

E-RJCP - mise en ligne le 29 novembre 2016

Thèmes :

- Principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence interdisant que le pouvoir adjudicateur et le titulaire du marché public, d'un contrat de concession de services ou de droit exclusif, apportent aux dispositions du contrat des modifications telles que ces dispositions présenteraient des caractéristiques substantiellement différentes.

- Modification substantielle à un marché public après son attribution ne pouvant pas être opérée de gré à gré par le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire, notamment par voie transactionnelle, y compris pour pallier des difficultés objectives.

- Modification substantielle s'analysant de manière objective et devant donner lieu à une nouvelle procédure de passation portant sur le marché ainsi modifié, sauf si cette modification était prévue par les clauses du marché initial.

- Modification substantielle lorsque le marché est étendu dans une mesure importante à des éléments non prévus, si l'équilibre économique du contrat est changé en faveur de l'adjudicataire, encore si ces modifications sont de nature à remettre en cause l'attribution du marché.

- Sont substantielles les modifications qui auraient conduits à ce qu'une autre offre aurait été retenue ou d'autres soumissionnaires auraient pu être admis, y compris en cas réduction en importance de l'objet qui aurait été plus intéressant pour les opérateurs économiques de moindre taille.

Résumé :

Les Faits :

L'État danois a lancé une procédure de passation de marché public, sous la forme d'un **dialogue compétitif**, pour la fourniture d'un **système global** de communications commun à l'ensemble des services d'intervention d'urgence et l'entretien de ce système durant plusieurs années et a signé un marché qu'il a transféré à une agence nationale.

Au cours de l'exécution dudit contrat, des **difficultés** apparurent quant au respect des délais de livraison, l'agence nationale et le titulaire se rejetant mutuellement la responsabilité quant à l'impossibilité d'exécuter le marché tel qu'il avait été prévu.

À la suite de négociations, les parties ont convenu d'un **règlement transactionnel** aux termes duquel le **marché serait**

réduit à la fourniture d'un système de communications par radio pour les corps de police régionaux, tandis que l'agence nationale **acquerrait** deux fermes de **serveurs centrales**, que le **titulaire avait lui-même acquises** dans le but de les louer à l'agence en exécution du marché initial. Dans le cadre de ce règlement, chaque partie envisageait de renoncer à tout droit résultant du marché initial autre que ceux résultant de la transaction.

Avant de finaliser cette transaction, l'agence nationale a publié au Journal officiel de l'Union européenne, un **avis** en cas de transparence ex ante volontaire **concernant l'accord transactionnel** qu'elle envisageait de conclure.

Une entreprise, qui n'avait pas demandé à être présélectionnée pour participer à la procédure d'appel d'offres concernant le marché initial, a introduit un recours devant les instances nationales.

L'analyse

1. Le **principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence** qui en découle font **obstacle** à ce que, après l'attribution d'un marché public, le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire apportent aux dispositions de ce marché des **modifications** telles que ces dispositions présenteraient des **caractéristiques substantiellement différentes** de celles du marché initial.

Tel est le cas pour des modifications dont les **effets** sont :

- 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**.

Tel est le cas si les modifications envisagées, dans l'hypothèse où lesdites modifications auraient été intégrées dans les documents ayant régi la procédure de passation du marché initial, **auraient conduits** à ce que :

- soit une **autre offre** aurait été retenue,
- soit d'**autres soumissionnaires** auraient pu être admis.

2. 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**.

Par ailleurs, les **niveaux minimaux** de capacités exigés pour un marché déterminé devant, aux termes de l'article 44, paragraphe 2, deuxième alinéa, de la directive 2004/18, être liés et proportionnés à l'objet du marché, une réduction de l'objet de celui-ci est de nature à entraîner une **réduction proportionnelle des exigences** de capacités requises des candidats ou des soumissionnaires.

3. En principe, une **modification substantielle** d'un marché public après l'attribution de celui-ci **ne peut pas être opérée de gré à gré** par le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire, mais doit donner lieu à une **nouvelle procédure de passation** portant sur le marché ainsi modifié.

Il n'en irait **autrement** que **si** cette modification avait été **prévue** par les clauses du **marché initial**.

4. **En l'espèce**, la modification du marché, qualifiée de substantielle, aurait résulté non pas de la volonté des parties de renégocier les termes essentiels du contrat qui les liait initialement, mais de **difficultés objectives**, et aux **conséquences imprévisibles**, rencontrées dans le cadre de l'exécution de ce contrat, difficultés dont certains intéressés ayant présenté des observations devant la Cour soulignent le caractère également imprévisible lorsqu'il s'agit de marchés complexes, tels que des marchés impliquant le développement de systèmes informatiques.

5. Toutefois, **ne sauraient justifier** que cette modification soit décidée sans respecter le principe d'égalité de traitement qui doit bénéficier à tous les opérateurs potentiellement intéressés par un marché public :

- **ni** le fait qu'une modification substantielle des termes d'un marché public soit motivée non pas par la volonté délibérée du pouvoir adjudicateur et de l'adjudicataire de renégocier les termes de ce marché, mais par leur **volonté de trouver un règlement transactionnel à des difficultés objectives** rencontrées dans le cadre de l'exécution dudit marché,
- **ni le caractère objectivement aléatoire** de certaines réalisations.

6. La qualification de **modification substantielle** doit s'analyser d'un point de vue **objectif**, en fonction des critères rappelés au point 1.

La volonté délibérée des parties de renégocier les termes de ce marché n'est pas un élément déterminant n'est pas une raison qui peut conduire le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire d'un marché à envisager une modification substantielle de celui-ci impliquant l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation d'un marché de gré à gré.

7 Il ne saurait être fait abstraction des **principes** d'égalité de traitement et de non-discrimination ainsi que de l'obligation de transparence qu'ils impliquent, qui découlent du traité FUE, lorsqu'il est envisagé 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.

Dès lors que ces principes et cette obligation constituent le fondement de l'article 2 de la directive 2004/18, ainsi qu'il apparaît à la lecture du considérant 2 de celle-ci, cet enseignement vaut également dans le cadre de l'application de cette directive.

8 Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer un **marché de gré à gré**, c'est-à-dire en négociant les termes du contrat avec un opérateur économique choisi sans publication préalable d'un

avis de marché, dans divers cas, dont plusieurs sont caractérisés par l'imprévisibilité de certaines circonstances.

Toutefois, ainsi qu'il résulte des termes de la dernière phrase de l'article 28, second alinéa, de cette directive, **seuls** les cas et circonstances spécifiques **expressément prévus** audit article 31 peuvent donner lieu à l'application de celui-ci, de sorte que l'énumération des exceptions concernées doit être considérée comme **limitative**. Or, il n'apparaît pas que la situation en cause au principal et du caractère objectivement aléatoire de certaines réalisations pouvant faire l'objet d'un marché public, corresponde à l'une de ces situations.

9 Par ailleurs, 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**.

En outre, le pouvoir adjudicateur peut se ménager la **possibilité** d'apporter certaines **modifications, même substantielles**, au marché, après l'attribution de celui-ci, pour autant qu'il l'ait **prévu dans les documents qui ont régi la procédure** d'attribution.

10 En effet, bien que le respect du principe d'égalité de traitement et de l'obligation de transparence doive être assuré même en ce qui concerne les marchés publics particuliers, cela n'empêche pas de prendre en considération les spécificités de ceux-ci.

La conciliation de cet impératif juridique et de cette nécessité concrète passe, d'une part, par le **strict respect des conditions d'un marché** telles qu'elles ont été fixées dans les documents de celui-ci jusqu'au terme de la phase d'exécution de ce marché, mais également, d'autre part, par la **possibilité de prévoir expressément, dans ces documents**, la faculté pour le pouvoir adjudicateur **d'adapter certaines conditions, même importantes**, dudit marché après l'attribution de celui-ci. En prévoyant **explicitement** cette faculté 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 **ped d'égalité** au moment de formuler leur offre.

11 En revanche, **à défaut de telles prévisions** dans les documents du marché, la nécessité d'appliquer, pour un marché public donné, les mêmes conditions à l'ensemble des opérateurs économiques requiert, en cas de modification substantielle de celui-ci, d'ouvrir une **nouvelle procédure de passation**.

► **Commentaire de Dominique Fausser :**

Voici qui, dans la lignée de l'arrêt CJCE, 19 juin 2008, affaire C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, met quasiment un terme au pouvoir de modification unilatérale des contrats, tel que l'envisageait Léon Blum, à l'époque Rapporteur au Conseil d'Etat, dans ses conclusions rendues à l'occasion de

l'arrêt CE, 11 mars 1910, req. n° 16178, Compagnie générale française des tramways, qui faisaient que les personnes publiques devaient pouvoir imposer à leurs cocontractants de suivre l'évolution des besoins des missions de service public, moyennant une juste indemnisation.

Cette notion fut réduite au fur et à mesure que surgissait les principes de la commande publique tant au niveau national, qu'en droit européen exigeant une concurrence libre et non faussée entre les entreprises européennes, faisant une application de plus en plus stricte des principes d'égalité de traitement et d'obligation de transparence, y compris jusque dans leur conséquence qui implique une exécution des marchés conformes à l'état de la concurrence qui a prévalu lors de leur dévolution.

L'essence publique des marchés publics ne réside plus que dans l'expression de ces principes concurrentiels tels qu'ils découlent du droit européen.

Les solutions dégagées par cet arrêt se retrouvent pleinement dans l'article 72 de la Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 27 février 2014, transposé aux articles 65 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et 139 et 140 de son décret d'application n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

La réforme des marchés publics de 2016 qui unifie dans un même corpus de règles l'ensemble des acheteurs sous dominance de pouvoirs publics, qu'ils soient de droit public ou de droit privé, concourt à cette banalisation des marchés publics à un tel point qu'on s'interroge désormais sur l'utilité d'avoir encore une double compétence juridictionnelle administrative et judiciaire pour en juger.

Le droit public rejoint donc le droit privé qui fait du contrat la loi entre les parties, loi devenant presque intangible en raison des principes concurrentiels ayant prévalu lors du choix du titulaire et qui sont à préserver tout au long de l'exécution du contrat sauf à quelques exceptions énoncées à l'article 139 dudit décret (repris essentiellement des anciens marchés publics négociés dispensés de publicité et de mise en concurrence) dont :

- les suppléments nécessaires dans la limite de 50 % du montant initial du marché, pour impossibilité économique ou technique de faire autrement du fait d'un inconvénient majeur ou d'une augmentation substantielle des coûts,
- les modifications dues à « des circonstances qu'un pouvoir adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir » et ne changeant pas la nature globale du marché et permettant des modifications en augmentation dans la limite de 50 % de la valeur initiale du marché à chacune d'elle.

L'obligation de publier ces modifications apportées à un marché public accroît le risque de contentieux, et dans la présente instance, c'est une entreprise pourtant non candidate qui a lu l'avis de modification qui s'est portée au contentieux avec succès.

Nul doute que l'interprétation du juge européen sur ces exceptions sera stricte, ce que d'ailleurs rappelle le présent arrêt, et se rapprochera de la notion d'absolue nécessité ou d'imprévisibilité et de force majeure :

- impossibilité objective de changer de titulaire,

- ou circonstances imprévisibles, irrésistibles et extérieures aux parties

et cela tout en appliquant le principe de proportionnalité: les suppléments ne doivent pas dépasser le niveau strictement nécessaire.

La seule réelle marge de manœuvre est au 6 de cet article 139 qui permet de présumer de modifications non substantielles, donc permises, tant que les montants cumulés des modifications (montant « net » selon la directive 2014/24), en neutralisant les effets de révision et indexation des prix, ne dépassent pas 10 % pour un marché de fournitures ou services et 15 % pour les marchés de travaux, mais si tant est que la « nature globale du marché public » ne soit pas changée (art. 65 de ladite ordonnance).

Hors cette marge de manoeuvre, il est donc peu probable que les travaux et services seulement indispensables à la réalisation de l'ouvrage selon les règles de l'art puissent encore être admis comme pouvant justifier une continuité de l'exécution du marché et son indemnisation, par leur effet déstabilisant l'état de la concurrence d'origine. La jurisprudence nationale jusqu'alors permissive en matière d'indemnisation du titulaire du marché publics (travaux : CE, 26 octobre 1988, n° 58253, *SA Etanc*, CE, 14 juin 2002, n° 219874, *Ville d'Angers* ; maîtrise d'oeuvre : CE, 10 février 2014, n° 365828, *Sté Arc Ame* ; et leurs nombreuses déclinaisons jurisprudentielles), va donc se réduire drastiquement.

Quant à l'exercice pour les acheteurs publics d'avoir à prévoir l'imprévisibilité telle qu'ils la présupposent et les conditions pour la pallier à insérer dans leur contrat, l'exercice risque d'être délicat vu l'orfèvrerie rédactionnelle requise :

Article 139 du dit décret :

« 1° Lorsque les modifications, quel qu'en soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de variation du prix ou d'options claires, précises et sans équivoque. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage ; ».

*

**

Cour de Justice de l'Union européenne
ARRÊT DE LA COUR (huitième chambre)

7 septembre 2016 (*)

« *Renvoi préjudiciel – Marchés publics – Directive 2004/18/CE – Article 2 – Principe d'égalité de traitement – Obligation de transparence – Marché relatif à la livraison d'un système de communications complexe – Difficultés d'exécution – Désaccord des parties quant aux responsabilités – Transaction – Réduction de l'ampleur du contrat – Transformation d'une location de matériel en une vente – Modification substantielle d'un marché – Justification par l'opportunité objective de trouver une solution amiable* »

Dans l'affaire C-549/14,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE introduite par la Højesteret (Cour

suprême, Danemark), par décision du 27 novembre 2014, parvenue à la Cour le 2 décembre 2014, dans la procédure

Finn Frogne A/S

contre

Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation,

LA COUR (huitième chambre),
composée de M. D. Šváby (rapporteur), président de chambre,
MM. J. Malenovský et M. Vilaras, juges,
avocat général : Mme E. Sharpston,
greffier : M. A. Calot Escobar,

vu la procédure écrite,

considérant les observations présentées :

- pour Finn Frogne A/S, par Mes K. Dyekjær, C. Bonde, P. Gjørtler, H. B. Andersen et S. Stenderup Jensen, advokater, ainsi que par M. J. Grayston, solicitor,
- pour le gouvernement danois, par M. C. Thorning, en qualité d'agent, assisté de Me P. Hedegaard Madsen, advokat,
- pour le gouvernement italien, par Mme G. Palmieri, en qualité d'agent, assistée de M. P. Grasso, avvocato dello Stato,
- pour le gouvernement autrichien, par M. M. Fruhmann, en qualité d'agent,
- pour la Commission européenne, par Mme L. Grønfeldt et M. A. Tokár, en qualité d'agents,

vu la décision prise, l'avocat général entendu, de juger l'affaire sans conclusions,

rend le présent

Arrêt

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 2 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO 2004, L 134, p. 114, et rectificatif JO 2004, L 351, p. 44).

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Finn Frogne A/S (ci-après « Frogne ») au Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation (centre de communication d'urgence de la police nationale, Danemark) (ci-après le « CFB ») au sujet de la régularité d'un accord transactionnel conclu par le CFB, en qualité de pouvoir adjudicateur, et Terma A/S, adjudicataire d'un marché public, dans le cadre de l'exécution de ce marché.

Le cadre juridique

Le droit de l'Union

3 Aux termes du considérant 2 de la **directive 2004/18** :

« La passation de marchés conclus dans les États membres pour le compte de l'État, des collectivités territoriales et d'autres organismes de droit public doit respecter les principes du traité, notamment les principes de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, ainsi que les principes qui en découlent,

comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence. Toutefois, en ce qui concerne les marchés publics dépassant un certain montant, il est recommandé d'élaborer des dispositions en matière de coordination communautaire des procédures nationales de passation de ces marchés qui soient fondées sur ces principes de manière à garantir leurs effets ainsi qu'une mise en concurrence effective des marchés publics. Par conséquent, ces dispositions de coordination devraient être interprétées conformément aux règles et principes précités ainsi qu'aux autres règles du traité. »

4 L'article 2 de cette directive, intitulé « Principes de passation des marchés », dispose :

« Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence. »

5 L'article 28 de ladite directive prévoit :

« Pour passer leurs marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs appliquent les procédures nationales, adaptées aux fins de la présente directive.

Ils passent ces marchés publics en recourant à la procédure ouverte ou à la procédure restreinte. [...] Dans les cas et circonstances spécifiques expressément prévus aux articles 30 et 31, ils peuvent recourir à une procédure négociée, avec ou sans publication d'un avis de marché. »

6 L'article 31 de la même directive est libellé comme suit :

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés publics en recourant à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché dans les cas suivants :

1) dans le cas des marchés publics de travaux, de fournitures et de services :

[...]

c) dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse, résultant d'événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs en question, n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures ouvertes, restreintes ou négociées avec publication d'un avis de marché visées à l'article 30. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs ;

[...]

4) dans le cas des marchés publics de travaux et marchés publics de services :

a) pour les travaux ou services complémentaires qui ne figurent pas dans le projet initialement envisagé ni dans le contrat initial et qui sont devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de l'ouvrage ou du service tel qu'il y est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui exécute cet ouvrage ou ce service :

– lorsque ces travaux ou services complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché initial sans inconvénient majeur pour les pouvoirs adjudicateurs,
ou

– lorsque ces travaux ou services, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement.

Toutefois, le montant cumulé des marchés passés pour les travaux ou services complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché initial ;

[...] »

7 La directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (JO 1989, L 395, p. 33), telle que modifiée par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007 (JO 2007, L 335, p. 31) (ci-après la « directive 89/665 »), comporte un article 2 quinquies, intitulé « Absence d'effets ». Aux termes de cet article :

« 1. Les États membres veillent à ce qu'un marché soit déclaré dépourvu d'effets par une instance de recours indépendante du pouvoir adjudicateur ou à ce que l'absence d'effets dudit marché résulte d'une décision d'une telle instance dans chacun des cas suivants :

a) si le pouvoir adjudicateur a passé un marché sans avoir préalablement publié un avis de marché au Journal officiel de l'Union européenne, sans que cela soit autorisé en vertu des dispositions de la directive 2004/18/CE ;

[...]

4. Les États membres prévoient que le paragraphe 1, point a), du présent article ne s'applique pas si :

– le pouvoir adjudicateur estime que la passation du marché sans publication préalable d'un avis de marché au Journal officiel de l'Union européenne est autorisée en vertu des dispositions de la directive 2004/18/CE,

– le pouvoir adjudicateur a publié au Journal officiel de l'Union européenne un avis exprimant son intention de conclure le marché, tel que décrit à l'article 3 bis de la présente directive, et

– le marché n'a pas été conclu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de publication de cet avis.

[...] »

Le litige au principal et la question préjudicielle

8 Au cours de l'année 2007, l'État danois a lancé une procédure de passation de marché public, sous la forme d'un dialogue compétitif, pour la fourniture d'un système global de communications commun à l'ensemble des services d'intervention d'urgence et l'entretien de ce système durant plusieurs années. Le CFB est devenu ultérieurement l'autorité publique compétente pour ce marché.

9 Ledit marché a été attribué à Terma. Le contrat conclu avec celle-ci le 4 février 2008 portait sur un montant total de 527 millions de couronnes danoises (DKK) (environ 70 629 800 euros), dont 299 854 699 DKK (environ 40 187 000 euros) correspondaient à une solution minimale qui était décrite dans le dossier d'appel d'offres, le surplus portant sur des options et des prestations qui ne feraient pas nécessairement l'objet d'une demande d'exécution.

10 Dans le cours de l'exécution dudit contrat, des difficultés apparurent quant au respect des délais de livraison, le CFB et Terma se rejetant mutuellement la responsabilité quant à l'impossibilité d'exécuter le marché tel qu'il avait été prévu.

11 À la suite de négociations, les parties sont convenues d'un règlement transactionnel aux termes duquel le marché serait réduit à la fourniture d'un système de communications par radio pour les corps de police régionaux, d'une valeur approximative de 35 000 000 DKK (environ 4 690 000 euros), tandis que le CFB acquerrait deux fermes de serveurs centrales, d'une valeur approximative de 50 000 000 DKK (environ 6 700 000 euros), que Terma avait elle-même acquises dans le but de les louer au CFB en exécution du marché initial. Dans le cadre de ce règlement, chaque partie envisageait de renoncer à tout droit résultant du marché initial autre que ceux résultant de la transaction.

12 Avant de finaliser cette transaction, le CFB a publié le 19 octobre 2010, au Journal officiel de l'Union européenne, un avis en cas de transparence ex ante volontaire concernant l'accord transactionnel qu'elle envisageait de conclure avec Terma, conformément à l'article 2 quinquies, paragraphe 4, de la directive 89/665.

13 Frogne, qui n'avait pas demandé à être présélectionnée pour participer à la procédure d'appel d'offres concernant le marché initial, a introduit un recours devant le Klagenævnet for Udbud (commission des recours en matière de marchés publics, Danemark) (ci-après la « commission des recours »). Avant de statuer au fond, celle-ci a refusé de conférer à ce recours un effet suspensif, par décision du 10 décembre 2010.

14 Ladite transaction a été conclue le 17 décembre 2010.

15 Le recours de Frogne devant la commission des recours a été rejeté par une décision du 3 novembre 2011.

16 L'action judiciaire introduite par Frogne à la suite de cette décision a également été rejetée par une décision de l'Østre Landsret (cour d'appel de la région Est, Danemark) du 20 décembre 2013.

17 Dans un premier temps, cette juridiction a jugé que la modification du marché initial telle qu'opérée par la transaction conclue entre le CFB et Terma a constitué une modification substantielle de ce marché, au sens de la jurisprudence de la Cour.

18 Dans un second temps, ladite juridiction a cependant considéré, d'une part, que cette transaction n'avait pas été le résultat de la volonté de Terma et du CFB de renégocier les termes essentiels du marché initial dans le but d'optimiser leur collaboration ultérieure dans des conditions sensiblement modifiées, mais avait constitué un règlement alternatif du litige survenu entre les parties se substituant à la résiliation de ce marché dans des circonstances où l'aboutissement de celui-ci était apparu impossible, règlement dans le cadre duquel chaque partie a accepté des renonciations importantes dans la perspective d'aboutir à une solution acceptable, d'une ampleur nettement réduite par rapport audit marché, tout en permettant d'éviter à chacune des risques de pertes vraisemblablement disproportionnées. D'autre part, rien ne permettrait de supposer

que l'intention du CFB ou de Terma avait été de contourner les règles de passation des marchés publics.

19 Dans de telles conditions, l'Østre Landsret (cour d'appel de la région Est) a considéré que les principes d'égalité de traitement et de transparence ne s'opposent pas à la conclusion de cette transaction pour autant qu'il existe un lien étroit entre le marché initial et les prestations prévues dans le cadre de celle-ci. Or, il en aurait été ainsi en ce qui concerne la fourniture d'un système de radiocommunications pour les corps de police régionaux, mais non pour la vente des deux fermes de serveurs centrales. En considération de ce dernier élément, cette juridiction a jugé que la décision du CFB de recourir à l'accord transactionnel en cause au principal et la conclusion de cet accord étaient contraires au principe d'égalité de traitement et à l'obligation de transparence. Le fait que la conclusion dudit accord ait permis au pouvoir adjudicateur de parer aux risques liés à une situation conflictuelle a été jugé sans incidence sur la licéité de cette conclusion.

20 Toutefois, l'Østre Landsret (cour d'appel de la région Est) a jugé que l'opinion du CFB selon laquelle la conclusion de l'accord transactionnel avec Terma était autorisée sans publication préalable d'un avis de marché conforme aux règles de l'Union n'était pas manifestement erronée. Prenant en considération l'avis en cas de transparence ex ante volontaire que le pouvoir adjudicateur avait publié au Journal officiel de l'Union européenne concernant la transaction dont la conclusion était envisagée, en application de l'article 2 quinquies, paragraphe 4, de la directive 89/665, et le fait que, avant de conclure celle-ci, il avait attendu non seulement l'expiration du délai de dix jours prévu à cette disposition, mais également que la commission des recours ait statué sur l'éventuel effet suspensif du recours introduit par Frogne devant cette dernière, ladite juridiction a estimé que cet accord ne pouvait pas être déclaré sans effet, de sorte qu'il n'y avait pas lieu de faire droit au le recours dont elle avait été saisie.

21 Devant la Højesteret (Cour suprême, Danemark), saisie par Frogne, cette dernière soutient que la question de savoir si un marché public envisagé dans le cadre d'une transaction relative à un marché public initial doit faire l'objet d'une procédure de passation dépend uniquement du caractère substantiel ou non de la modification ainsi apportée au marché initial. En l'occurrence, la modification serait substantielle, qu'il s'agisse de l'objet du marché tel que modifié ou de la valeur significativement réduite de celui-ci, le marché modifié ayant été susceptible d'intéresser de plus petites entreprises. Par ailleurs, des considérations de nature économique, pas plus que la protection de la situation de l'adjudicataire, ne pourraient être invoquées pour justifier une violation du principe d'égalité de traitement et de l'obligation de transparence.

22 Le CFB envisage les deux aspects de la transaction. En ce qui concerne, d'une part, la limitation du contrat à la fourniture d'un système de communications par radio pour les seuls corps de police régionaux, il souligne l'importance que revêtirait le fait que la modification a consisté dans une réduction considérable des prestations, situation qui ne serait pas régie par le droit de l'Union. S'agissant, d'autre part, de l'acquisition des fermes de serveurs centrales, dont seule la location était prévue dans le cadre du marché initial, il considère, en substance, que la

disposition de ces matériels en propriété, plutôt qu'en location, ne constitue pas une modification substantielle de ce marché.

23 Plus généralement, le CFB estime que, lorsque l'exécution d'un marché donne lieu à des difficultés, ce qui ne serait pas inhabituel dans certains types de marchés, tels que ceux relatifs au développement de systèmes informatiques, le pouvoir adjudicateur doit se voir reconnaître une large marge d'appréciation, afin de lui permettre de dégager une solution raisonnable en cas de difficultés d'exécution. À défaut, il serait placé dans l'obligation soit de renoncer à des adaptations raisonnables, soit de rompre le contrat, avec les risques et pertes que cela comporte. Interpréter la directive 2004/18 en ce sens qu'elle impose de recourir à une nouvelle procédure de passation de marché public en pareille hypothèse reviendrait, en pratique, à empêcher la conclusion d'une transaction, ce qui constituerait une ingérence dans le droit des obligations non autorisée par les traités.

24 La Højesteret (Cour suprême) s'interroge sur la portée de l'article 2 de la directive 2004/18, en particulier sur le point de savoir si le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence impliquent qu'un pouvoir adjudicateur ne puisse pas envisager de conclure une transaction pour résoudre les difficultés suscitées par l'exécution d'un marché public sans que naisse automatiquement l'obligation d'organiser un nouvel appel d'offres portant sur les termes de cet accord.

25 Selon cette juridiction, l'élément nouveau par rapport aux situations précédemment examinées par la Cour résiderait dans lesdites difficultés d'exécution, dont l'imputabilité à l'une ou à l'autre des parties est discutée, et, en définitive, la question pertinente serait de savoir si la possibilité existe de recourir à une transaction pour y mettre fin sans devoir organiser un nouvel appel d'offres.

26 Dans ce contexte, la Højesteret (Cour suprême) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :

« L'article 2 de la directive 2004/18, lu en combinaison avec les arrêts de la Cour du 19 juin 2008, presstext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351), et du 13 avril 2010, Wall (C-91/08, EU:C:2010:182), doit-il être interprété en ce sens qu'un accord transactionnel qui comporte des limitations et des modifications des prestations initialement convenues par les parties dans le cadre d'un marché ayant déjà fait l'objet d'un appel d'offres ainsi qu'une renonciation réciproque à l'exercice de moyens d'action sanctionnant l'inexécution, de façon à éviter un litige ultérieur, constitue un marché qui doit lui-même faire l'objet d'un appel d'offres dans l'hypothèse où l'exécution du marché initial se heurte à des difficultés ? »

Sur la question préjudicielle

27 Par sa question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 2 de la directive 2004/18 doit être interprété en ce sens que, après l'attribution d'un marché public, une modification substantielle ne peut pas être apportée à celui-ci sans l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation de marché même lorsque cette modification constitue, objectivement, un mode de règlement transactionnel, emportant

des renonciations réciproques de la part des deux parties, en vue de mettre un terme à un litige, dont l'issue est incertaine, né des difficultés auxquelles se heurte l'exécution de ce marché.

28 Il résulte de la jurisprudence de la Cour que le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence qui en découle font obstacle à ce que, après l'attribution d'un marché public, le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire apportent aux dispositions de ce marché des modifications telles que ces dispositions présenteraient des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial. Tel est le cas si les modifications envisagées 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 (voir en ce sens, notamment, arrêt du 19 juin 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, points 34 à 37).

29 Quant à ce dernier cas, il convient de relever qu'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. Par ailleurs, les niveaux minimaux de capacités exigés pour un marché déterminé devant, aux termes de l'article 44, paragraphe 2, deuxième alinéa, de la directive 2004/18, être liés et proportionnés à l'objet du marché, une réduction de l'objet de celui-ci est de nature à entraîner une réduction proportionnelle des exigences de capacités requises des candidats ou des soumissionnaires.

30 En principe, une modification substantielle d'un marché public après l'attribution de celui-ci ne peut pas être opérée de gré à gré par le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire, mais doit donner lieu à une nouvelle procédure de passation portant sur le marché ainsi modifié (voir, par analogie, arrêt du 13 avril 2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, point 42). Il n'en irait autrement que si cette modification avait été prévue par les clauses du marché initial (voir, en ce sens, arrêt du 19 juin 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, points 37, 40, 60, 68 et 69).

31 Il résulte toutefois de la décision de renvoi que, selon l'analyse de l'Østre Landsret (cour d'appel de la région Est), à laquelle se réfère la Højesteret (Cour suprême), la particularité de la situation en cause au principal réside dans le fait que la modification du marché, qualifiée de substantielle, aurait résulté non pas de la volonté des parties de renégocier les termes essentiels du contrat qui les liait initialement, au sens de la jurisprudence de la Cour susmentionnée, mais de difficultés objectives, et aux conséquences imprévisibles, rencontrées dans le cadre de l'exécution de ce contrat, difficultés dont certains intéressés ayant présenté des observations devant la Cour

soulignent le caractère également imprévisible lorsqu'il s'agit de marchés complexes, tels que des marchés impliquant le développement de systèmes informatiques, comme en l'occurrence.

32 Toutefois, il convient de constater que ni le fait qu'une modification substantielle des termes d'un marché public soit motivée non pas par la volonté délibérée du pouvoir adjudicateur et de l'adjudicataire de renégocier les termes de ce marché, mais par leur volonté de trouver un règlement transactionnel à des difficultés objectives rencontrées dans le cadre de l'exécution dudit marché, ni le caractère objectivement aléatoire de certaines réalisations ne sauraient justifier que cette modification soit décidée sans respecter le principe d'égalité de traitement qui doit bénéficier à tous les opérateurs potentiellement intéressés par un marché public.

33 S'agissant, premièrement, des raisons qui peuvent conduire le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire d'un marché à envisager une modification substantielle de celui-ci impliquant l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation, il convient de relever, d'une part, que la référence à la volonté délibérée des parties de renégocier les termes de ce marché n'est pas un élément déterminant. Certes, une telle intention est visée au point 44 de l'arrêt du 5 octobre 2000, Commission/France (C-337/98, EU:C:2000:543), premier arrêt dans lequel la Cour a examiné cette problématique. Toutefois, ainsi qu'il ressort des points 42 à 44 de cet arrêt, cette formulation présentait un intérêt de circonstance dans le cadre factuel spécifique de l'affaire ayant donné lieu audit arrêt. Au contraire, la qualification de modification substantielle doit s'analyser d'un point de vue objectif, en fonction des critères rappelés au point 28 du présent arrêt.

34 D'autre part, il résulte du point 40 de l'arrêt du 14 novembre 2013, Belgacom (C-221/12, EU:C:2013:736), qu'il ne saurait être fait abstraction des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination ainsi que de l'obligation de transparence qu'ils impliquent, qui découlent du traité FUE, lorsqu'il est envisagé 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. Dès lors que ces principes et cette obligation constituent le fondement de l'article 2 de la directive 2004/18, ainsi qu'il apparaît à la lecture du considérant 2 de celle-ci, cet enseignement vaut également dans le cadre de l'application de cette directive.

35 S'agissant, deuxièmement, du caractère objectivement aléatoire de certaines réalisations pouvant faire l'objet d'un marché public, il convient, certes, de rappeler que, conformément à l'article 31 de la directive 2004/18, les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer un marché de gré à gré, c'est-à-dire en négociant les termes du contrat avec un opérateur économique choisi sans publication préalable d'un avis de marché, dans divers cas, dont plusieurs sont caractérisés par l'imprévisibilité de certaines circonstances. Toutefois, ainsi qu'il résulte des termes de la dernière phrase de l'article 28, second alinéa, de cette directive, seuls les cas et circonstances spécifiques expressément prévus audit article 31 peuvent donner lieu à l'application de celui-ci, de sorte que l'énumération des

exceptions concernées doit être considérée comme limitative. Or, il n'apparaît pas que la situation en cause au principal corresponde à l'une de ces situations.

36 Par ailleurs, 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. En outre, ainsi qu'il résulte du point 30 du présent arrêt, le pouvoir adjudicateur peut se ménager la possibilité d'apporter certaines modifications, même substantielles, au marché, après l'attribution de celui-ci, pour autant qu'il l'ait prévu dans les documents qui ont régi la procédure d'attribution.

37 En effet, bien que le respect du principe d'égalité de traitement et de l'obligation de transparence doive être assuré même en ce qui concerne les marchés publics particuliers, cela n'empêche pas de prendre en considération les spécificités de ceux-ci. La conciliation de cet impératif juridique et de cette nécessité concrète passe, d'une part, par le strict respect des conditions d'un marché telles qu'elles ont été fixées dans les documents de celui-ci jusqu'au terme de la phase d'exécution de ce marché, mais également, d'autre part, par la possibilité de prévoir expressément, dans ces documents, la faculté pour le pouvoir adjudicateur d'adapter certaines conditions, même importantes, dudit marché après l'attribution de celui-ci. En prévoyant explicitement cette faculté 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).

38 En revanche, à défaut de telles prévisions dans les documents du marché, la nécessité d'appliquer, pour un marché public donné, les mêmes conditions à l'ensemble des opérateurs économiques requiert, en cas de modification substantielle de celui-ci, d'ouvrir une nouvelle procédure de passation (voir, par analogie, arrêt du 29 avril 2004, Commission/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, point 127).

39 Il y a lieu, enfin, de préciser que l'ensemble de ces développements sont sans préjudice des conséquences potentielles de l'avis en cas de transparence ex ante volontaire qui a été publié dans le cadre du marché en cause au principal.

40 Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre à la question posée que l'article 2 de la directive 2004/18 doit être interprété en ce sens que, après l'attribution d'un marché public, une modification substantielle ne peut pas être apportée à celui-ci sans l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation de marché même lorsque cette modification constitue, objectivement, un mode de règlement transactionnel, emportant des renoncations réciproques de la part des deux parties, en vue de mettre un terme à un litige, dont l'issue est incertaine, né des difficultés auxquelles se heurte l'exécution de ce marché. Il n'en serait autrement que si les documents dudit marché prévoyaient la faculté d'adapter

certaines conditions, même importantes, de celui-ci après son attribution et fixaient les modalités d'application de cette faculté.

Sur les dépens

41 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (huitième chambre) dit pour droit :

L'article 2 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doit être interprété en ce sens que, après l'attribution d'un marché public, une modification substantielle ne peut pas être apportée à celui-ci sans l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation de marché même lorsque cette modification constitue, objectivement, un mode de règlement transactionnel, emportant des renoncations réciproques de la part des deux parties, en vue de mettre un terme à un litige, dont l'issue est incertaine, né des difficultés auxquelles se heurte l'exécution de ce marché. Il n'en serait autrement que si les documents dudit marché prévoyaient la faculté d'adapter certaines conditions, même importantes, de celui-ci après son attribution et fixaient les modalités d'application de cette faculté.

Signatures