

Difficultés objectives : La Cour de justice de l'Union européenne considère qu'à défaut de clause prévoyant la possibilité d'adapter, même de façon importante, un marché public au cours de son exécution, une transaction motivée par des difficultés objectives ne saurait avoir pour objet de le modifier de manière substantielle (*Finn Frogne*)

Secteur public, Télécommunications, Autres services, Transaction juridique, Union Européenne, Définition du marché, Concession, Principe de transparence, Public Procurement

CJUE, 7 sept. 2016, Finn Frogne A/S, aff. C-549/14

Grégory Marson, Concurrences | N°83151, www.concurrences.com

Un marché public relatif à la fourniture d'un système global de communications commun à l'ensemble des services d'intervention d'urgence de l'État danois et à son entretien pendant plusieurs années (ci-après le "Marché") liait l'autorité publique compétente et son titulaire. Le Marché portait sur un montant d'environ 70 millions d'euros dont 40 millions correspondaient à une solution minimale décrite dans le dossier d'appel d'offres. Des difficultés apparurent au cours de l'exécution du Marché et les parties étaient parvenues à une solution consistant en une transaction aux termes de laquelle celui-ci serait réduit de moitié. Par ailleurs, la transaction prévoyait que deux fermes de serveurs centrales, qui devaient être originellement louées à l'autorité publique, seraient en fait acquises par celle-ci. Enfin, il était convenu que chaque partie renoncerait à tout droit résultant du Marché autre que ceux résultant de la transaction.

La question à laquelle la Cour de justice de l'UE (ci-après la "CJUE") devait répondre était en substance de déterminer si une transaction pouvait constituer une "*modification substantielle*" d'un marché public

au sens de l'arrêt *Pressetext* (CJUE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur*, aff. C-454/06, points 34 à 37), étant rappelé qu'une telle qualification implique, en principe et au préalable, de recourir à une nouvelle procédure de passation.

Par la réponse affirmative qu'elle apporte à la question posée, la CJUE confirme qu'elle retient une conception rigoriste de la notion de "*modification substantielle*" et ce malgré l'élément de souplesse qu'elle introduit in fine dans sa décision.

Une conception rigoriste de la notion de "*modification substantielle*"

En considérant, dans l'arrêt *Pressetext*, que le changement du titulaire d'un marché public constituait en principe une modification substantielle de celui-ci, la CJUE n'avait pas fait montre d'une compréhension pleinement satisfaisante des réalités de la vie économique. L'arrêt sous revue se situe dans le prolongement de l'arrêt *Pressetext* et confirme l'approche rigoriste développée jusqu'ici par le juge.

Dans cette affaire, la Cour de justice a dû se prononcer sur trois arguments soulevés par l'autorité publique danoise ayant pour objet de démontrer que la transaction en cause n'entraînait aucune modification substantielle du Marché.

En premier lieu, la Cour de justice devait déterminer si la notion de modification substantielle s'applique non seulement aux modifications à la hausse des marchés publics, notamment en termes de montant, mais aussi aux modifications à la baisse.

Ce point ne soulevait pas de difficulté sérieuse dans la mesure où, comme l'indique à juste titre le juge, "*une modification des éléments d'un marché consistant dans une réduction en importance de l'objet de celui-ci peut avoir pour conséquence de le mettre à la portée d'un plus grand nombre d'opérateurs économiques. En effet, pour autant que l'importance initiale de ce marché ait été telle que seules certaines entreprises étaient en mesure de présenter leur candidature ou de remettre une offre, une réduction de l'importance dudit marché est de nature à rendre celui-ci également intéressant pour des opérateurs économiques de moindre taille*" (point 29). Cette solution figure dorénavant à l'article 72-4 a) de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014, laquelle n'était pas applicable au cas d'espèce, et à l'article 139-5° a) du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

En second lieu, la Cour de justice devait répondre à l'argument selon lequel la modification du Marché aurait résulté non de la volonté délibérée des parties de renégocier ses termes mais de "*difficultés objectives*" aux "*conséquences imprévisibles*" rencontrées dans le cours de son exécution. Ces circonstances précises, qui excluent par définition toute volonté de contourner l'effectivité des règles de passation, auraient raisonnablement pu justifier une application libérale de la notion de modification

substantielle, laquelle aurait permis d'introduire une certaine flexibilité dans la conduite d'un contrat dont l'adaptation est devenue nécessaire.

Le juge a écarté l'argument en retenant une conception purement objective de la modification substantielle. Les modifications sont substantielles si, indépendamment de toute prise en considération de la volonté des parties, elles *“ont pour effet soit d'étendre le marché, dans une mesure importante, à des éléments non prévus, soit de changer l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire, ou encore si ces modifications sont de nature à remettre en cause l'attribution du marché, en ce sens que, dans l'hypothèse où lesdites modifications auraient été intégrées dans les documents ayant régi la procédure de passation du marché initial, soit une autre offre aurait été retenue, soit d'autres soumissionnaires auraient pu être admis”* (point 28).

Le juge européen avait déjà laissé entendre qu'il n'était pas prêt à suivre la solution qui lui était proposée. En effet, dans la décision *Belgacom* du 14 novembre 2013 (aff. C-221/12), la Cour de justice avait indiqué, à l'aune des exigences qui découlent des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination ainsi que de l'obligation de transparence qu'ils impliquent, qu'il n'était pas possible de modifier *“de façon substantielle un contrat de concession de services ou d'octroi de droit exclusif dans le but d'apporter une solution raisonnable propre à mettre fin à un litige survenu entre des entités publiques et un opérateur économique, pour des raisons totalement indépendantes de leur volonté, quant à la portée de la convention qui les lie”* (point 34).

En dernier lieu, et dans le cadre d'un argument lié au précédent, l'autorité publique avait soutenu que la qualification de modification substantielle ne pouvait être retenue car l'exécution de certains types de marchés publics comme celui en cause dans cette affaire (pour mémoire, il s'agissait de développement de systèmes informatiques) donne souvent lieu à des difficultés. En conséquence, le pouvoir adjudicateur devrait se voir reconnaître dans ces hypothèses une large marge d'appréciation afin de lui permettre d'adopter une solution raisonnable qui ne l'obligerait pas à rompre le contrat *“avec les risques et pertes que cela comporte”*.

La CJUE repousse la thèse en deux temps. Tout d'abord, elle rappelle que l'article 31 de la directive 2004/18/CE permet à un pouvoir adjudicateur de conclure un contrat de gré à gré pour les marchés qui se caractérisent par une réalisation aléatoire en raison de circonstances imprévisibles. Ces hypothèses, fixées de manière limitative, figurent dorénavant à l'article 32 de la directive 2014/24/UE et à l'article 30 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics. Or, ainsi que le constate la Cour de justice, la situation en cause au principal ne correspondait pas aux hypothèses visées par l'article 31 précité.

Dans un deuxième temps, la Cour de justice estime que *“le fait même que, en raison de leur objet, certains marchés publics peuvent être d'emblée considérés comme présentant un caractère aléatoire*

rend prévisible le risque de survenance de difficultés au stade de l'exécution. Partant, pour un tel marché, il incombe au pouvoir adjudicateur non seulement de recourir aux procédures de passation les mieux adaptées, mais encore de définir l'objet de ce marché avec précaution" (point 36). Le juge a donc retourné l'argument avancé en considérant que le pouvoir adjudicateur devait, pour ces marchés publics, s'entourer de toutes les garanties nécessaires au stade de leur passation.

L'introduction opportune d'un élément de souplesse durant la phase d'exécution du contrat

Face à un problème objectif qui entraîne une lourdeur dans la gestion du contrat dans la mesure où le pouvoir adjudicateur devra le résilier et engager une nouvelle procédure de passation, une interprétation plus constructive des normes communautaires de références aurait pu se justifier. Néanmoins, la Cour de justice ne laisse pas le pouvoir adjudicateur démuné et lui offre un élément de souplesse bienvenu, qu'elle avait d'ailleurs déjà souligné dans l'arrêt *Pressetext*.

La Cour de justice considère en effet que le pouvoir adjudicateur peut prévoir expressément dans le contrat que certaines de ses conditions d'exécution pourront faire l'objet de modifications, "*mêmes importantes*". Elle précise immédiatement les motifs qui la poussent à adopter cette position : "*En prévoyant explicitement cette faculté [de modification de certaines conditions d'exécution] et en fixant les modalités d'application de celle-ci dans lesdits documents, le pouvoir adjudicateur garantit que tous les opérateurs économiques intéressés à participer audit marché en aient connaissance dès le départ et soient ainsi sur un pied d'égalité au moment de formuler leur offre (voir, par analogie, arrêt du 29 avril 2004, Commission/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, points 112, 115, 117 et 118)*" (point 37).

A défaut de telles précisions figurant *ab initio* dans le contrat, les exigences qui découlent du principe d'égalité de traitement entre opérateurs économiques imposent au pouvoir adjudicateur d'ouvrir une nouvelle procédure de passation (point 38).

D'un point de vue pratique, les pouvoirs adjudicateurs seront sans doute particulièrement attentifs à la nécessité de faire figurer dans les documents d'appel d'offres des clauses permettant que des modifications, même importantes, soient apportées aux marchés publics au cours de leur exécution. En tout état de cause, l'existence de telles précisions conditionnera la légalité de ce qu'il est convenu d'appeler des "*avenants transactionnels*", lorsque ceux-ci auront pour objet d'entraîner une modification substantielle des contrats en cause.

Grégory Marson | Gibson Dunn & Crutcher (Paris) | GMarson@gibsondunn.com