Texte pseudonymisé

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

Arrêt N° 054/25 – VII – REF

Audience publique du trente avril deux mille vingt-cinq

Numéro CAL-2024-00984 du rôle.

Composition:

Michèle RAUS, président de chambre;
Nadine WALCH, premier conseiller;
Françoise SCHANEN, conseiller ;
André WEBER, greffier.

E n t r e :

la société anonyme SOCIETE1.) S.A., 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 exploit de l'huissier de justice Gilles HOFFMANN de Luxembourg du 11 octobre 2024,

comparant 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,

2) la société anonyme SOCIETE2.) S.A., 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,

parties intimées aux fins du susdit exploit HOFFMANN du 11 octobre 2024,

la partie sub. 1) comparant par la société à responsabilité limitée ELVINGER DESSOY MARX S.à r.l., établie et ayant son siège social à L-1461 Luxembourg, 31, rue d'Eich, inscrite sur la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 251584, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Serge MARX, avocat à la Cour, demeurant à la même adresse.

la partie sub. 2) comparant par Maître Mario DI STEFANO, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 25 août 2021, la société SOCIETE1.) S.A. a fait donner assignation à l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg (ci-après l'Etat) et à la société SOCIETE2.) S.A. (ci-après la société SOCIETE2.)) à comparaître devant le Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, pour voir déclarer dépourvu d'effets, avec annulation rétroactive des obligations contractuelles, le marché public passé sans publication préalable d'un avis de marché par le Grand-Duché du Luxembourg en juin 2021 et visant à conférer à 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, et, en tout état de cause, voir condamner solidairement, sinon *in solidum* l'Etat et la société SOCIETE2.) à une indemnité de procédure de 5.000,- €. La société SOCIETE1.) S.A. a sollicité par ailleurs à voir prononcer l'exécution provisoire de l'ordonnance à intervenir nonobstant toutes voies de recours sur minute et avant enregistrement et sans caution.

Suivant ordonnance rendue en date du 24 mai 2022 par un Vice-président au Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme en matière de référé, en remplacement du Président dudit tribunal, la demande a été reçue et, avant tout autre progrès en cause, le Professeur Benoît KABAMBA-MUKADI de l'Université Catholique de Louvain, a été nommé expert avec la 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.) S.A. avait, fin juin - début juillet 2021, les capacités d'exécuter la Phase 3 bis du Large Scale Testing.

Les frais de l'expertise ont été mis à charge de la société SOCIETE1.) S.A., les droits des parties et les dépens ont été réservés et l'exécution provisoire de l'ordonnance nonobstant appel et sans caution a été ordonnée.

Le professeur Benoît KABAMBA-MUKADI a été remplacé par l'expert Paul LAPLUME suivant ordonnance d'un Vice-président au Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme juge des référés, du 19 juillet 2022.

De ces ordonnances, appel a été interjeté par la société SOCIETE1.) S.A. suivant exploit d'huissier du 11 octobre 2024 pour :

- à titre principal, 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 en juin 2021 et visant à conférer à la société SOCIETE2.) 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, condamner l'Etat au paiement d'une sanction financière de 3.324.285,- €, sinon tout autre montant majoré ou minoré fixé par la Cour, ce en application de l'article 11 de la loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics (ci-après la Loi recours) ;

- à titre encore plus subsidiaire, pour autant que la Cour considère nécessaire, sinon utile, ordonner une expertise judiciaire dans le cadre de l'application de la Loi recours, réformer partiellement l'ordonnance entreprise et 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* » ;

- confirmer l'ordonnance pour le surplus et

- condamner solidairement, sinon *in solidum*, l'Etat et la société SOCIETE2.) sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, à payer à la société SOCIETE1.) S.A. une indemnité de procédure de 5.000,- € pour chaque instance, ou toute autre somme même supérieure à arbitrer par la Cour, au paiement des frais et dépens de l'instance, avec distraction à Me Nicolas THIELTGEN qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance, et ordonner l'exécution provisoire de l'arrêt à intervenir nonobstant toutes voies de recours, sur minute et avant enregistrement et sans caution.

Les parties ont marqué leur accord à ce qu'un arrêt séparé soit pris sur la compétence, la recevabilité et la régularité de l'appel interjeté.

L'Etat soulève l'incompétence de la Cour d'appel saisie, sinon l'irrégularité de l'acte d'appel, sinon l'irrecevabilité de ce dernier, en ce que la Loi recours ne prévoirait pas de modalités quant à la procédure à suivre devant la Cour d'appel, de sorte que la procédure de droit commun devrait trouver application telle que prévue par l'article 585 du Nouveau Code de procédure civile et non pas la procédure spécifique de l'article 939 du même code, relative à l'appel en matière de référé, suivie par l'appelante.

Sinon, l'Etat invoque que le Président du Tribunal d'arrondissement, saisi d'une demande à voir déclarer un marché public dépourvu d'effets, prendrait une décision au fond et non au provisoire. Comme le juge de première instance a ordonné une mesure d'instruction, sans trancher une partie du principal, l'appel interjeté serait irrecevable en application de l'article 579 du Nouveau Code de procédure civile.

La société SOCIETE2.) se rallie aux moyens avancés par l'Etat.

La société SOCIETE1.) S.A. estime que la Cour serait compétente pour connaître de l'appel interjeté et que l'appel serait recevable pour avoir été introduit par assignation à date fixe suivant les dispositions de l'article 939 du Nouveau Code de procédure civile qui trouverait application en l'espèce comme l'article 9 de la Loi recours prévoirait que le Président du Tribunal d'arrondissement siège comme juge des référés.

La partie appelante raisonne par analogie aux jurisprudences faisant application des règles de procédure en référé aux recours contre les décisions dans lesquelles le juge siège « comme en matière de référé ».

L'appel étant soumis aux dispositions de l'article 939 du Nouveau Code de procédure civile, la société SOCIETE1.) S.A. estime que l'article 579 du même code ne trouverait pas application.

Appréciation de la Cour

Il convient de relever qu'est actuellement en cause une demande de la société SOCIETE1.) S.A. tendant à voir déclarer dépourvu d'effets un marché public exécuté par la société SOCIETE2.) et ce sur base de l'article 9 de la Loi recours qui prévoit qu'« *un marché est déclaré dépourvu d'effets par le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés* » sous certaines conditions.

Par ordonnance du 24 mai 2022, un Vice-président du Tribunal d'arrondissement a ordonné l'expertise prémentionnée, dont l'expert nommé a été remplacé par ordonnance du 19 juillet 2022.

La société SOCIETE1.) S.A. a interjeté appel contre ces décisions, en donnant assignation à date fixe devant « *la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, siégeant en matière d'appel des ordonnances rendues par le Président du tribunal d'arrondissement, siégeant comme juge des référés sur base des articles 9 et 10 de la Loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics.* »

Les articles 9 et 10 de la Loi recours ne prévoient pas de dispositions spécifiques quant à la procédure à suivre pour interjeter appel contre les décisions prises.

Le magistrat ayant siégé comme juge unique, il y a lieu de référer à l'article 948-1 du Nouveau Code de procédure civile qui prévoit que « *à moins qu'il n'en soit disposé autrement, dans tous les cas dans lesquels compétence est attribuée à un juge statuant comme juge unique, il est fait application des articles 934, 935, 936, 937 et 939. Par*

dérogation à l'article 934, premier alinéa, la demande peut être portée à une audience spécialement prévue pour ces affaires. »

Suivant les travaux parlementaires n° 6539B relative à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite, « (…) *la pratique montrerait de nombreux exemples où un magistrat du tribunal d'arrondissement siège seul. Ces dispositions légales éparses répondent à des régimes juridiques variés concernant notamment le magistrat concerné (le Président du tribunal d'arrondissement, le magistrat présidant la chambre civile, le magistrat présidant la chambre commerciale), les pouvoirs lui dévolus (pouvoirs au fond, pouvoirs en référé, pas d'indication) ou la procédure à suivre (délai, forme, procédure orale ou écrite, absence de précision). Concernant plus précisément les pouvoirs dévolus au magistrat, les formules utilisées sont très diverses, allant notamment de « statuant comme juge des référés » à « statuant en référé » en passant par « statuant en la forme des référés », « statuant dans la forme des ordonnances de référé », « statuant par voie de référé », « selon la procédure des référés» ou « comme en matière sommaire » ou ne comportant aucune précision. Un cas spécifique des dispositions concernées a été réglé par un arrêt de la Cour de cassation du 11 janvier 2018 (arrêt n° 03/2018), concernant les pouvoirs dévolus au Président du tribunal d'arrondissement par l'article 815-6 du Code civil. Si cet arrêt contribue à la clarification de la situation, il ne résout pas tous les problèmes. Dès lors, dans l'intérêt d'une plus grande sécurité juridique, il paraît judicieux d'uniformiser le régime de toutes les procédures concernées. Plutôt que de procéder à une modification textuelle de toutes les dispositions, la solution retenue prévoit l'introduction d'une disposition générale dans le Nouveau Code de procédure civile, à l'instar de l'article 492-1 du Code de procédure civile français, emportant application d'un régime juridique uniforme à toutes les mesures concernées. Le contenu de cette nouvelle disposition va, quant à la solution retenue, dans le sens de l'arrêt de la Cour de cassation précité. Pour le surplus, elle évite le risque d'oubli inhérent à un système de modification au cas pour cas et elle permet d'englober toute nouvelle formulation qui serait introduite dans les textes légaux dans le futur.* »

Cette nouvelle disposition a été introduite au Nouveau Code de procédure civile par la loi du 28 octobre 2022 portant création de la procédure de dissolution administrative sans liquidation et modifiant notamment le Nouveau Code de procédure civile, qui est entrée en vigueur le 1er février 2023.

Les ordonnances entreprises des 16 mai 2022 et 19 juillet 2022 sont antérieures à cette nouvelle loi, tandis que l'acte d'appel du 11 octobre 2024 y est postérieur.

En ce qui concerne l'application d'une loi nouvelle relative aux formes d'un recours dans le temps, il convient de relever que s'agissant des modalités d'exercice du recours, et comme pour les autres lois de forme, la loi applicable est la loi en vigueur à la date de l'acte (Cass. fr. 5 mars 1862. S.1863.1.28 ; DP 1862.1.452 ; Cass. fr. 21 mars 1908, S.1910.1.525. – CE fr. 26 janvier 2015, req. n°373715). L'exercice du recours suppose en effet un acte juridique nouveau qui sera régi par la loi en vigueur au jour de l'acte, à condition que l'application de la loi nouvelle à l'exercice du recours n'ait pas pour effet de limiter ou de remettre en cause la possibilité d'exercer ce recours (Encyclopédie Dalloz, Répertoire de procédure civile, Conflits de loi dans le temps, n° 65).

L’appel ayant été interjeté en date du 11 octobre 2024, sa régularité formelle est soumise à l’article 948-1 du Nouveau Code de procédure civile prémentionné.

Comme l’article 939 du Nouveau Code de procédure civile, auquel l’article 948-1 du code renvoie, règle la procédure en matière d’appel référé et prévoit que « *l'acte d'appel contient assignation à jour fixe »*, la Cour, qui a été saisie par exploit d’huissier prémentionné comme « *la Cour d’appel du Grand-Duché de Luxembourg, siégeant en matière d’appel des ordonnances rendues par le Président du tribunal d’arrondissement, siégeant comme juge des référés sur base des articles 9 et 10 de la Loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics »* avec assignation à une date fixe, est compétente pour connaître de l’appel interjeté, qui est régulier dans la forme .

L’articles 948-1 du Nouveau Code de procédure civile ne distinguant pas entre les affaires dans lesquelles le magistrat siège « au fond » ou au « provisoire », mais retient comme seul critère d’application qu’il a statué comme juge unique, tel qu’il est spécifié dans les travaux parlementaires prémentionnés, seules les dispositions spécifiques de l’article 939 du même code trouvent application au recours introduit contre une telle décision, à l’exclusion des dispositions de droit commun des articles 571 et suivants du code.

Il s’ensuit que même à supposer que le juge de première instance ait siégé comme « juge du fond » dans la présente affaire et qu’il se soit résumé à ordonner une mesure d’instruction, l’article 579 du Nouveau Code de procédure civile, disposant que seuls les jugements qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire peuvent être immédiatement frappés d'appel comme les jugements qui tranchent tout le principal, ne trouve pas application.

L’appel interjeté par la société SOCIETE1.) S.A. suivant exploit du 11 octobre 2024 est partant à déclarer recevable.

PAR CES MOTIFS :

La Cour d’appel, septième chambre, siégeant en matière d’appel des ordonnances rendues par le Président du Tribunal d’arrondissement, siégeant comme juge des référés sur base des articles 9 et 10 de la loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics, statuant contradictoirement,

donne acte aux parties qu’elles marquent leur accord à voir statuer par un arrêt séparé sur la compétence de la juridiction saisie, la régularité de l’appel interjeté par exploit d’huissier du 11 octobre 2024 et sur la recevabilité de l’appel,

se déclare compétent pour connaître de l’appel interjeté,

déclare l’acte d’appel régulier et recevable,

refixe l’affaire pour continuation des débats à l’audience du

mardi, 18 novembre 2025 à 15.00 heures,

dans la salle C.R. 2.28 – Salle d’audience – Bâtiment CR à la Cité judiciaire.