

QUAESTIONES

Un président des États-Unis (F.-D. Roosevelt ?) a déploré que ses conseillers juridiques ne fussent pas manchots, car il était las des avis balançant entre « *on the one hand...on the other hand* ».

Nos *quaestiones* ne seront point conçues pour des manchots ; elles iront à rebours de ce vœu. Elles se focaliseront, au fil de l'actualité, sur la rencontre de *PRO* et de *CONTRA*.

-1-

VEOLIA-SUEZ-SUEZ EAU FRANCE : l'ombre d'un doute

Une des justifications avancées par la Commission européenne pour engager la réforme des directives sur les marchés publics qui a abouti en 2014 fut la nécessité d'améliorer la sécurité juridique.

À cet égard les directives entretiennent une relation complexe avec la jurisprudence de la CJUE. Schématiquement, on peut distinguer trois situations :

- les directives codifient la jurisprudence (ex. : les précisions sur la notion d'organisme de droit public ou celle de droits exclusifs) ;
- les directives écartent la jurisprudence (ex. : la possibilité d'examiner les offres avant les candidatures dans certains cas ; le in-house inversé) ;
- les directives clarifient la jurisprudence en ne reprenant que certaines de ses solutions (ex. : la définition de la concession).

Les règles énoncées par les directives 2014/23, 2014/24 et 2014/25 concernant la modification des marchés et concessions relèvent de la troisième catégorie.

En effet, pour l'essentiel les dispositions des directives sont des reprises des solutions de l'arrêt *Presstext* « dans leur logique générale, mais au prix de reformulations et d'ajouts de certaines modifications » (S. de La Rosa *Droit européen de la commande publique*, 2^e éd. , Bruylant, 2020, § 596).

Et aussi, faut-il ajouter, avec une omission ou, au moins, une ambiguïté qui est évoquée ci-après.

L'arrêt *Presstext* (CJCE 19 juin 2008 *presstext Nachrichtenagentur GmbH*, aff C-454/06), et, avec lui, les directives posent en principe que la substitution d'un nouveau cocontractant à celui auquel le pouvoir adjudicateur avait initialement attribué le contrat constitue une modification substantielle. Mais, par exception, la Cour de Justice a admis que certaines modifications de la personne du cocontractant sont possibles sans passation d'un nouveau marché. Tel est le cas lorsque l' « *arrangement représente, en substance, une réorganisation interne du cocontractant, laquelle ne modifie pas de manière essentielle les termes du marché initial* » (arrêt *Presstext*, point 45). Dans l'affaire *Presstext* il a été admis que ne constituait pas une modification importante le transfert du contrat à une filiale contrôlée à 100% par l'adjudicataire.

Mais qu'en est-il lorsque le changement porte sur l'actionnariat sans que la personnalité morale du titulaire du contrat soit affectée ?

Le point de départ de l'arrêt est que dans le cas de la cession des parts sociales à des tiers « *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 évènement serait susceptible*

de constituer une nouvelle passation de marché » (point 47 de l'arrêt). À cela il est fait exception, en particulier, lorsqu'il s'agit d'une société cotée (point 51). Suez Eau de France n'étant pas une société cotée, l'application de la solution de l'arrêt Presstext ferait que le changement d'actionnariat ne serait pas possible sans remise en concurrence.

Mais la directive ne remet-elle pas en cause la jurisprudence Presstext sur ce point précis ?

L'article 43 de la directive 2014/23 sur l'attribution des concessions permet le remplacement par un nouveau concessionnaire « consécutivement à une succession universelle ou partielle dans la position du concessionnaire initial, à la suite d'opérations de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité, d'un autre opérateur économique qui remplit les critères de sélection qualitatifs établis initialement ».

Cette rédaction laisse subsister deux doutes :

- le remplacement par un nouveau concessionnaire vise-t-il seulement le changement de personne morale ou englobe-t-il le « changement effectif de cocontractant » résultant d'une prise de contrôle ?

- l'opération de « restructuration » dans laquelle doit s'inscrire l'acquisition doit-elle être assimilée à la « réorganisation interne » visée par l'arrêt Presstext ou est-ce une notion plus ouverte englobant l'acquisition par un tiers ?

En ce qui concerne la première question la transposition française opte pour la première solution.

En effet, les articles R. 2194-6 et R. 3135-6 du Code de la commande publique permettent le changement de titulaire dans le cas de « cession » du marché ou de la concession, ce qui implique l'intervention d'une personne morale tierce (voir la définition de la cession de contrat dans l'avis du Conseil d'État du 8 juin 2000). Mais rien n'est précisé par le texte français au sujet de la « restructuration ». Pourrait-on considérer que l'acquisition par Veolia de tout ou partie de Suez, suivie de la cession de Suez Eau France est une restructuration ? Il est permis de s'interroger.

Toutefois, un auteur retient une interprétation restrictive des directives sur la base d'une interprétation fonctionnelle.

Selon le professeur Arrowsmith (*The Law of Public and Utilities Procurement*, 3e éd., 2014, p. 596) le but de ces dispositions est de prévenir les pratiques discriminatoires de la part des adjudicateurs, ce qui suppose que ceux-ci soient impliqués, par exemple, parce qu'ils détiennent un droit de veto. Ce n'est le cas que si le contrat, comme ce n'est pas rare, prévoit l'autorisation de l'autorité concédante en cas non seulement de cession, mais aussi de changement de contrôle. Si tel n'est pas le cas, l'opération se déroule sur le marché, en dehors de l'adjudicateur, elle est libre.

Il est à penser que le juge administratif pencherait pour une position analogue, mais, « *on the other hand..* ».