Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Arrêt N° 16/25 – XII – REF

Audience publique du dix-neuf décembre deux mille vingt-cinq

Numéro CAL-2024-00984

Composition :

Yola SCHMIT, président de chambre,
Yannick DIDLINGER, premier conseiller,
Anne MOROCUTTI, conseiller,
Sam SCHUH, greffier assumé.

E n t r e :

la société anonyme **SOCIETE1.)**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

partie appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice Gilles HOFFMANN de Luxembourg du 11 octobre 2024,

comparaissant par Maître Nicolas THIELTGEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1) **L'ETAT DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG,** représenté par son Ministre d'Etat actuellement en fonctions, dont les bureaux sont établis à L-1341 Luxembourg, 2, place de Clairefontaine,

   partie intimée aux fins du susdit acte HOFFMANN,

   comparaissant par la société à responsabilité limitée ELVINGER DESSOY MARX, établie et ayant son siège social à L-1461 Luxembourg, 31, rue d'Eich, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 251584, inscrite sur la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Serge MARX, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) la société anonyme **SOCIETE2.)**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

partie intimée aux fins du susdit acte HOFFMANN,

comparaissant par Maître Mario DI STEFANO, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

L A C O U R D ' A P P E L

Revu l'arrêt du 30 avril 2025, aux termes duquel la Cour, après avoir donné acte aux parties qu'elles marquaient leur accord à voir statuer par un arrêt séparé sur la compétence de la juridiction saisie, sur la régularité de l'appel interjeté par acte d'huissier du 11 octobre 2024 et sur la recevabilité de l'appel, s'est déclarée compétente pour connaître de l'appel interjeté, a déclaré l'acte d'appel régulier et recevable et a refixé l'affaire à une audience ultérieure pour continuation des débats.

Concernant les antécédents procéduraux, il est renvoyé à l'exposé complet figurant dans l'arrêt du 30 avril 2025 qui est censé reproduit dans le présent arrêt.

Aux termes de son acte d'appel, l'appel de la société anonyme SOCIETE1.) (ci-après la société SOCIETE1.)) dirigé contre les ordonnances des 24 mai et 19 juillet 2022 est limité, en ce qu'il vise toutes les dispositions desdites ordonnances, excepté celle ayant reçu sa demande en la forme et celle par laquelle le Vice-Président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme en matière de référé, en remplacement du Président dudit tribunal, s'est déclaré compétent pour en connaître.

Elle demande à la Cour, par réformation des ordonnances entreprises :

- à titre principal, de déclarer dépourvu d'effets, avec annulation rétroactive des obligations contractuelles, le marché public passé sans publication préalable d'un avis de marché par l'ETAT DU GRAND-DUCHÉ DU LUXEMBOURG (ci-après l'ETAT) en juin 2021 et visant à conférer à la SOCIETE2.) (ci-après la société SOCIETE2.)) la réalisation des tests PCR gratuits sur demande de toute la population âgée de plus de 6 ans et disposant d'une matricule nationale luxembourgeoise,

- à titre subsidiaire, de condamner l'ETAT au paiement d'une sanction financière de 3.324.285 euros, sinon tout autre montant majoré ou minoré fixé par la Cour, ce en application de l'article 11 de la loi modifiée du 10 novembre 2010 relative aux recours en matière de marchés publics (ci-après la loi de 2010),

- à titre plus subsidiaire et pour autant que la Cour considère nécessaire, sinon utile, une expertise judiciaire dans le cadre de l'application de la loi de 2010, de dire que l'expert judiciaire aura pour mission de « *se prononcer dans un rapport écrit et motivé sur la question de savoir si, compte tenu notamment de son savoir-faire, de son équipement et de sa logistique, la société SOCIETE1.) avait, fin juin- début juillet 2021, les capacités d'exécuter la Phase 3 bis du Large Scale Testing en ce que cette dernière a débuté le 20 juin 2021, pour se terminer le 15 septembre 2021, et consistait à tester, sur base volontaire et sans aucune convocation, toute personne âgée de six ans au moins et disposant d'une matricule nationale et ce, dans la limite de 53.000 tests par semaine* ».

Elle conclut encore à voir condamner l'ETAT et la société SOCIETE2.), solidairement, sinon *in solidum*, à lui payer une indemnité de 5.000 euros pour chacune des deux instances, ainsi qu'aux frais et dépens de l'instance, et à voir ordonner l'exécution provisoire de l'arrêt à intervenir.

L'appelante détaille, dans son acte d'appel, la genèse du *Large Scale Testing* (ci-après le LST), les trois phases de celui-ci, les acteurs des secteurs public et privé impliqués dans le processus décisionnel y relatif, ainsi que dans la mise en place et le déroulement de chacune des trois phases. Si elle formule diverses critiques en rapport avec les trois premières phases du LST, son action vise uniquement le prolongement de la troisième phase du LST au-delà du délai initial qui était fixé au 15 juillet 2021, jusqu'au 15 septembre 2021, qu'elle qualifie de « *Phase 3 bis* ». Elle explique, à cet égard, que suivant une décision adoptée lors du conseil de gouvernement du 11 juin 2021, le LST a été élargi, afin d'y inclure « *la réalisation de tests PCR gratuits sur base volontaire, et non plus sur convocation, et ce, pour toute personne âgée de six ans au moins et disposant d'une matricule nationale* », cette modification du LST, que la société SOCIETE1.) estime « *substantielle* », ayant été annoncée par le Premier Ministre et le Ministre de la Santé dans le cadre du « *briefing de presse* » du même jour, puis précisée dans un communiqué du Ministère de la Santé du 19 juin 2021.

La société SOCIETE1.) fait valoir qu'« *une telle modification d'un marché public en cours d'exécution par simple voie contractuelle constituait une violation patente du principe de légalité, tel que réglé par l'article 11 de la Constitution luxembourgeoise* ».

Elle y décèle aussi une atteinte à la concurrence, qu'elle a dénoncée par courriers des 13 juin et 26 juillet 2021 au Ministre de la Santé, ce dernier s'étant également vu adresser des questions parlementaires à ce sujet le 14 juin 2021, auxquelles elle répondit le 26 juillet 2021. L'appelante précise encore que « *selon les déclarations de la Ministre de la Santé, ce marché prendrait fin - à tout le moins de façon temporaire - le 15 septembre 2021. Une telle déclaration ne couvre cependant que les tests PCR, mais pas les tests sérologiques, ces derniers étant finalement toujours disponibles sur invitation* ».

A l'appui de son appel, la société SOCIETE1.) reproche au juge de première instance d'avoir retenu qu'il n'y avait pas lieu de vérifier sa compétitivité pour déterminer son intérêt et sa qualité à agir, pour ensuite charger un expert de se prononcer « *sur la question de savoir si, compte tenu notamment de son savoir-faire, de son équipement et de sa logistique, [elle] avait, fin juin -début juillet 2021, les capacités d'exécuter la Phase 3 bis du [LST]* ».

Soulignant que le but de la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics (ci-après la Directive 2007/66/CE), transposée par la loi de 2010, tel qu'exposé dans ses considérants (13) et (14), est de lutter contre la passation illégale de marchés publics, la société SOCIETE1.) fait valoir que l'article 1er, alinéa 5, de la loi de 2010 ne contient aucune exigence quant aux capacités techniques, qui ne sauraient donc conditionner la recevabilité de son action. En ordonnant, comme il l'a fait, une mesure d'expertise, le juge de première instance aurait donc ajouté une condition à cette disposition que celle-ci ne comportait pas. L'ordonnance entreprise serait à censurer sur ce point, en application du principe en vertu duquel « *là où la loi ne distingue pas, l'interprète ne doit pas distinguer* ».

D'après l'appelante, une mesure d'expertise n'est pas nécessaire pour statuer sur son intérêt à agir au sens de l'article 1er, alinéa 5, de la loi de 2010, qui pose deux conditions, à savoir, un intérêt à obtenir le marché litigieux et un risque d'être lésé par une violation du droit communautaire ou national en matière de marchés publics. Ces deux conditions seraient remplies dans son chef, étant donné qu'« *avant que l'épidémie de COVID-19 ne se transforme en véritable pandémie, le marché des analyses médicales au Luxembourg était partagé entre les trois entreprises principales et de taille sensiblement équivalente présentes sur le marché* », que de l'aveu de l'ETAT dans le cadre de la procédure actuellement pendante devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, au moment du lancement du LST, aucune de ces entreprises n'aurait eu les capacités pour réaliser le « *testing* » tel qu'envisagé par le gouvernement et l'ETAT aurait « *assisté l'ensemble des laboratoires pour s'approvisionner en équipements médicaux pour permettre à la concurrence de s'exercer* ». Elle ajoute que les considérations relatives à ses « *capacités* » seraient « *un non-sens lorsque l'on sait que [la société] SOCIETE2.) a fait usage du pooling* », qui est une technique permettant, lorsqu'elle est utilisée, par exemple, sur « *4 échantillons testés dans une même réaction, [à] un laboratoire quelconque avec une capacité de 2.500 tests PCR par jour [d']atteindre 10.000 tests par jour, soit 60.000 tests par semaine (dimanche exclu)* », mais qui contreviendrait aux dispositions de l'article 10 du règlement grand-ducal du 27 mai 2004 déterminant les critères minima à observer dans le cadre des activités globales d'un laboratoire d'analyses médicales. Enfin, elle donne à considérer qu'aucun cahier des charges n'ayant été rédigé pour la Phase 3 *bis*, il ne serait pas sensé de rechercher si elle disposait des capacités à exécuter cette phase. Reprochant à l'ETAT de ne pas avoir respecté la règlementation relative aux marchés publics, la société SOCIETE1.) soutient qu'elle aurait été lésée, en ce que faute du lancement d'une nouvelle procédure de passation de marché pour la Phase 3 *bis*, malgré le changement de paradigme intervenu entre cette phase et la phase précédente, elle aurait perdu une chance de soumissionner et d'exécuter le marché.

Quant au fond de son action, la société SOCIETE1.) donne à considérer que l'article 43 la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics (ci-après la loi de 2018), qui transpose l'article 72 la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics (ci-après la Directive 2014/24/UE), prévoit qu'en cas de modification substantielle d'un marché en cours une nouvelle procédure de passation de marché est obligatoire.

D'après l'appelante, « *le passage de la phase 3 du LST vers la phase dite 3 bis du LST constitue une modification substantielle du marché* » au sens de la loi de 2018, étant donné que l'inclusion des tests PCR gratuits sur demande de toute la population âgée de plus de 6 ans et disposant d'une matricule nationale luxembourgeoise a :

- modifié l'équilibre économique du marché négocié qui avait été conclu avec la société SOCIETE2.) pour la troisième phase du LST, en faveur de cette dernière, qui « *se trouva alors être le seul acteur à pouvoir réaliser les tests PCR gratuits pour la population sur la période courant, a minima, du 20 juin 2021 au 15 septembre 2021, étant ici rappelé qu'aucun texte ni aucune déclaration n'a mis officiellement fin à cette nouvelle phase du LST* », le coût des tests ayant été estimé par le gouvernement à environ 2.265.900 euros par semaine,

- considérablement élargi le champ d'application du marché, et

- modifié la nature du marché, qui au préalable visait uniquement les tests réalisés sur convocation.

Cette modification substantielle du LST aurait d'ailleurs été reconnue par le gouvernement de l'époque, le Premier Ministre ayant déclaré que le LST serait « *transformé* » et le Ministre de la Santé ayant parlé d'un « *changement de système* », dans le cadre de leurs communiqués de presse.

La société SOCIETE1.) estime que, par conséquent, un appel à la concurrence aurait dû être effectué au moyen d'un avis de marché conformément aux articles 63(3) de la loi de 2018 et des articles 157 et 160 du règlement grand-ducal modifié du 8 avril 2018 portant exécution de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics, compte tenu du dépassement des seuils fixés par l'article 4 de la Directive 2014/24/UE.

L'ETAT conclut, en ordre principal, à voir déclarer l'action adverse irrecevable, par réformation des ordonnances entreprises, sans autre mesure d'instruction « *alors que la partie appelante n'a pas rapporté la preuve qu'elle dispose de la capacité à assurer un programme de dépistage à grande échelle* », sinon à voir confirmer l'ordonnance entreprise du 24 mai 2022 en ce qu'elle a ordonné une mesure d'expertise et renvoyer l'affaire en première instance pour finalisation des opérations d'expertise et, en tout état de cause, à voir rejeter la demande adverse tendant à voir modifier la mission de l'expert, étant donné que « *cette demande vise en réalité une difficulté d'exécution qui relève de la compétence du président du tribunal d'arrondissement* ».

En premier ordre de subsidiarité, pour le cas où la Cour décidait de « *réformer les ordonnances entreprises en décidant que l'action adverse aurait dû être déclarée recevable sans preuve par la partie demanderesse initiale de ses capacités d'assurer l'exécution du contrat en cause, sinon sans autre opération d'expertise* », l'ETAT demande à voir « *renvoyer l'affaire en prosécution de cause devant le président du tribunal d'arrondissement* ».

En deuxième ordre de subsidiarité, en cas d'évocation par la Cour, l'ETAT conclut à voir dire que le recours adverse sur base de la loi de 2010 est sans objet « *car le contrat critiqué est venu à expiration en date du 15 septembre 2021* », sinon à voir déclarer « *l'action adverse irrecevable dans la mesure où la solution dépend d'une décision au fond, sinon surseoir à statuer jusqu'à ce que l'affaire actuellement pendante sous le rôle n° TAL-2023-08817 soit définitivement toisée* », sinon à voir « *rejeter l'action adverse dans la mesure où la possibilité de tests PCR volontaires à partir de fin juin 2021 n'équivaut pas à une modification substantielle du contrat qui aurait prétendument nécessité la publication préalable d'un avis de marché* », sinon à voir « *rejeter l'action adverse dans la mesure où l'ETAT n'a pas manqué d'une façon délibérée et intentionnelle aux règles de passation des marchés publics* ».

L'ETAT conclut, en tout état de cause, à voir rejeter l'ensemble des demandes de la société SOCIETE1.) et à voir condamner cette dernière à lui payer une indemnité de procédure de 10.000 euros, ainsi qu'aux frais et dépens de l'instance.

Quant au bien-fondé de l'appel interjeté par la société SOCIETE1.), l'ETAT soutient, d'emblée que la demande adverse serait « *basée sur la prémisse de départ erronée qu'un marché (en l'occurrence, ce que la partie appelante qualifie de prétendu marché « LST3bis ») aurait été attribué en violation de la législation en matière de marchés publics en juin 2021 aux SOCIETE2.)* » et il conteste « *en*

bloc » les reproches dirigés à son encontre, qui seraient sans pertinence pour toiser le litige.

A l'instar de la société SOCIETE1.), l'ETAT détaille les antécédents et le déroulement de la crise sanitaire liée à la pandémie du Covid-19, les efforts déployés par le gouvernement de l'époque pour lutter contre la propagation du virus SARS-CoV-2, les mesures de confinement et leur coût économique, ainsi que le programme du LST et le processus décisionnel le sous-tendant.

L'ETAT fournit également l'historique des critiques de la société SOCIETE1.) face aux « *choix politiques de gestion de la crise sanitaire* », ainsi que « *l'acharnement procédural* » de cette dernière à son encontre, devant le tribunal administratif, le conseil de la concurrence, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, ainsi qu'à travers le dépôt d'une plainte en matière d'aides d'Etat devant la Commission européenne.

En ce qui concerne la troisième phase du LST, l'ETAT expose qu'il aurait saisi la Commission des soumissions le 1er février 2021 en vue du recours à une procédure négociée sans publication préalable d'avis de marché, motif pris de l'absence de concurrence pour des raisons techniques et de l'urgence impérieuse. La Commission des soumissions aurait émis un avis favorable le 3 février 2021, le Ministre de la Santé aurait décidé par arrêté ministériel du 26 mars 2021 d'appliquer la procédure négociée sans publication préalable en vue de l'attribution de la troisième phase du LST à la société SOCIETE2.), ledit marché aurait été conclu « *pour une durée initiale de 16 semaines à compter du 25 mars 2021 jusqu'au 15 juillet 2021, avec la possibilité pour l'ETAT de prolonger le contrat LST3 jusqu'au 15 septembre 2021* » et, en cours d'exécution de cette troisième phase, « *le contrat a été prolongé jusqu'au 15 septembre 2021 pour rendre définitivement fin à cette date* ». L'ETAT estime, dès lors, que la législation en matière de marchés publics a été respectée lors de l'attribution dudit marché à la société SOCIETE2.).

En ce qui concerne la recevabilité de l'action de la société SOCIETE1.), l'ETAT estime que le juge de première instance a retenu, à juste titre, qu'il incombait à la société SOCIETE1.) de justifier qu'elle avait, « *pour le moins et en principe, fin juin - début juillet 2021, les capacités d'assurer l'exécution de la troisième phase du LST* ». Il donne cependant à considérer qu'au vu de la carence probatoire de la société SOCIETE1.) sous ce rapport, le juge de première instance aurait dû déclarer l'action de cette dernière irrecevable sans ordonner d'expertise.

A titre subsidiaire, l'ETAT fait valoir qu'il se serait d'ores et déjà révélé, au cours des opérations d'expertise, que la société SOCIETE1.) ne disposerait pas des capacités requises. Il fait plaider qu'il n'y aurait pas lieu de modifier la mission de l'expert, étant donné que ce que la société SOCIETE1.) qualifie de « *Phase 3 bis* », ne serait rien d'autre qu'une prolongation du marché attribué à la société SOCIETE2.) pour la troisième phase du LST, la légalité de cette attribution n'ayant jamais été remise en cause. L'ETAT ajoute que si la société SOCIETE1.) n'était pas d'accord avec la façon de procéder de l'expert, il s'agirait d'une difficulté d'exécution de la décision du juge de première instance, qui relève de la compétence de ce dernier, la Cour n'étant pas compétente pour modifier la mission d'expertise.

Concernant la demande de la société SOCIETE1.) tendant à voir déclarer le marché « *dépourvu d'effets* », l'ETAT donne à considérer que ce pouvoir conféré par la loi de 2010 au juge a pour but de permettre aux opérateurs économiques de

retrouver une chance d'exécuter le marché, ce qui n'est possible que s'il reste quelque chose du marché à exécuter, ce qui ne serait pas le cas en l'espèce, étant donné que le contrat litigieux a été définitivement exécuté et que « *la juridiction du président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés sur base de la loi modifiée du 10 novembre 2010 est dès lors épuisée* ».

L'ETAT soutient que la loi de 2010 viserait uniquement les violations grossières et délibérées des règles en matière de marchés publics par les pouvoirs adjudicateurs. Or, le constat d'une telle violation, « *passe d'abord par le détour d'un constat d'une modification substantielle alléguée du contrat* », constat qui relèverait du juge administratif, statuant comme juge du fond pour contrôler la légalité de l'acte administratif que la société SOCIETE1.) critique, un contrôle de légalité par voie d'exception par le juge civil étant exclu. L'ETAT souligne qu'en application de la théorie de l'unité des notions d'illégalité et de faute, lorsque le juge administratif annule un acte administratif individuel, le demandeur n'a plus besoin d'établir, devant le juge civil, l'existence d'une faute commise par le pouvoir public concerné, tandis qu'inversement, faute de décision d'annulation de la part du juge administratif, le demandeur ne peut plus établir une telle faute dans le cadre d'une action en responsabilité dirigée à l'encontre de l'ETAT. Or, les décisions administratives sous-jacentes seraient toutes coulées en force de chose décidée.

Quant à la modification alléguée du contrat conclu avec la société SOCIETE2.), l'ETAT conteste que ledit contrat ait été modifié, en donnant à considérer que le principe même du « *monitoring des voyageurs* » aurait été prévu dans le contrat initial et aurait constitué d'ailleurs un des objectifs de la troisième phase du LST. Le contrat initial aurait également prévu la possibilité d'une reconduction jusqu'en septembre 2021, option dont l'ETAT aurait fait usage. L'ETAT insiste encore que les termes du contrat, y compris les devoirs et obligations du cocontractant et les prix convenus, seraient restés les mêmes dans le contexte de la reconduction, que les voyageurs auraient été identifiés comme population à tester, que la limite maximale de 53.000 tests par semaine n'aurait jamais été dépassée et que l'équilibre économique du contrat n'aurait donc pas été modifié.

L'ETAT estime enfin que l'imposition de sanctions financières, que la société SOCIETE1.) sollicite à titre subsidiaire, *« ne vaut que pour des raisons impérieuses d'intérêt général d'un contrat en cours d'exécution* » et, étant donné que le contrat a pris fin, une telle sanction ne pourrait pas non plus être imposée.

La SOCIETE2.) interjette appel incident et conclut, par réformation des ordonnances entreprises, à voir déclarer « *le recours de [la société SOCIETE1.)] irrecevable au vu de l'incapacité manifeste de [celle-ci] à se voir attribuer le marché* ».

A titre subsidiaire, si la Cour ne déclarait pas l'action adverse irrecevable, la société SOCIETE2.) conclut à la confirmation des ordonnances entreprises, en ce qu'elles ont ordonné une mesure d'expertise et au renvoi de l'affaire en prosécution de cause devant le juge de première instance.

A titre plus subsidiaire, pour le cas où la Cour réformerait les ordonnances sur ce point, elle demande acte qu'elle s'oppose à toute évocation du litige par la Cour et sollicite le renvoi de l'affaire devant le juge de première instance.

Enfin, si la Cour décidait d'évoquer, la société SOCIETE2.) conclut à voir déclarer l'action de la société SOCIETE1.) irrecevable, principalement, parce que

l'intégralité du marché litigieux a été exécuté sinon, subsidiairement, en raison de l'absence d'urgence et de l'existence de contestations sérieuses, sinon en raison de l'absence d'un des cas d'ouverture prévus par l'article 9 de la loi de 2010.

La SOCIETE2.) demande finalement à voir condamner la société SOCIETE1.) aux frais et dépens des deux instances, ainsi qu'à lui payer une indemnité de procédure de 5.000 euros pour chaque instance.

La SOCIETE2.) rejoint l'ETAT pour considérer que l'action de la société SOCIETE1.) aurait dû être déclaré irrecevable, sans l'institution d'une mesure d'expertise, étant donné que, face aux contestations adverses, la société SOCIETE1.) n'aurait pas rapporté la preuve que ses capacités opérationnelles lui auraient permis d'exécuter le marché qu'elle critique.

Elle poursuit que la recevabilité de l'action de la société SOCIETE1.) est soumise « *à deux conditions cumulatives : l'urgence et l'absence de contestations sérieuses* ». Or, d'après la société SOCIETE2.), étant donné que le contrat litigieux a été intégralement exécuté, la condition de l'urgence ferait défaut. Ensuite, elle fait valoir que « *l'examen de la demande adverse implique une analyse et interprétation poussées du contrat* », ce qui excèderait « *la marge d'appréciation conférée par la loi dans le cadre d'une action en référé* ».

La société SOCIETE2.) donne à considérer qu'aucun des trois cas d'ouverture prévus par l'article 9 de la loi de 2010 ne serait donné, compte tenu de la faculté de prolongation du contrat, qui y était expressément prévue et du fait que la modification, par l'ETAT de « *sa stratégie de sélection des personnes à tester ne constitue en aucun cas une modification substantielle du marché au sens de la législation en matière de marchés publics* ».

Enfin, la société SOCIETE2.) sollicite le rejet du relevé statistique que la société SOCIETE1.) produit en tant que pièce, motif pris que celui-ci émane de l'appelante elle-même.

Appréciation de la Cour

- La recevabilité des appels incidents

Les appels incidents interjetés par l'ETAT et par la société SOCIETE2.), qui ont été introduits dans les forme et délai de la loi, sont recevables, sauf pour ce qui est du volet de l'appel incident de la société SOCIETE2.) qui vise les frais et dépens de la première instance et l'indemnité de procédure sollicitée pour la première instance, ces questions ayant été réservées par le juge de première instance.

- Le fondement des appels principal et incidents

Les intimés soulèvent l'irrecevabilité de l'action introduite par la société SOCIETE1.) à leur encontre, faute d'intérêt à agir dans le chef de cette dernière.

L'intérêt à agir est la mesure de l'action, en ce qu'il mesure le profit, l'utilité ou l'avantage que l'action peut procurer au demandeur. Il doit exister au moment de l'introduction de l'action et il suffit que le demandeur prétende qu'il y a eu lésion d'un droit et que l'action puisse y remédier. L'intérêt à agir n'est, en effet, pas subordonné à la démonstration préalable du bien-fondé de l'action ou de l'existence réelle du droit invoqué ou encore de l'existence du préjudice invoqué. Il ne saurait être dénié sur base de considérations relevant du fond du litige, car le

bien-fondé du droit invoqué ne se vérifie pas lors de l'appréciation de la recevabilité de la demande.

La loi de 2010 détermine, dans son article 1er, dernier paragraphe, le champ des personnes auxquelles les procédures de recours qu'elle prévoit sont accessibles, en ces termes :

> « *Les procédures de recours sont accessibles à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée de droit communautaire ou de droit national transposant le droit communautaire en matière de marchés publics* ».

La disposition précitée consacre une exigence prévue par la Directive 2007/66/CE, dont le but est de « *protéger les opérateurs économiques contre l'arbitraire du pouvoir adjudicateur* », en imposant aux Etats membres de veiller à « *l'existence (…) de moyens de recours efficaces, afin de garantir l'application effective des règles de l'Union en matière de passation de marchés publics, en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées* » (CJUE, 15 septembre 2016, Star Storage, C-439/14 et C-488/14, points 41 et s. et les jurisprudences y citées)

La Cour de justice de l'Union européenne a également eu l'occasion de préciser que les termes « *toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée* », doivent recevoir « *une interprétation large, de manière à ce que les règles contenues dans ladite directive s'appliquent à l'ensemble des personnes dont l'intérêt à obtenir un tel marché est affecté par une décision prise par un pouvoir adjudicateur* » et que sont visées « *toutes les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs qui sont soumises aux règles du droit de l'Union en matière de marchés publics* », sans qu'il n'y ait de « *restriction en ce qui concerne la nature et le contenu desdites décisions* ». Ainsi, même un « *soumissionnaire évincé d'une procédure de passation de marché public en raison d'une décision illégale du pouvoir adjudicateur* », doit avoir la possibilité d'être indemnisé « *au titre du préjudice subi du fait de la perte de chance de participer à cette procédure en vue d'obtenir le marché concerné* » (CJUE, 26 janvier 2023, HSC Baltic, C-682/21, points 63 et s. ; CJUE, 6 juin 2024, Ingsteel, C-547/22, point 48).

Ainsi, dans le contexte de la loi de 2010, l'intérêt à agir est circonscrit par la notion d'« *intérêt à obtenir un marché déterminé* » et la Cour approuve le juge de première instance, qui a, au visa de l'article 1er, dernier alinéa, de la loi de 2010, correctement retenu que « *pour déterminer l'intérêt ou la qualité à agir de la société SOCIETE1.) au sens du prédit article, il n'y a pas lieu de vérifier la compétitivité de cette dernière vis-à-vis d'autres opérateurs économiques ni partant ses chances (réelles) de se voir attribuer le marché litigieux* ».

La Cour ne saurait cependant suivre le raisonnement du juge de première instance, qui a estimé que la recevabilité de l'action de la société SOCIETE1.) était conditionnée par la preuve à rapporter par cette dernière, qu'elle avait « *pour le moins et en principe, fin juin-début juillet 2021, les capacités d'assurer l'exécution de la Phase 3 bis du LST* ».

En effet, exiger, au niveau du contrôle de la recevabilité de l'action, que le demandeur démontre disposer des capacités nécessaires pour « *exécuter* » le marché litigieux, comme l'a fait le juge de première instance, priverait la disposition consacrée à l'article 1er, dernier alinéa, de la loi de 2010, de sa raison d'être, étant

donné que le but de la Directive 2007/66/CE et de la loi de 2010 est d'assurer non seulement le respect des règles en matière de marchés publics, mais également que « *des procédures adéquates permettent non seulement l'annulation des décisions illégales, mais également l'indemnisation des personnes lésées par une violation du droit de l'Union* » (CJUE, 6 juin 2024, Ingsteel, C-547/22, point 41). Cet objectif serait compromis par une lecture trop restrictive de la notion d'« *intérêt à obtenir un marché déterminé* », cette notion devant, au contraire, être interprétée à la lumière des principes dégagés pour apprécier l'intérêt à agir en général, tels que résumés ci-avant.

Dès lors qu'il est constant en cause que la société SOCIETE1.) est, à l'instar de la société SOCIETE2.), un des trois principaux acteurs dans le domaine des analyses médicales au Grand-Duché de Luxembourg et qu'au début de la pandémie du Covid-19, aucun de ces acteurs n'avait les capacités pour mettre en œuvre le LST, tel qu'envisagé par l'ETAT, il y a lieu de retenir que la recevabilité de l'action de la société SOCIETE1.) n'est pas conditionnée par la preuve des capacités de cette dernière à exécuter le marché litigieux.

Les appels, tant principal qu'incidents, sont dès lors fondés en ce sens qu'il convient, par réformation de l'ordonnance du 24 mai 2022, de dire qu'il n'y a pas lieu de recourir à une mesure d'expertise afin de toiser la question de la recevabilité de l'action de la société SOCIETE1.). En conséquence, l'ordonnance du 19 juillet 2022 est à déclarer sans objet.

La question de la recevabilité n'ayant pas été toisée par le juge de première instance, qui s'est limité à recevoir la demande en la forme, à se déclarer compétent et à ordonner une mesure d'expertise, la Cour n'en est pas saisie par l'effet dévolutif de l'appel.

Quant à l'évocation, l'article 597 du Nouveau Code de procédure civile dispose :

« *Lorsqu'il y aura appel d'un jugement avant dire droit, si le jugement est infirmé et que la matière soit disposée à recevoir une décision définitive, les cours et autres tribunaux d'appel pourront statuer en même temps sur le fond définitivement, par un seul et même jugement.*

Il en sera de même dans le cas où les cours et autres tribunaux d'appel infirmeraient, soit pour vice de forme, soit pour toute autre cause, des jugements définitifs. »

L'évocation est une faculté dont dispose la juridiction d'appel de mettre fin au litige en statuant sur des questions non tranchées en première instance, si elle estime de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive. L'exercice de cette faculté relève de l'appréciation souveraine de la juridiction d'appel, qui, lorsque les conditions posées par l'article 597 précité du Nouveau Code de procédure civile sont remplies, est libre d'évoquer, même sans le consentement des parties ou si celles-ci s'y opposent, ou de refuser l'évocation, même en cas de demande unanime des parties en ce sens.

La société SOCIETE1.) sollicite l'évocation, tandis que l'ETAT et la société SOCIETE2.) s'y opposent, motif pris qu'ils souhaiteraient bénéficier d'un double degré de juridiction, notamment, pour les moyens d'irrecevabilité qu'ils ont soulevés et que le juge de première instance n'a pas abordés.

Si les conditions posées par l'article 597 précité du Nouveau Code de procédure civile pour permettre l'évocation sont remplies en l'espèce, la Cour retient qu'afin d'assurer un double degré de juridiction et, par-là, une bonne administration de la justice, il y a lieu de renvoyer l'affaire devant le juge de première instance.

Il convient encore de dire que la demande de la société SOCIETE2.) tendant au rejet d'une des pièces produites par la société SOCIETE1.) est sans objet, dès lors que la Cour n'y a eu aucun égard.

- Les demandes accessoires

Aucune des parties n'établissant l'iniquité requise par l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, leurs demandes respectives en allocation d'une indemnité de procédure ne sont pas fondées.

Eu égard à l'issue du litige en appel, les frais et dépens de cette instance sont à mettre à charge de chaque partie à hauteur d'un tiers.

Le présent arrêt n'étant pas susceptible d'un recours suspensif d'exécution, la demande de la société SOCIETE1.) tendant à l'exécution provisoire est sans objet.

P A R C E S M O T I F S

La Cour d'appel, douzième chambre, siégeant en matière d'appel selon la procédure de référé, statuant contradictoirement,

statuant en continuation de l'arrêt du 30 avril 2025,

dit recevable l'appel incident de l'ETAT DU GRAND-DUCHÉ DU LUXEMBOURG,

dit recevable l'appel incident de la SOCIETE2.), sauf en ce qu'il vise les frais et dépens de la première instance et l'indemnité de procédure sollicité lors de la première instance,

dit les appels principal et incidents partiellement fondés,

réforme l'ordonnance du 24 avril 2022**,**

dit qu'il n'y a pas lieu de recourir à une mesure d'expertise afin de toiser la question de la recevabilité de l'action de la société anonyme SOCIETE1.),

en conséquence, dit sans objet l'appel contre l'ordonnance du 19 juillet 2022,

renvoie l'affaire en continuation de cause devant la juridiction de premier degré autrement composée,

dit non fondées les demandes respectives des parties sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

dit sans objet la demande de la société anonyme SOCIETE1.) tendant à l'exécution provisoire de l'arrêt,

condamne chaque partie aux frais et dépens de l'instance d'appel à hauteur d'un tiers, avec distraction au profit de Maîtres Nicolas THIELTGEN et Serge MARX, pour la part qui les concerne, sur leurs affirmations de droit.