>36</sup>

*La disposition en question n'oblige pas le pouvoir adjudicateur de révéler aux soumissionnaires non retenus l'identité de l'adjudicataire, et dans le cas d'espèce, la lettre d'information du 29 mai 2004 ne mentionne pas que c'est la société A. qui s'est vu attribuer le marché litigieux.*

*Or, dans une telle hypothèse, où l'administration décide de ne pas révéler aux soumissionnaires évincés l'identité de l'adjudicataire du marché, on ne saurait a priori exiger du soumissionnaire évincé qui entend exercer un recours contentieux contre la décision en vertu de laquelle il ne s'est pas vu adjudger le marché, de mettre en intervention l'adjudicataire effectif du marché.*

*S'il est concevable que le tribunal administratif, statuant au fond, exige une telle mise en intervention en cours de procédure, après que l'administration a révélé l'identité de l'adjudicataire, une telle démarche ne se conçoit pas dans le cadre d'une procédure d'urgence où la rapidité de l'ordonnance à intervenir est le seul garant de son efficacité.*

*Il y a dès lors lieu de retenir, au vu de la circonstance que l'administration n'a pas révélé, avant l'introduction du recours contentieux, l'identité de l'adjudicataire à la demanderesse et qu'il ne se dégage d'aucun élément du dossier que celle-ci ait effectivement connu cette identité, qu'une mise en intervention de la société A., dans le cadre de la présente procédure d'urgence, n'était pas requise.»*<sup>37</sup>

Il faut observer que la décision du magistrat dans cette affaire est certainement influencée par le fait que la décision qu'il était sur le point de prendre sur le fond de la demande était une décision de rejet, motivée par le fait que le marché en question était déjà en voie d'exécution. À quoi bon, en effet, appeler l'adjudicataire choisi dans une instance dont le magistrat sait déjà qu'elle aboutira à une décision qui ne l'affectera pas.

Dans plusieurs autres affaires, où l'issue était moins évidente, le président du tribunal a préféré ordonner – par une ordonnance préliminaire – la mise en intervention des autres soumissionnaires.<sup>38</sup>

**28.** L'effet dans le temps des ordonnances est une autre question pratique qui se pose.

<sup>36</sup> L'article 49 de la loi prévoit toutefois que *«le pouvoir adjudicateur communique, dans un délai de 15 jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat ou soumissionnaire écarté, les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre et, à tout soumissionnaire ayant fait une offre recevable, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'adjudicataire.»* (Loi du 30 juin 2003, Article 49.)

<sup>37</sup> Tribunal administratif (Président), Ordonnance du 14 octobre 2004, n° 18702 du rôle.

<sup>38</sup> Tribunal administratif (Président), 28 mai 2004, N° 18056 du rôle; Tribunal administratif (Président), Ordonnance du 14 octobre 2004, n° 18066 du rôle.



La suspension, si elle est accordée, cesse de plein droit ses effets le jour où le tribunal administratif tranche le fond de l'affaire.<sup>39</sup> La loi autorise cependant le tribunal administratif à étendre l'effet suspensif pour la durée du délai et de la procédure d'appel lorsqu'il estime que «*l'exécution de la décision attaquée risque de causer au requérant un préjudice grave et définitif*».<sup>40</sup> La loi ne précise pas si le tribunal peut prendre cette décision d'office ou bien s'il doit en être saisi par les parties.

Le tribunal doit apprécier s'il accorde la suspension pour la durée de la procédure d'appel selon les mêmes critères que ceux qui s'imposent au Président du Tribunal.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> «Elle cesse ses effets lorsque le tribunal a tranché le principal ou une partie du principal» (Loi du 21 juin 1999, article 11 (6)).

La jurisprudence antérieure à l'adoption de ce texte était déjà dans le même sens: «*Sous peine de violer l'interdiction de conférer aux jugements du tribunal administratif un effet provisoire pendant le délai et l'instance d'appel, l'effet suspensif dont se voit assorti un recours ne saurait perdurer au-delà de la date du jugement statuant sur le fond du recours auquel la demande d'effet suspensif se rattache. Il en découle encore que le tribunal ne saurait ordonner l'effet suspensif du recours au cas où il statue en même temps sur l'effet suspensif et le fond*» (Tribunal administratif 15 juillet 1997, n° 9842 du rôle; Tribunal administratif 18 juin 1998, n° 10617 et 10618 du rôle; Tribunal administratif, 12 mai 1999, n° 11277 du rôle)

<sup>40</sup> «*Par dérogation à l'article 45, si l'exécution de la décision attaquée risque de causer au requérant un préjudice grave et définitif, le tribunal peut, dans un jugement tranchant le principal ou une partie du principal, ordonner l'effet suspensif du recours pendant le délai et l'instance d'appel. La décision ordonnant l'effet suspensif n'est pas susceptible d'appel.*» (Loi du 21 juin 1999, article 35)

<sup>41</sup> «*Les deux conditions expressément énoncées par l'article 35 de la loi du 21 juin 1999 à la base de l'octroi de l'effet suspensif doivent être vues en corrélation avec celles prévues pour le stade antérieur où le président du tribunal était appelé à statuer au provisoire, par l'article 11 (2) de la même loi. La condition ayant trait au caractère sérieux des moyens invoqués à l'appui du recours est appelée à suivre l'évolution nécessaire de la procédure en ce que devant le tribunal les moyens invoqués à l'appui du recours dirigé contre la*

Il est important de relever que puisque la loi du 21 juin 1999 ne prévoit pas la possibilité de saisir la Cour administrative d'une demande visant à obtenir un sursis à exécution,<sup>42</sup> la compétence d'accorder le sursis pendant la durée de la procédure d'appel appartient au tribunal administratif qui l'exercera dans son jugement: «*Aucune disposition législative ne donne compétence au président de la Cour administrative pour statuer sur une demande en effet suspensif d'une décision rendue au fond par le tribunal administratif, ce dernier étant seul compétent pour ordonner l'effet suspensif d'un recours pendant le délai et l'instance d'appel*».<sup>43</sup>

**29.** Il faut noter encore qu'il n'est pas exclu que plusieurs ordonnances présidentielles successives interviennent dans la même affaire.

Il arrive d'abord fréquemment que le président, saisi d'une demande de sursis à exécution, rende une première ordonnance «avant dire droit» pour ordonner, la mise en intervention de parties ne figurant pas à l'instance<sup>44</sup>, voire même simplement pour accorder un délai aux parties pour préparer un exposé plus complet de l'affaire.<sup>45</sup> Afin

*décision administrative en question ont été, par essence, étayés de façon plus approfondie et ont par la suite connu une réponse au fond, le tribunal n'étant admis à ordonner l'effet suspensif y prévu que dans un jugement tranchant le principal ou une partie du principal, son appréciation au fond conditionnant nécessairement celle relative à l'effet suspensif demandé devant lui» (Tribunal administratif, 24 octobre 2000, n° 11734 du rôle).*

<sup>42</sup> La jurisprudence antérieure à la loi du 21 juin 1999 admettait au contraire que «Dès lors qu'un affaire au fond est pendante devant la Cour administrative, un recours en effet suspensif peut être pris en considération» (CA 23-7-97 (10128C, Linster))

<sup>43</sup> CA (prés.) 8-2-2000 (11794C, Scarfo)

<sup>44</sup> Voy. p. ex. l'ordonnance du 28 octobre 2004, n° 18766 du rôle.

<sup>45</sup> Voy. p. ex. l'ordonnance du 28 mai 2004, n° 18056 du rôle.

de maintenir les choses en état, les ordonnances en question ordonnent le sursis à exécution avec la précision qu'à l'issue de la prochaine audience, le sursis pourra être prolongé ou rapporté.

Il est également arrivé que le président soit saisi d'une deuxième demande de sursis à exécution dans une affaire où il avait déjà rendu une première ordonnance de refus.

La requête en question, qui faisait état d'éléments nouveaux survenus depuis la première ordonnance n'a pas été rejetée en bloc.

Au contraire, dans son ordonnance du 22 novembre 2004 le président du tribunal administratif admet qu'une telle demande est susceptible d'être admissible à condition que les éléments invoqués soient *réellement* des éléments nouveaux.

La décision se fonde sur le motif que *«les ordonnances rendues par le président du tribunal administratif en matière de sursis à exécution et de mesures de sauvegarde bénéficient de l'autorité de la chose jugée au provisoire dans ce sens qu'encore qu'elles ne puissent produire des effets au-delà du jugement à rendre au fond par la composition collégiale du tribunal administratif, il n'est pas possible de les remettre en question tant que le tribunal n'a pas statué au fond et sans que de nouveaux éléments, qui impliquent un nouvel examen de l'affaire en droit ou en fait, se soient produits depuis la première ordonnance. De tels nouveaux éléments ne sauraient se limiter à une nouvelle appréciation d'une situation déjà existante lors de la première ordonnance, mais doivent s'être produits après la première décision et ainsi traduire une évolution de la situation à la base du litige»*.<sup>46</sup>

<sup>46</sup> Tribunal administratif (Président), Ordonnance du 22 novembre 2004, n° 18866 du rôle.

Dans le cas d'espèce, de tels éléments nouveaux n'étaient pas donnés et la demande a donc été déclarée irrecevable.

L'ordonnance citée ouvre cependant la voie pour de possibles demandes en suspension successives dans la même affaire. Précisons néanmoins qu'outre les conditions rappelées par le président dans l'ordonnance citée, de tels recours devraient remplir les conditions énoncées aux articles 11 et 12 du règlement de procédure devant les juridictions administratives. La condition que l'affaire ne doit pas être susceptible de recevoir prochainement une solution par un jugement sur le fond pourrait ici avoir une incidence toute particulière.

### C. Actions indemnitaires devant les tribunaux civils

**30.** Dans l'introduction de ce document, nous avons indiqué que le contentieux de l'adjudication relevait des juridictions administratives.

Il y a cependant un volet de ce contentieux qui revient aux juridictions civiles.

Le soumissionnaire qui s'estime évincé à tort d'une procédure d'adjudication peut en effet, en dernier recours, saisir les tribunaux civils d'une demande indemnitaire dirigée contre le pouvoir adjudicateur pour obtenir réparation de son dommage.

**31.** Dans la plupart des cas, le soumissionnaire suivra cette voie après avoir obtenu gain de cause devant la juridiction administrative.

Le soumissionnaire qui a obtenu gain de cause devant la justice administrative se trouvera dans une position procédurale favorable devant le juge civil, car l'annulation de la décision administrative fera présumer que l'administration est fautive.

Comme le rappelle un arrêt récent de la Cour d'appel, *«le principe de l'unité des*

*notions d'illégalité et de faute (est) consacré par la jurisprudence luxembourgeoise qui depuis longtemps admet qu'un acte administratif annulé par le Conseil d'Etat (ou – aujourd'hui – les juridictions administratives) constitue un acte illicite, même s'il est imputable à une simple erreur d'interprétation ou d'appréciation, et constitue une faute engageant la responsabilité de l'auteur de l'acte*<sup>47</sup>.<sup>48</sup>

**32.** La saisine préalable du juge administratif n'est cependant pas indispensable, comme en témoigne un arrêt de la Cour d'appel de 2002 : *«Celui qui se voit victime d'un acte de l'autorité administrative, susceptible d'être annulé pour excès de pouvoir, détournement de pouvoir ou violation des formes substantielles ou prescrites à peine de nullité, n'est pas obligé de saisir les juridictions administratives afin de voir annuler l'acte en question ; l'intéressé peut saisir directement le juge civil pour obtenir la réparation pécuniaire d'une éventuelle faute commise par l'autorité administrative. En effet l'appréciation de la faute et du préjudice en résultant appartient aux tribunaux de l'ordre judiciaire»*.<sup>49</sup>

Le soumissionnaire qui choisit de s'adresser directement aux tribunaux civils doit donc en premier lieu prouver que l'administration est en faute.

La faute en question est une faute délictuelle puisqu'aucun contrat n'a encore été conclu. *«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»*.<sup>50</sup>

Une jugement récent du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg rappelait à ce sujet que *«les pouvoirs que la loi attribue à l'administration dans un intérêt général ne soustraient pas celle-ci au devoir de prudence qui s'impose à tous. En vertu des dispositions des articles 1382 et 1383 du code civil, toute faute ou négligence même la plus légère, engage la responsabilité des particuliers, notamment en cas de fausse application d'une disposition légale ou réglementaire.*

*L'on ne saurait excepter de cette règle générale l'administration, sous peine d'apprécier de façon plus indulgente les erreurs d'interprétation et d'application commises par les auteurs des normes obligatoires que celles commises par ceux qui subissent ces normes.»*<sup>51</sup>

La jurisprudence a par exemple considéré que *«l'attribution d'un marché public respectivement le rejet d'une offre en violation d'une formalité de la procédure administrative non contentieuse consacrant le principe du respect des droits de la défense à l'égard de l'administré, constitue une faute civile de nature à engager la responsabilité de l'Etat, une fois établie la relation causale entre l'acte fautif et le préjudice subi.»*<sup>52</sup>

**33.** Le soumissionnaire doit ensuite prouver avoir subi une perte à la suite de la faute commise par le pouvoir adjudicateur.

<sup>47</sup> La Cour fait ici référence à l'ouvrage de M. Georges RAVARANI, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, éd. Pasicrisie luxembourgeoise, n° 104 et s.

<sup>48</sup> Cour d'appel, 21 avril 2004, n° 27674 du rôle, non publi.

<sup>49</sup> Cour d'Appel, 7<sup>e</sup> Chambre, 30 avril 2002, n° 25782 du rôle, non publié.

<sup>50</sup> Cour d'Appel, 7<sup>e</sup> Chambre, 30 avril 2002, n° 25782 du rôle, non publié; Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 1<sup>re</sup> Chambre, 14 octobre 2002, Jugement civil n° 307/2002, N° 67734 du rôle, B.I.J. Février 2003, p. 23

<sup>51</sup> Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 1<sup>re</sup> Chambre, 11 novembre 2002, Jugement civil no 337/2002, N° 67417 du rôle, B.I.J. 2003, p. 99

<sup>52</sup> Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 1<sup>re</sup> Chambre, 11 novembre 2002, Jugement civil no 337/2002, N° 67417 du rôle, B.I.J. 2003, p. 99

Au moment de formuler leur demande indemnitaire, certains soumissionnaires pensent à tort que le simple fait que l'administration a commis une faute leur donnerait un droit d'être indemnisés.

Or cela n'est le cas que si l'adjudicataire parvient à prouver qu'il avait une chance réelle de se voir adjudger le marché si l'État n'avait pas commis de faute.

Citons à ce sujet un jugement du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, qui rappelle que *«la faute commise par l'Etat en refusant d'adjudger le marché public à un soumissionnaire qui a déposé l'offre régulière la plus basse, le prive 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 y a lieu de tenir compte de l'importance de cet espoir qui doit avoir été sérieux.»*<sup>53</sup>

<sup>53</sup> Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 1<sup>re</sup> Chambre, 11 novembre 2002, Jugement civil no 337/2002, N° 67417 du rôle, B.I.J. 2003, p. 99

D'après une autre décision du même tribunal, *«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 non-attribution 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'adjudger le marché public à la société X 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»* (Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 1<sup>re</sup> Chambre, 14 octobre 2002, Jugement civil n° 307/2002, N° 67734 du rôle, B.I.J. Février 2003, p. 23).

D'après ce même jugement, la société qui saisit la justice *«doit prouver, outre l'existence d'une faute dans le chef de l'Etat, le dommage et le lien de causalité entre la faute et le dommage allégués.»*<sup>54</sup>

D'après une décision plus récente, *«il appartient aux parties demanderesses de prouver positivement qu'elles ont perdu une chance réelle de se voir adjudger le marché public litigieux.»*<sup>55</sup>

Il n'y a donc pas d'indemnisation forfaitaire dans cette matière; celui qui formule une prétention en justice doit en prouver le bien-fondé.

Par ailleurs, il est important de savoir que même si l'administration a initialement fondé sa décision sur un motif erroné, il ne lui est pas interdit de développer une motivation plus complète dans le cadre de la procédure indemnitaire. Les tribunaux admettent notamment que l'administration invoque des arguments nouveaux de nature à justifier, après coup, la décision prise.<sup>56</sup>

**34.** Bien que cela semble aller de soi, en particulier dans le cadre de la responsabilité extra-contractuelle, la jurisprudence a eu l'occasion de préciser que lors de la fixation de l'indemnité *«il n'a pas lieu de tenir compte des bénéfices que l'entrepreneur avait pu se procurer par l'exécution d'autres travaux pendant la période prévue pour ceux*

<sup>54</sup> Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 1<sup>re</sup> Chambre, 11 novembre 2002, Jugement civil no 337/2002, N° 67417 du rôle, B.I.J. 2003, p. 99

<sup>55</sup> Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 7 juillet 2004, jugement n° 352/2004, n° 76239 du rôle, non publié, document LJUS n° 99852569.

<sup>56</sup> *«Le tribunal vérifie que l'offre présentée par la société X 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 X (...).»* (Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 1<sup>re</sup> Chambre, 14 octobre 2002, Jugement civil n° 307/2002, N° 67734 du rôle, B.I.J. Février 2003, p. 23).

*ayant fait l'objet d'une soumission, qui lui a été illégalement refusée par l'État».*<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> Cour d'appel, 30 octobre 1986, n° 8856 du rôle, non publiée, document LJUS n° 98608426.



## 2

### LE CONTENTIEUX DE L'EXECUTION

**35.** Une fois le contrat conclu, les relations entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire relèvent de droit civil. Il s'agit d'exécuter le contrat qui a été conclu.

Les contrats conclus à l'issue d'une procédure de passation de marchés se différencient cependant des contrats de droit commun du fait que le pouvoir adjudicateur conserve toujours un pouvoir d'autorité sur son cocontractant.

#### A. Changement des conditions d'exécution du marché

**36.** Il est rare qu'un marché se termine sans que l'adjudicataire ait à réaliser des prestations supplémentaires qui n'étaient pas prévues initialement.

Il arrive également que le maître de l'ouvrage renonce à l'exécution d'une partie du marché, ce qui peut provoquer des difficultés.

##### a. Le pouvoir de direction de l'administration

**37.** Il est incontestable qu'en tant que maître de l'ouvrage, le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir de direction sur les travaux.

Comme l'explique rappelle le P<sup>r</sup> FLAMME, l'administration dispose de pouvoirs exorbitants en vue d'assurer la réalisation de l'intérêt public: *«Les pouvoirs de direction, de contrôle et de surveillance appartiennent à l'administration comme des pouvoirs originaires, inaliénables et imprescriptibles. Loin d'être de nature*

*contractuelle, ils découlent du but même poursuivi, car, selon la formule heureuse de Péquiot, ils ne sont qu'une "réaction de l'idée de service public sur le contrat" et traduisent en fait la puissance publique elle-même».*

D'après un autre auteur, *«il serait faux de penser que l'entrepreneur est, dès la signature du marché, chargé de l'exécuter et de livrer la chose promise à un maître de l'ouvrage qui se bornerait à attendre cette livraison. L'exécution d'un marché est en fait et en droit une opération qui ne commence qu'au signal donné par le maître de l'ouvrage. Elle est soumise en permanence à son contrôle et à ses ordres, lesquels ont pour objet de modifier, souvent substantiellement, les données du contrat initial».*<sup>58</sup>

**38.** L'adjudicataire doit donc se plier aux ordres de service qu'il reçoit au fur et à mesure de l'exécution du marché, même lorsque ces ordres comportent une modification du contrat. *«C'est ce qu'on appelle le privilège du préalable: le cocontractant ne peut s'ériger en juge des décisions de l'administration, car "provision leur est due"; il doit exécuter les ordres qui lui sont transmis et ne peut réclamer qu'a posteriori.»*<sup>59</sup>

<sup>58</sup> D. CHABANOL et J.-P. JOUGUELET, *Marchés publics de travaux*, 3e éd., Le Moniteur, Paris, 1999, p. 161

<sup>59</sup> M.-A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Bruylant, Bruxelles, 1969, t. II, n° 602.

S'il doit s'exécuter, l'adjudicataire a cependant tout intérêt à formuler des réserves, s'il estime que les travaux, prestations ou fournitures qui lui sont demandées sortent du cadre de ses obligations contractuelles. Il évitera ainsi qu'on lui oppose ultérieurement un *acquiescement* à la modification du contrat et une renonciation au droit d'être indemnisé.

**39.** La loi et son règlement d'exécution ne se prononcent pas sur la forme dans laquelle les commandes additionnelles doivent être faites.

L'article 98 du règlement énonce que «*des travaux en régie ne peuvent être prestés que sur ordre du pouvoir adjudicateur*»<sup>60</sup> mais n'indique pas la forme dans laquelle ces ordres doivent être données. Seules les bon de régie doivent être écrits puisque le texte prévoit que «*les fiches y relatives sont à contresigner par le pouvoir adjudicateur.*»<sup>61</sup>

Des dispositions à ce sujet se trouvent cependant dans la quasi-totalité des cahiers des charges spéciaux. Le plus souvent, il est prévu que seules des commandes écrites peuvent entrer en ligne de compte.

Cette exigence ne résiste pas à la pratique. Dans les marchés de travaux, en particulier, il arrive fréquemment que des travaux soient ordonnés oralement, lors de réunions de chantier par le maître de l'ouvrage, ou plus exactement des personnes qui le représentent.

L'entrepreneur a le droit d'insister pour que l'ordre fasse l'objet d'une confirmation par écrit. Les entrepreneurs qui n'insistent pas sur le respect de cette formalité risquent de ne pas être payés par la suite. Même si «*les tribunaux ont coutume d'admettre la validité des ordres verbaux lorsque les*

*circonstances exceptionnelles font ressortir la bonne foi de l'entrepreneur ou du fournisseur*»,<sup>62</sup> la prudence commande à l'entreprise de se ménager une preuve.

### *b. La détermination du prix*

**40.** Idéalement, la commande de prestations ou de travaux additionnels donne lieu à la conclusion du contrat additionnel.

Il s'agit en effet dans l'une des hypothèses pour lesquelles le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 autorise les pouvoirs adjudicateurs à passer des marchés négociés sans avoir à recourir à une publicité préalable.

Plusieurs conditions doivent être remplies :

- il faut qu'il s'agisse de travaux ou de services ne figurant pas dans le contrat initial;
- l'exécution de ces travaux ou les services doivent être strictement nécessaires pour le perfectionnement du service;
- la nécessité de ces travaux ou services doit résulter d'une circonstance imprévisible ou, dans certains marchés, simplement imprévue<sup>63</sup>;
- il faut que les travaux ou services ne puissent pas être séparés du marché principal sans inconvénients majeurs pour le pouvoir adjudicateur.<sup>64</sup>

<sup>60</sup> Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 98.

<sup>61</sup> Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 98.

<sup>62</sup> M.-A. FLAMME et al., *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6<sup>e</sup> éd., t. 2, p. 351, Ed. Confédération nationale de la construction, Bruxelles, 1998

<sup>63</sup> Notons qu'en ce qui concerne les marchés d'envergure, l'article 47, d) du règlement se contente d'une circonstance simplement «imprévue».

<sup>64</sup> Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 8, (g).

Les marchés de gré à gré supplémentaires ne doivent cependant pas dépasser 30% de la valeur du marché principal<sup>65</sup> (50% pour les marchés d'envergure<sup>66</sup>).

**41.** Même si le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 prévoit expressément les hypothèses dans lesquelles des marchés de gré à gré complémentaires peuvent être conclu, on ne peut pas *a priori* et nécessairement exclure la validité de commandes passées dans d'autres circonstances.

L'entreprise qui exécute les travaux qui sont ordonnés est en droit de réclamer un paiement.

*«L'exercice – d'ailleurs licite – du pouvoirs de modification unilatéral reconnu à l'administration entraîne comme contrepartie immédiate l'indemnisation du cocontractant appelé le plus souvent à assumer des charges plus lourdes ou à voir fondre le préjudice qu'il avait pu légitimement escompter».*<sup>67</sup>

**42.** Bien souvent, la discussion portera d'abord sur le caractère, imprévu ou non, des travaux, fournitures ou services pour lesquels l'adjudicataire réclame un paiement.

L'examen des demandes de ce type oblige le juge *«à scruter la commune intention des parties lors de la conclusion du contrat pour*

*en déduire le caractère imprévu ou non des travaux».*<sup>68</sup>

**43.** Outre les difficultés qu'il peut y avoir à prouver l'existence de la commande, l'autre difficulté majeure est celle de déterminer le prix qui sera payé pour les travaux.

S'il s'agit simplement de changements en plus ou en moins portant sur certains postes prévus au bordereau, le prix semble *a priori* aisément déterminable.

Il faut cependant relever qu'il peut arriver que les prix prévus au bordereau ne soient plus adéquats lorsqu'il y a une commande supplémentaire. D'une part, les prix peuvent avoir évolué entre le moment où le bordereau a été établi et le moment où la commande additionnelle intervient. D'autre part, l'exécution de travaux ou de fournitures supplémentaires peut entraîner un surcoût pour l'entreprise. Selon les cas, les prix devront alors être renégociés ou l'entrepreneur pourra prétendre à une indemnisation pour le préjudice causé.

Il arrive parfois que l'adjudicataire renonce à exécuter une partie du marché.

Les quantités prévues dans les bordereaux n'étaient toujours qu'estimatives, l'entrepreneur doit tenir compte d'un certain risque de variation lorsqu'il établit ses calculs. Si la diminution dépasse un seuil dépassant les aléas normaux de tout marché, l'entrepreneur pourra prétendre à une indemnisation.

**44.** Comment procéder si les travaux supplémentaires constituent un nouvel ouvrage pour lequel aucun prix n'est prévu au contrat?

Les menus travaux seront facturés en régie, ce qui – en règle générale – ne suscitera pas de difficultés.

<sup>65</sup> Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 8, (g).

<sup>66</sup> Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 47, (d).

<sup>67</sup> M.-A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Bruylant, Bruxelles, 1969, t. II, n° 688

*«La mise en œuvre du droit incontestable de l'administration d'assurer en toutes circonstances l'adaptation du projet initial aux nécessités variables des services publics ne peut se traduire par une augmentation – sans contrepartie – des charges supportées par son cocontractant» (Ibid., n° 666).*

<sup>68</sup> M.-A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Bruylant, Bruxelles, 1969, t.I I, n° 687

Selon le P<sup>r</sup> FLAMME, «à défaut de prix du marché, les prix nouveaux seront fixés par assimilation aux ouvrages les plus analogues, c'est-à-dire en s'inspirant dans la mesure du possible de ceux du marché, l'analogie devant exister dans les conditions d'exécution et non dans la configuration des ouvrages».<sup>69</sup>

Si l'entreprise a pris la précaution de soumettre une offre de prix avant d'exécuter les travaux ou les fournitures et qu'on peut considérer que la commande a été faite sur cette base, il n'y aura pas de problème.

S'il n'y avait pas de devis, l'entrepreneur devra proposer un prix.

Si l'administration ne l'accepte pas, et à défaut de trouver un accord négocié, il appartiendra aux tribunaux, avec le concours d'experts, de déterminer quel est le prix normal pour les prestations fournies.

### c. Les limites de la mutabilité du contrat

**45.** Le droit de l'administration de modifier le contrat n'est pas illimité. Les modifications du marché ne peuvent prendre une importance telle, que le contrat s'en trouve bouleversé.

Lorsque les changements imposés par le pouvoir adjudicateur dépassent 20% de la valeur du marché, l'adjudicataire se voit accordé la faculté de résilier<sup>70</sup> le contrat, ou de provoquer une renégociation.<sup>71</sup>

<sup>69</sup> M.-A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Bruylant, Bruxelles, 1969, t. II, n° 688

<sup>70</sup> «Le contrat peut être résilié sur demande de l'adjudicataire: (...) 2) si, avant le début des travaux, le pouvoir adjudicateur apporte des changements au contrat entraînant une variation de plus de vingt pour cent de la valeur totale du marché.» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 101)

<sup>71</sup> «Le contrat peut être modifié sur demande de l'adjudicataire: (...) 2) si le pouvoir adjudicateur apporte des changements au contrat entraînant

**46.** La modification du contrat ne peut avoir pour effet que de rétablir l'équilibre contractuel qui a été compromis.<sup>72</sup>

Une modification qui aurait pour effet d'avantager l'adjudicataire retenu pourrait faire l'objet d'un recours de la part des soumissionnaires écartés. On constate cependant que les textes ne prévoient pas que les soumissionnaires écartés doivent être informés des avenants conclus au contrat.

**47.** L'adjudicataire qui constate que le taux de 20% est dépassé doit agir rapidement.

Il dispose d'un délai de seulement 15 jours pour demander la résiliation<sup>73</sup> et d'un délai d'un mois pour demander la renégociation.<sup>74</sup> Passé ce délai, la demande ne pourra plus être formulée.

La demande doit être formulée par lettre recommandée. Elle doit être motivée, c'est-à-dire indiquer la cause qui justifie la demande, et renseigner les éléments à

---

*une variation de plus de vingt pour cent de la valeur totale du marché.»* (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 114, (3))

<sup>72</sup> «La modification du contrat se fait de manière à tenir l'adjudicataire indemne du préjudice que la modification des conditions d'exécution lui fait subir.» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 115)

<sup>73</sup> «La résiliation du contrat doit être demandée sous peine de nullité par lettre recommandée. Celle-ci doit en spécifier la cause et doit parvenir sous peine de forclusion à l'autre partie au contrat dans un délai de 15 jours à compter de la survenance de l'événement.» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 102)

<sup>74</sup> «La modification du contrat doit, sous peine de forclusion, être demandée par lettre recommandée et parvenir à l'autre partie dans un délai d'un mois à compter de la survenance de l'événement ou de la notification des changements. La lettre recommandée doit, suivant le cas, motiver l'événement de force majeure ou indiquer les éléments dont il doit être tenu compte pour l'évaluation contradictoire du préjudice subi.» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 117)

prendre en considération pour l'évaluation du préjudice subi.

**48.** Si la demande de modification est acceptée, un avenant au contrat sera conclu.<sup>75</sup>

Si la renégociation échoue, ou si l'administration refuse de donner suite à la demande qui lui est adressée, l'adjudicataire conserve la possibilité de résilier le contrat.

À la suite de la résiliation, l'entreprise aura la possibilité de réclamer non seulement le paiement des prestations déjà accomplies sous l'empire du contrat, mais également des indemnités si elle parvient à prouver qu'elle a été lésée par le comportement du pouvoir adjudicateur.

**49.** On peut citer à ce propos un arrêt de la Cour d'appel qui rappelle que *«le droit de modification unilatérale des conditions initiales du marché, concédé en général à l'administration en tant que puissance publique, doit en principe s'exercer dans le souci de concilier dans la mesure du possible l'intérêt légitime de l'entrepreneur avec le but du service public et l'intérêt public.»*

*Si l'entrepreneur ne doit pas pouvoir s'opposer, à tout bout de champ, à la volonté unilatérale de l'administration sans quoi l'efficacité de celle-ci ne serait plus qu'illusoire, le cocontractant doit cependant être protégé contre des modifications en elles-mêmes licites, mais dont l'ampleur viole les conditions essentielles du marché.*

*Par conséquent, le pouvoir exorbitant accordé à l'administration de pouvoir transformer unilatéralement les conditions contractuelles ou les prévisions du contrat, ne lui permet toutefois que des changements qui respectent l'objet même de l'entreprise.*

*Ainsi, même si le cahier des charges réserve à l'administration la faculté de pouvoir imposer des changements au projet, il ne l'autorise pas pour autant à substituer un nouveau projet au projet primitif.*

*Il en est de même en cas de simples augmentations ou suppressions quantitatives des travaux prévus, dès lors qu'elles constituent des modifications à ce point radicales qu'elles bouleversent, tel qu'en l'espèce, toute l'économie du contrat.*

*L'entrepreneur ne se trouve privé, en pareil cas, ni du droit de faire apprécier par les juridictions si l'importance des modifications unilatéralement apportées par l'administration au marché excède ou non ce qui pouvait être envisagé lors de la passation du contrat eu égard à la nature de l'ouvrage à exécuter, ni du droit de solliciter la résiliation du marché avec, le cas échéant même l'octroi de dommages et intérêts.»<sup>76</sup>*

**50.** Pour apprécier l'étendue des prérogatives de l'administration en matière de modification unilatérale du contrat, on peut aussi se référer à un jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 1<sup>er</sup> décembre 2003. Dans cette affaire, le tribunal avait à se prononcer sur la validité d'une résiliation de marché décidée par l'administration après que l'adjudicataire avait fait savoir qu'il ne lui était pas possible de respecter un planning modifié arrêté par l'administration et proposé un planning alternatif.

Dans cette affaire, le planning modifié avait été établi par l'administration et transmis à tous les corps de métiers avec la précision qu'à défaut de protestations dans un délai d'une semaine, le nouveau planning serait considéré comme accepté.

Le tribunal estima que cette démarche de l'administration n'était pas valable : *«Par le*

<sup>75</sup> *«La modification du contrat se fait sous forme d'avenant.»* (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 118)

<sup>76</sup> Cour d'appel, 7<sup>e</sup> Chambre, 5 décembre 2000, n° 23711 du rôle, non publié.



*contrat de soumission, les parties ont convenu d'un délai global d'exécution des travaux. L'une des parties n'est dès lors pas tenue d'accepter dans un délai très court d'une semaine une modification substantielle des conditions du marché proposée ou voulue par l'autre partie.»<sup>77</sup>*

Le jugement cité se prononce aussi sur la validité de la clause du cahier spécial des charges standard traitant des changements de planning.

Au sujet de l'article 1.9.2.3 du cahier spécial des charges<sup>78</sup> les juges observent que *«si lesdites dispositions permettent au commettant d'apporter des changements au planning proposé par les adjudicataires respectifs, il doit cependant tenir compte des périodes d'exécution affectées à chaque entreprise suivant le planning général. De même, si le planning des travaux est adapté en permanence, les modifications à y apporter sont toutefois fonction de la progression effective des travaux et lesdites clauses ne permettent pas au maître de l'ouvrage de basculer l'acheminement des travaux et d'avancer, comme en l'espèce, le timing général des travaux en question de plusieurs mois. Lesdites clauses ne*

*permettent pas d'imposer unilatéralement, sans accord des entreprises concernées, une modification du planning des travaux d'une telle envergure, les délais d'exécution des travaux constituant une clause essentielle du contrat de soumission.»<sup>79</sup>*

En conséquence, le tribunal estima non justifiée la résiliation du contrat prononcée par le pouvoir adjudicateur en raison du non-respect par l'adjudicataire du planning modifié.

*«Il se dégage de l'ensemble de ces développements que [le pouvoir adjudicateur] n'était pas en droit d'apporter unilatéralement des modifications importantes au planning des travaux et d'imposer à la société A. d'avancer ses prestations de mars 1999 à juillet 1998, sans rechercher l'accord de cette dernière.*

*Faute d'accord, [le pouvoir adjudicateur] ne saurait reprocher à la société A. une prétendue absence au chantier ou inexécution de travaux, travaux que la demanderesse n'était pas tenue d'exécuter, en considération des dispositions contractuelles. [le pouvoir adjudicateur] n'avait en l'occurrence pas le droit de mettre en demeure la demanderesse d'exécuter des travaux à une date antérieure à celle convenue au marché.*

*Les mises en demeure adressées à la demanderesse, ainsi que l'arrêté d'annulation du 10 août 1998, basés sur un prétendu retard dans l'exécution des travaux ne sont dès lors pas justifiés par les conditions du marché. [le pouvoir adjudicateur] ne peut dès lors fonder la résiliation du marché conclu avec la société A. par une prétendue inexécution ou un prétendu retard dans l'exécution des travaux et par des modifications proposées au timing imposé, modifications*

<sup>77</sup> Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 1<sup>er</sup> décembre 2003. 1<sup>e</sup> chambre, jugement civil n° 406/2003, n° 64835 du rôle, frappé d'appel, non publié

<sup>78</sup> Sous l'intitulé «Suivi du planning», l'article en question stipule que *«Le commettant contrôlera et surveillera de façon permanente le planning d'exécution dans le cadre de réunions de chantier avec tous les intéressés. Durant la période d'exécution, une adaptation du planning d'exécution à la progression réelle du chantier est effectuée en permanence. Il incombera à l'entrepreneur de s'organiser pour pouvoir respecter les délais. Au cas où un retard est à craindre, l'entrepreneur est tenu d'en informer par écrit le commettant. L'entrepreneur enverra aux réunions de chantier son délégué qui est au courant de l'avancement des travaux et habilité à faire exécuter toute décision y retenue»* (Cahier spécial des charges arrêté par le règlement grand-ducal du 8 juillet 2003 portant institution de cahiers spéciaux des charges standardisés en matière de travaux publics, Article 1.9.2.3).

<sup>79</sup> Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 1<sup>er</sup> décembre 2003. 1<sup>e</sup> chambre, jugement civil n° 406/2003, n° 64835 du rôle, frappé d'appel, non publié















