

# Modification et cession des marchés publics

Pour la première fois, les directives de 2014 et leurs textes de transposition ont entendu préciser l'articulation entre cession de contrat et obligations de publicité et mise en concurrence. Tout n'est cependant pas encore parfaitement clair et les premières interprétations jurisprudentielles de ces nouveaux textes seront les bienvenues.

Il y a une vingtaine d'années, un débat a vu le jour sur la question de savoir dans quelle mesure les règles de la commande publique, imposant en principe une mise en concurrence préalablement à l'attribution d'un contrat à une personne donnée, pouvaient s'accommoder d'une cession dudit contrat à un tiers au cours de son exécution<sup>(1)</sup>. La réponse devant être apportée à cette problématique a évolué et l'on peut distinguer trois temps : l'avis du Conseil d'État du 8 juin 2000, les arrêts Pressetext et Wall AG de la Cour de justice et, enfin, les directives de 2014 et leur transposition.

## L'avis du Conseil d'État du 8 juin 2000

Dans un premier temps, confirmant l'analyse qui pouvait raisonnablement être faite de l'état du droit<sup>(2)</sup>, le Conseil d'État a, très clairement, rappelé la liberté de principe de cession des contrats de la commande publique et l'incompatibilité avec celle-ci d'une remise en concurrence.

L'avis rendu par sa section des finances le 8 juin 2000 a, ainsi, énoncé que : « Lorsque l'autorisation de cession peut être légalement accordée, le Conseil d'État statuant au contentieux a toujours jugé que le choix du nouveau titulaire par le précédent cocontractant de l'administration n'était soumis à aucune procédure publique de mise en concurrence. [...] L'autorisation de cession ne peut légalement être refusée pour un motif autre que ceux qui résultent des décisions du Conseil d'État statuant au contentieux. Au nombre de ces motifs figure, notamment, l'appréciation des garanties professionnelles et financières que peut présenter le nouveau titulaire du contrat pour assurer la bonne fin du contrat

### Auteur

**Philippe Proot**  
AdDen avocats

### Mots clés

Marchés publics • Cession de contrat • Clause de réexamen  
• Restructuration • Cession de parts • Mise en concurrence

[1] E. Fatôme, « Les avenant », *AJDA* 1998, p. 760 ; N. Symchowicz, « Contrats administratifs et mise en concurrence. La question des cessions », *AJDA* 2000, p. 104.

[2] N. Symchowicz, préc.

[...]. Dès lors que l'autorisation de cession est légalement subordonnée à une telle appréciation préalable, l'on ne saurait envisager une procédure de publicité et de mise en concurrence, pouvant conduire au choix d'un nouveau titulaire du contrat. Une telle procédure n'a d'ailleurs jamais été requise par le Conseil d'Etat statuant au contentieux »<sup>[3]</sup>.

## Les arrêts *Pressetext* et *Wall AG* de la Cour de justice

Dans un deuxième temps, la Cour de justice des Communautés européennes est, toutefois, venue limiter cette liberté de cession d'un contrat dont l'attribution initiale a été précédée d'une procédure de publicité et de mise en concurrence.

Elle a en effet considéré que des modifications apportées aux dispositions d'un marché public pendant la durée de sa validité constituent une nouvelle passation de marché lorsqu'elles présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial et sont, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce marché ; ce dont il résulte alors l'obligation de mettre en œuvre une nouvelle procédure de passation.

Appliquant cette solution à l'hypothèse où la modification affecte la personne de l'attributaire, elle a considéré que : « En général, la substitution d'un nouveau cocontractant à celui auquel le pouvoir adjudicateur avait initialement attribué le marché doit être considérée comme constituant un changement de l'un des termes essentiels du marché public concerné, à moins que cette substitution ait été prévue dans les termes du marché initial, par exemple au titre de la sous-traitance », ou à moins qu'elle « représente, en substance, une réorganisation interne du cocontractant, laquelle ne modifie pas de manière essentielle les termes du marché initial », la cession en cause dans cette affaire étant opérée au profit d'une filiale détenue à 100 % par le cédant, qui disposait d'un pouvoir de direction, bénéficiait d'un contrat de transfert des pertes et des bénéfices, restait solidairement responsable et avait assuré le pouvoir adjudicateur que la prestation globale existante resterait inchangée<sup>(4)</sup>.

Cette décision est aussitôt apparue excessivement contraignante. Tout d'abord, il n'était pas précisé si la première exception pouvait jouer dès lors que le contrat se bornait à prévoir le seul principe d'une éventuelle cession sans mentionner l'identité du futur cessionnaire, la

référence à la notion de sous-traitance dans laquelle le cocontractant du pouvoir adjudicateur reste responsable de l'exécution du contrat n'étant au surplus pas la plus appropriée. Ensuite, la seconde exception paraissait antithétique avec la notion même de cession dont l'objet et l'effet sont normalement d'opérer un transfert complet de droits et obligations. Enfin, la Cour retenait une position ambiguë quant à l'hypothèse d'une cession de parts sociales :

– d'une part, elle paraissait l'assimiler à une modification substantielle du contrat en précisant que « Si les parts sociales [du cessionnaire] étaient cédées à un tiers pendant la durée du marché en cause au principal, il s'agirait non plus d'une réorganisation interne du cocontractant initial, mais d'un changement effectif de cocontractant, ce qui constituerait en principe le changement d'un terme essentiel du marché. Un tel événement serait susceptible de constituer une nouvelle passation de marché au sens de la directive » ;

– et, d'autre part, elle admettait néanmoins que si « une personne morale est constituée sous la forme d'une société anonyme cotée en Bourse, il résulte de sa nature même que son actionnariat est susceptible de changer à tout moment. En principe, une telle situation ne met pas en cause la validité de l'attribution d'un marché public à une telle société » et, des considérations analogues s'appliquant dans le cas d'une société coopérative, que « d'éventuels changements dans la composition du cercle des associés d'une telle coopérative n'entraînent pas en principe une modification substantielle du marché attribué à celle-ci ». Sans que l'on sache bien si ce qui était indifférent était la cession d'actions ou de parts sociales ou la seule éventualité qu'une telle cession survienne<sup>(5)</sup>.

Deux ans plus tard, l'arrêt *Wall AG* devait confirmer cette rigueur en transposant ces solutions aux concessions de services, pourtant non régies par les directives, et en jugeant qu'un « changement de sous-traitant, même lorsque la possibilité en est prévue dans le contrat, peut, dans des cas exceptionnels, constituer une modification de l'un des éléments essentiels du contrat de concession lorsque le recours à un sous-traitant plutôt qu'à un autre a été, compte tenu des caractéristiques propres de la prestation en cause, un élément déterminant de la conclusion du contrat »<sup>(6)</sup>.

## Les directives de 2014 et leur transposition

Ce sont ces solutions que, dans un troisième temps, les nouveaux textes ont entendu en partie retranscrire, préciser et quelque peu assouplir.

[3] CE avis, sect. des finances, 8 juin 2000, avis n° 141654-364803 : *AJDA* 2000, p. 758, note L. Richer ; *Contrats-Marchés publ.*, note F. Llorens ; *BJCP* 2001/15, p. 94, note E. Glaser.

[4] CJCE 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c/ Autriche*, aff. C-454/06, points 40 et 45-46 : *Contrats-Marchés publ.* n° 186, note W. Zimmer, et repère n° 9, note F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; *AJDA* 2008, note J.-D. Dreyfus ; *DA*, n° 132, note R. Noguellou ; *BJCP* 2008/60, p. 336, obs. RS. Voir aussi P. Proot, *JCPA* 2010, n° 2071.

[5] Points 46-53.

[6] CJUE 13 avril 2010, *Wall AG*, aff. C-91/08, pt 39, *AJDA* 2010, p. 946, note M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; *Contrats-Marchés publ.* 2010, n° 222, note W. Zimmer ; *RDI*, p. 385, note R. Noguellou ; *DA*, n° 109, note R. Noguellou ; *BJCP*, 2010/71, p. 259, obs. C.M.

## Trois hypothèses de cession dont deux transposées

La directive 2014/24/UE<sup>(7)</sup> a prévu en son article 72 « Modification de marchés en cours » que les marchés et les accords-cadres peuvent être modifiés sans nouvelle procédure de passation de marché conformément à la présente directive lorsqu'un nouveau contractant remplace celui auquel le pouvoir adjudicateur a initialement attribué le marché dans trois cas :

- « en application d'une clause de réexamen ou d'une option univoque » ;
- « à la suite d'une succession universelle ou partielle du contractant initial, à la suite d'opérations de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité, assurée par un autre opérateur économique qui remplit les critères de sélection qualitative établis initialement, à condition que cela n'entraîne pas d'autres modifications substantielles du marché et ne vise pas à se soustraire à l'application de la présente directive » ;
- et, enfin, « dans le cas où le pouvoir adjudicateur lui-même assume les obligations du contractant principal à l'égard de ses sous-traitants lorsque cette possibilité est prévue en vertu de la législation nationale »<sup>(8)</sup>.

Les deux premières hypothèses ont été transposées en droit interne par l'article 65 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et l'article 139 du décret n° 2016-360. Ce dernier définit ainsi, en son 4°, les deux cas dans lesquels un nouveau titulaire peut régulièrement remplacer le titulaire initial du marché.

D'une part, « en application d'une clause de réexamen ou d'une option conformément au 1° » du même article, c'est-à-dire sous la forme de clauses de réexamen ou d'options « claires, précises et sans équivoque, [indiquant] le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage ».

D'autre part, « dans le cas d'une cession du marché public, à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial, à condition que cette cession n'entraîne pas d'autres modifications substantielles et ne soit pas effectuée dans le but de soustraire le marché public aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Le nouveau titulaire doit remplir les conditions qui avaient été fixées par l'acheteur pour la participation à la procédure de passation du marché public initial ».

Ces dispositions, que l'on retrouve également en matière de marchés des entités adjudicatrices<sup>(9)</sup> et de concessions<sup>(10)</sup>, appellent plusieurs observations.

## Ce que l'on peut en déduire

En premier lieu, la directive paraît consacrer le caractère novatoire de la cession de contrat. Le Conseil d'État lui avait reconnu un effet translatif (la cession n'entraîne pas création d'un nouveau contrat, d'où l'absence de remise en concurrence même si c'est un marché public ou une convention de délégation de service public) et la Cour de justice *a priori* un effet novatoire (elle crée un nouveau contrat, susceptible comme tel d'une procédure de passation). En partant du principe qu'une « modification est considérée comme substantielle [...] lorsqu'un nouveau contractant remplace celui auquel le pouvoir adjudicateur a initialement attribué le marché » mais en admettant néanmoins que les marchés publics « peuvent être modifiés sans nouvelle procédure de passation de marché » dans certaines hypothèses limitativement énumérées de changement de cocontractant, la directive paraît bien reconnaître à la cession un caractère novatoire. Le remplacement du titulaire est bien constitutif, par nature, d'une modification substantielle et, pour cette raison, un texte exprès est nécessaire pour éviter le cas échéant une nouvelle procédure.

De fait, l'une des exceptions énoncées – l'hypothèse de la cession du marché en cas de restructuration du titulaire initial – est effectivement considérée comme une modification substantielle puisqu'elle n'est admise par l'un et l'autre texte que si elle n'entraîne pas « d'autres » modifications substantielles. Et si, bien que substantielle, elle est admise, c'est par réalisme, car cette restructuration est imposée par des circonstances liées à la vie (fusions...) ou aux aléas (insolvabilité) des affaires ; nécessité fait loi.

En deuxième lieu, et en conséquence, les exceptions prévues définissent de façon exhaustive les cas où un nouveau titulaire peut remplacer le titulaire initial sans mise en concurrence. En effet, tant la directive que le décret prévoient que le marché peut être modifié en cas de modification non substantielle et réputent substantielle toute modification ayant pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau cocontractant en dehors de ces cas.

En troisième lieu, ce n'est que dans l'hypothèse du remplacement lié à une opération de restructuration qu'il est expressément exigé, par la directive comme par le décret, que le nouvel opérateur remplisse les conditions initialement fixées pour la participation à la procédure de passation. Est-ce à dire que l'acheteur ne saurait

(7) Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

(8) Voir également les considérants 110 et 111 de la directive 2014/24/UE.

(9) Article 89 de la directive 2014/25/UE.

(10) Article 43 (§ 1, point d et § 4, point d) de la directive 2014/23/UE et articles 55 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 et 36 du décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016, ces textes étant applicables aux contrats de concession déjà en cours (article 78 de l'ordonnance).

exercer de contrôle sur les capacités du cessionnaire lorsque celui-ci est choisi en application d'une clause de réexamen ou d'option ? Ou bien ce contrôle est-il exercé au stade de la rédaction de la clause, ce qui supposerait que l'identité du futur cessionnaire soit alors d'ores et déjà connue ? À notre sens, l'acheteur doit nécessairement pouvoir exercer un contrôle « des garanties professionnelles et financières que peut présenter le nouveau titulaire du contrat pour assurer la bonne fin du contrat »<sup>(11)</sup> et celui-ci sera mis en œuvre lorsque ces garanties seront connues, sans que ce soit nécessairement au stade de la rédaction de la clause si elle se borne à prévoir le principe d'une cession.

En quatrième lieu, le décret paraît étrangement considérer que ce n'est que lorsqu'un nouveau titulaire en remplace un autre à la suite d'une opération de restructuration que l'on se trouve « dans le cas d'une cession du marché public ». Ce pourrait être lié au fait que c'est le seul cas où le texte évoque expressément une appréciation des capacités du nouveau titulaire. Plus certainement, cela paraît motivé par le fait que le décret n'a entendu viser que les opérations de restructuration conduisant à un transfert effectif du contrat à une nouvelle personne morale, ce que ne sont par exemple pas la « transformation régulière d'une société en une société d'une autre forme » ou le « changement de propriétaire des actions composant le capital social, même dans une proportion très largement majoritaire »<sup>(12)</sup>. De fait, si, au rebours de l'avis du 8 juin 2000, la directive paraît assimiler « acquisition » d'une société et remplacement du contractant initial, elle n'en fait de toute façon pas résulter pour autant l'obligation d'une nouvelle procédure de passation<sup>(13)</sup>.

En cinquième lieu, selon la Cour de justice, une clause de réexamen ou une option permettait auparavant des modifications substantielles<sup>(14)</sup>. La directive pourrait être en retrait puisque, d'une part, ces clauses « ne permettent pas de modifications ou d'options qui changeraient la nature globale du marché » et, d'autre part, « une modification d'un marché [...] en cours est considérée comme substantielle [...] lorsqu'elle rend le marché [...] sensiblement différent par nature de celui conclu au départ »<sup>(15)</sup>. Si l'on doit assimiler changement de nature

globale et modification substantielle, une clause ne pourrait donc plus permettre une telle modification<sup>(16)</sup>.

En sixième lieu, et même si tel devait être le cas, une clause de réexamen semble néanmoins permettre un changement de titulaire dans des hypothèses relativement variées, de la cession à une société dédiée d'ores et déjà connue au stade de la conclusion du marché à une cession à un tiers encore inconnu. En effet, si la cession du contrat doit donc procéder d'une clause de réexamen ou d'une option répondant aux différentes exigences énoncées, on ne saurait, en revanche, aller jusqu'à exiger que les stipulations y afférentes indiquent d'ores et déjà l'identité du futur cessionnaire. Plusieurs éléments paraissent militer en ce sens.

Premièrement, les textes ne le requièrent nullement au titre des exigences auxquelles les clauses de réexamen et options doivent satisfaire (être claires, précises et sans équivoques ; indiquer le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables, ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage). Quant à la limite qui leur est fixée de ne pas changer la nature globale du marché<sup>(17)</sup>, elle est *a priori* respectée lorsque la modification ne porte que sur la personne du cocontractant.

Deuxièmement, il est permis de penser que les textes ont entendu lever l'incertitude qui existait antérieurement sur ce point. En effet, après l'arrêt *Presstext* évoquant l'hypothèse selon laquelle une cession prévue dans les stipulations du contrat n'en constitue pas une modification soumise à mise en concurrence, la question s'était en effet posée de savoir quel était le degré de précision requis<sup>(18)</sup>. En ne formulant – en parfaite connaissance de cause – aucune exigence quant à une quelconque indication de l'identité du futur cessionnaire dans les clauses du contrat, la directive 2014/24/UE (comme les autres directives) a entendu lever l'ambiguïté résultant de la jurisprudence. Ce que la doctrine a aussitôt relevé<sup>(19)</sup>.

Troisièmement, une mention de l'identité du futur cessionnaire ne serait ni cohérente, ni justifiée. Elle ne serait pas cohérente dès lors qu'elle reviendrait, en pratique, à limiter les cessions aux hypothèses de cession du contrat à une société dédiée constituée par l'attributaire pour en assurer l'exécution ; soit une hypothèse qui pourrait être en conséquence redondante avec celle par ailleurs prévue dans le cas d'opérations de restructuration du titulaire initial si on entend celles-ci comme pou-

(11) CE 8 juin 2000, avis préc.

(12) CE 8 juin 2000, avis préc.

(13) Sur cette exception, voir les analyses de L. Richer, « L'avis du Conseil d'Etat du 8 juin 2000 sur la cession de contrat. Quinze ans après », *AJDA* 2014, p. 1925, et de N. Symchowicz et R. Lauret, « La question de la modification des marchés publics dans les nouvelles directives », *BJCP*, 2014/95, p. 263.

(14) CJUE 7 septembre 2016, *Finn Frogne A/S*, aff. C-549/14, pts 30, 36 et 38 : « 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 ».

(15) Article 72 § 1-a et § 4 de la directive 2014/24/UE. Voir aussi le cons. n° 111 de la directive 2014/24/UE : une clause de réexamen ou d'option « ne devrait cependant pas [...] laisser toute latitude en la matière ».

(16) En ce sens, voir H. Hoepffner, « La modification des contrats », *RFDA* 2016, p. 280, § 10.

(17) Articles 72 § 1-a de la directive et 139-5° du décret.

(18) R. Noguellou, *RDI* 2008, p. 501 : « La formule n'est pas très claire et l'on peut se demander si la Cour vise l'existence, dans le contrat, d'une clause de cession ou si, de manière plus précise, elle exige que le cessionnaire pressenti soit expressément visé ».

(19) R. Noguellou, « Les nouvelles directives et l'exécution des contrats », *AJDA* 2014, p. 853 ; R. Noguellou, « L'exécution des contrats de concession », *AJDA* 2016, p. 1008 ; N. Symchowicz et R. Lauret, préc. Pour une position inverse, voir L. Richer, *AJDA* 2014, préc.

vant l'englober. Elle ne serait pas davantage justifiée dès lors que, selon le point 34 de l'arrêt *Pressetext*, l'encadrement « des modifications apportées aux dispositions d'un [tel contrat] pendant la durée de sa validité » vise uniquement à « assurer la transparence des procédures et l'égalité de traitement des soumissionnaires ». Or, ces principes de transparence et d'égalité de traitement visent, précisément, à choisir non pas une personne déterminée mais, au contraire, une offre, après qu'il ait été vérifié qu'elle était présentée par un opérateur économique disposant des capacités nécessaires à l'exécution du contrat. De ce point de vue, exiger dès la conclusion du contrat qu'il y soit stipulé l'identité de l'éventuel futur cessionnaire n'apporterait strictement rien, le pouvoir

adjudicateur devant, en tout état de cause, autoriser la cession et ne pouvant le faire qu'après vérification des capacités du cessionnaire<sup>(20)</sup> et toute autre modification du contrat résultant de l'offre initialement choisie restant subordonnée au respect des autres conditions posées par les textes.

Nul doute que les premières décisions faisant application de ces nouvelles dispositions, à commencer par celles de la Cour de justice, seront bienvenues et lues de près.

---

(20) CE 8 juin 2000, avis préc.