

2071 Cession de contrat : où en est-on un an et demi après l'arrêt *Presstext* ?

Étude rédigée par :

Philippe PROOT,

avocat au barreau de Paris, spécialiste en droit public, cabinet Symchowicz & Weissberg

Par son arrêt *Presstext* rendu le 19 juin 2008, la Cour de justice des Communautés européennes a retenu, en matière de cessions de contrats conclus après mise en concurrence, une solution nettement plus restrictive que celle admise par le Conseil d'État dans son avis du 8 juin 2000. À cet égard, la jurisprudence récente qu'elle a consacrée à des problématiques proches laisse douter d'un prochain assouplissement de sa position.

1 - On sait que, dans le premier arrêt qu'elle a véritablement consacré à la question des avenants et modifications aux marchés publics, la Cour de justice des Communautés européennes a fait preuve de sévérité¹. S'agissant plus particulièrement des cessions de contrats conclus après mise en concurrence, elle a notamment retenu une position nettement plus restrictive que celle qu'avait retenue le Conseil d'État dans son avis du 8 juin 2000². La doctrine commentant l'arrêt du juge communautaire n'avait toutefois pas manqué de souligner à l'époque qu'il s'agissait d'un premier arrêt et que sa position pourrait évoluer. Or, un an et demi après, force est de constater que, si la solution consacrée dans l'arrêt *Presstext* paraît en effet plus sévère que celle retenue par le Conseil d'État (1) et si la Cour n'a pas encore eu l'occasion de préciser dans quelles autres hypothèses ou à quelles conditions la cession d'un contrat originairement conclu après mise en concurrence pourrait être autorisée, le reste de sa jurisprudence, en l'état, n'incite pas à envisager de réel assouplissement (2).

1. Une solution communautaire plus sévère que celle du Conseil d'État

2 - Tout d'abord, on doit rappeler que, dans son arrêt, la Cour de justice des Communautés européennes retient une solution très restrictive en matière de cession de contrat soumis à mise en concurrence, en n'acceptant guère celle-ci que dans deux hypothèses assez spécifiques (A) et, somme toute, pour une large part, assez antithétiques de la notion de cession de contrat telle que la définit le Conseil d'État (B).

A. - L'interdiction de principe, au niveau communautaire, de la cession sauf clause contraire dans le contrat initial ou réorganisation interne du cocontractant

3 - En premier lieu, en effet, la Cour de justice des Communautés européennes est venue, notamment, prohiber toute modification apportée aux dispositions d'un marché public et constituant dès lors une nouvelle passation de marché au sens des directives lorsqu'elle présente des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial et est, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce marché, la Cour précisant ce qu'elle estime être des hypothèses de modification substantielle. Et, à ce titre, 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 ».

4 - Le principe est donc clair : la substitution d'un nouveau cocontractant est en principe interdite car révélant, en elle-même, une modification des termes fondamentaux du marché, même si le contenu de celui-ci demeure inchangé. La Cour envisage toutefois deux exceptions.

5 - La première, qu'elle s'empresse de préciser après son considérant de principe, concerne l'hypothèse où la substitution a été « prévue dans les termes du marché initial, par exemple au titre de la sous-traitance » ; ce qui suppose donc que cette problématique ait été anticipée. Et cela sans que l'on sache d'ailleurs quelle est la portée exacte de cette dérogation (simple stipulation de la cession ou stipulation de la cession et de l'identité du futur cessionnaire), comme l'a souligné la doctrine³, même s'il est à craindre que puisse être retenue l'hypothèse d'une évocation du futur cessionnaire, ce qui ne concer-

1. CJCE, 19 juin 2008, aff. C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH c/ Autriche* : *Contrats-Marchés publ.* 2009, n° 186, note Zimmer, et repère n° 9, note Llorens et Soler-Couteaux ; *AJDA* 2008, p. 2008, note Dreyfus ; *Dr. adm.* 2008, n° 132, note Noguellou ; *BJCP* 2008/60, p. 336, note Schwartz.

2. CE, avis, sect., 8 juin 2000, n° 141654-364803 : *AJDA* 2000, p. 758, obs. Richer ; *Contrats-Marchés publ.* 2000, chr. Llorens, *BJCP* 2001/15, p. 94, chr. Glaser.

3. R. Noguellou, préc. note 1-V. également, H. Hoepffner, *La modification du contrat administratif* : thèse, LGDJ, 2009, n° 167, p. 106.

nerait guère que le cas des sociétés dédiées constituées pour l'exécution du contrat.

6 - La seconde dérogation, reposant sur les circonstances de l'espèce, est relative à l'hypothèse où la cession ne constitue en réalité rien d'autre qu'une « réorganisation interne du cocontractant ». En effet, alors même que le marché en cause avait été cédé à une personne morale distincte, que le pouvoir adjudicateur rémunérait désormais directement pour les prestations objet du marché, la Cour considère que « le transfert de l'activité en question présente certaines caractéristiques particulières qui permettent de conclure que de telles modifications, introduites dans une situation telle que celle au principal, ne constituent pas le changement d'un terme essentiel du marché ». S'attachant à examiner le cas précis qui lui était soumis, elle admet ainsi la légalité au regard du droit communautaire des marchés publics de la cession en cause (celle-ci n'étant dès lors pas regardée comme la passation d'un nouveau marché) au motif que le cessionnaire était en l'espèce une filiale détenue à 100 % par le cédant, que ce dernier disposait d'un pouvoir de direction sur le cessionnaire, qu'il existait entre ces deux entités un contrat de transfert des pertes et des bénéfices, assumés par le cédant, et que le pouvoir adjudicateur avait été assuré que le cédant restait en outre responsable solidairement avec le cessionnaire et que la prestation globale existante resterait inchangée, la Cour en déduisant qu'« un tel arrangement représente, en substance, une réorganisation interne du cocontractant, laquelle ne modifie pas de manière essentielle les termes du marché initial ».

7 - Le tout en soulignant 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 92/50. Un raisonnement analogue s'appliquerait si la cession des parts sociales de la filiale à un tiers était déjà prévue au moment du transfert des activités en cause à celle-ci⁴ ». La Cour s'écarterait du Conseil d'État pour qui il n'y a pas cession « lorsqu'il est procédé à un changement de propriétaire des actions composant le capital social, même dans une proportion très largement majoritaire ».

8 - Ainsi, il importerait peu, dans cette hypothèse, que les autres circonstances précédemment relevées persistent (responsabilité solidaire du cédant avec le cessionnaire, accord de transfert des pertes et bénéfices, assurance que la prestation globale resterait inchangée) dès lors que, de par cette cession des parts du cédant au capital du cessionnaire, on se trouverait en présence, à en croire la Cour, d'une cession qui ne serait plus une simple réorganisation interne du cédant. « Ce qui soulève immédiatement une autre question : celle de savoir à partir de quel seuil un transfert de capital entraîne la conclusion d'un nouveau contrat ».⁵

9 - Ainsi, pour la Cour, la cession sans nouvelle mise en concurrence du contrat à un tiers, à une autre personne morale, ne paraît être acceptable que parce que, au fond, ce tiers n'en est pas réellement un, étant possédé et contrôlé à 100 % par le cédant. Lorsque ce n'est plus le cas, la mise en concurrence s'impose. Hormis ces deux hypothèses précises (autorisation stipulée dans le contrat / réorganisation interne), et avec toutes les nuances qui s'imposent, la cession ne serait donc pas possible.

B. - Une solution contraire à la solution nationale plus favorable au processus de cession

10 - En second lieu, cette solution apparaît, de ce fait, bien plus sévère et restrictive que celle du Conseil d'État telle qu'exposée dans son avis du 8 juin 2000 puisque, dans la majorité des cas de figure envisagés par la Cour, on n'est en réalité pas en présence d'une véritable cession de contrat au sens où le Conseil d'État entend celle-ci. Ce dernier, rappelons-le, énonce que : « D'une part, la cession d'un marché ou d'une délégation de service public doit s'entendre de la reprise pure et simple, par le cessionnaire qui constitue son nouveau titulaire, de l'ensemble des droits et obligations résultant du précédent contrat. [...] D'autre part, la notion de tiers auquel le contrat est cédé doit s'entendre d'une personne morale distincte du titulaire initial dudit contrat ».

11 - Ainsi, si pour la Cour, il y a bien cession lorsque le contrat est transféré à une personne morale distincte (les jurisprudences nationale et communautaire étant sur ce point en harmonie), celle-ci, pour ne pas être qualifiée de passation de contrat et, partant, soumise aux procédures y afférentes, paraît toutefois devoir être subordonnée, pour l'essentiel (et hormis peut-être le cas de l'autorisation préalable), à la condition selon laquelle le cédant reste en réalité responsable des droits et obligations transférés au cessionnaire, là où le Conseil d'État postule qu'une cession doit en principe s'entendre comme un transfert pur et simple. Et cela selon une position arrêtée du reste de fort longue date⁶.

12 - En d'autres termes, là où le juge national considère qu'une cession peut intervenir sans mise en concurrence et avec transfert de responsabilité (c'est l'objet même de la cession), la Cour de justice des Communautés européennes paraît estimer qu'une telle opération ne peut être envisagée que lorsque le cessionnaire conserve, directement ou indirectement, la responsabilité de l'exécution du contrat.

13 - Il est d'ailleurs notable que, s'agissant de la première dérogation admise par la Cour de justice des Communautés européennes, celle-ci se réfère, pour illustrer son propos, au cas de la sous-traitance, alors que le sous-traitant n'a, par principe, de lien de droit qu'avec l'entrepreneur principal, lequel reste responsable de l'exécution du contrat envers le pouvoir adjudicateur, ce que n'ont pas manqué de relever tant Rozen Noguellou, notamment au vu des conclusions de l'avocat général Juliane Kokott, qu'un avocat général près la Cour de justice des Communautés européennes dans de récentes conclusions⁷.

14 - Il est vrai que la Cour de justice des Communautés européennes envisage également d'emblée une hypothèse plus générale, tenant à ce que la cession a été prévue dans le contrat, et dont la sous-traitance n'est qu'une illustration. Il pourrait donc y avoir des hypothèses de cession dans lesquelles, semble-t-il, le cédant ne serait plus responsable solidairement avec le cessionnaire du contrat cédé et pour lesquelles une nouvelle mise en concurrence ne serait néanmoins pas requise, dès lors que cette cession aurait été prévue dans le contrat. Mais, outre l'incertitude pesant sur la portée exacte de cette dérogation ainsi qu'on l'a vu, force est de constater que cette dernière n'est jamais qu'une exception à un principe qui est donc celui de l'incessibilité du contrat dès lors qu'en général, un changement de cocontractant constitue un changement d'un terme essentiel du contrat ; ce qui est le contre-pied de la position arrêtée par le Conseil d'État qui, pour sa part, retient dans son avis la liberté de la cession comme principe⁸.

4. V. en ce sens, CJCE, 10 nov. 2005, aff. C-29/04, Comm. CE c/Autriche : Rec. CJCE 2005, I, 9705, pts 38 à 42.

5. H. Hoepffner, thèse préc., n° 167, p. 107. - V. également R. Noguellou, préc. note 2.

6. R. Noguellou, *La transmission des obligations en droit administratif* : thèse, LGDJ, 2004, n° 330, p. 188.

7. Y. Bot, concl. prononcées le 27 octobre 2009 sur aff. C-91/08, *Wall AG c/ Stadt Frankfurt am Main, Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH*.

8. V. F. Llorens et P. Soler-Couteaux, préc. note 1 ; R. Schwartz, préc. note 1.

15 - Quant à la seconde dérogation admise, c'est parce que le cocontractant reste solidairement responsable de l'exécution du contrat et que la prestation globale resterait donc inchangée que, nonobstant la cession du contrat à une autre personne morale, on ne se trouve finalement qu'en face d'une simple réorganisation interne du cocontractant, sans notamment cession de parts, qui ne changera donc rien pour le pouvoir adjudicateur, ce qui s'écarte là encore de l'interprétation du Conseil d'État⁹.

16 - En bref, la conception des cessions autorisées semble radicalement différente selon que l'on se place sous l'angle du droit communautaire ou du droit national. Alors que le Conseil d'État autorise la cession de parts sociales (et ce via une simple information de la collectivité, dès lors qu'elle ne change pas le titulaire du contrat) et la cession de contrat pour peu que le titulaire dispose des capacités suffisantes, la Cour de justice des Communautés européennes semble réserver cette faculté aux seuls cas de clauses contractuelles explicites et d'une réorganisation interne avec contrôle du cédant sur le cessionnaire. Et, cette situation (délicate) risque de perdurer puisqu'il paraît difficile, à ce jour, de considérer que les prochaines décisions de la Cour de justice des Communautés européennes sur la question seront forcément plus souples.

2. La jurisprudence récente de la Cour paraît conduire au maintien de cette solution

17 - Ensuite, en effet, il semble que, malgré les critiques dont cette solution a pu faire l'objet¹⁰ ou les évolutions envisagées par la doctrine, la jurisprudence de la Cour conduise, en l'état, à considérer que, sauf retournement de perspective, cette dernière n'entend pas assouplir ladite solution.

18 - Quelques mois après l'arrêt *Pressetext*, Paul Lignières a ainsi évoqué la perspective d'une évolution plus favorable de la jurisprudence de la Cour, par exemple dans des cas où n'existerait pas de clause de cession ou dans lesquels, dans le cadre d'une réorganisation interne d'un groupe de sociétés, le cédant ne resterait pas responsable de l'exécution du contrat, dès lors, dans le premier cas, que « le cédant pourrait démontrer que la cession ne change pas « l'un des termes essentiels du marché » c'est-à-dire que les candidats à l'appel d'offres n'auraient pas présenté une offre différente si une clause de cession avait figuré dans le projet de contrat soumis à leur analyse » et, dans le second cas, qu'il serait démontré que l'exécution du contrat resterait inchangée et que le cessionnaire présente des capacités identiques à celles du cédant¹¹.

19 - Mais, depuis, on doit toutefois relever, outre les termes relativement clairs de la décision litigieuse, plusieurs arrêts rendus par la Cour ou conclusions prononcées par ses avocats généraux qui, bien que relatifs à des questions légèrement différentes, conduisent à considérer qu'un changement de personne morale en charge de l'exécution d'un contrat soumis à mise en concurrence constitue une modification de l'un des termes essentiels dudit contrat, en dehors des exceptions admises dans l'arrêt *Pressetext*.

A. - La jurisprudence afférente aux prestations intégrées

20 - En premier lieu, la jurisprudence rendue par la Cour de justice des Communautés européennes en matière de prestations inté-

grées (ou « *in house* ») vient conforter cette analyse ; et ce, d'autant plus que l'avocat général y a fait expressément référence lorsqu'il a évoqué la notion de réorganisation interne du cocontractant dans ses conclusions sur l'affaire *Pressetext* : « La deuxième hypothèse est celle des réorganisations administratives de nature purement interne du cocontractant du pouvoir adjudicateur. Cela peut également englober le fait de faire entrer en jeu une de ses filiales dans le cadre de l'exécution du marché. Il n'est pas nécessaire dans la présente affaire de déterminer définitivement à quel point le lien entre l'adjudicataire et sa filiale doit être étroit dans un tel cas. En effet, en tout état de cause, sont visées les filiales contrôlées par l'adjudicataire d'une manière similaire à celle dont il contrôle ses propres services. Le fait de faire entrer en jeu une filiale dans l'exécution du marché s'apparente alors à un marché « *in-house* » du prestataire de services qui ne modifie pas en substance les conditions d'exécution du marché public, tout du moins d'un point de vue économique »¹².

21 - Rappelons brièvement que, selon cette exception, un marché conclu entre une collectivité territoriale (c'est-à-dire un pouvoir adjudicateur) et une personne échappe au respect de la directive « dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent »¹³, la Cour ayant précisé que cette exception ne pouvait jouer lorsque, au capital de la personne considérée, participait non seulement le pouvoir adjudicateur mais également une personne privée, dont les intérêts sont postulés comme nécessairement distincts et donc comme s'opposant à ce que l'on puisse considérer que le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne à qui le marché serait attribué un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services¹⁴.

22 - Or, dans un récent arrêt, la Cour de justice des Communautés européennes a rappelé que, « si le capital d'une société est entièrement détenu par le pouvoir adjudicateur, seul ou avec d'autres autorités publiques, au moment où le marché concerné est attribué à cette société, l'ouverture du capital de celle-ci à des investisseurs privés ne peut être prise en considération que s'il existe, à ce moment-là, une perspective concrète et à court terme d'une telle ouverture [et qu'il] en résulte que, dans une situation telle que celle au principal, où le capital de la société adjudicataire est entièrement public et où il n'y a aucun indice concret d'une ouverture prochaine du capital de cette société à des actionnaires privés, la simple possibilité pour des personnes privées de participer au capital de ladite société ne suffit pas pour conclure que la condition relative au contrôle de l'autorité publique n'est pas remplie », la Cour ajoutant ensuite incidemment qu'il « convient toutefois de préciser que, dans l'hypothèse où un marché aurait été attribué sans mise en concurrence à une société à capital public dans [de telles conditions], le fait que, ultérieurement, mais toujours pendant la durée de validité de ce marché, des actionnaires privés soient admis à participer au capital de ladite société constituerait un changement d'une condition fondamentale du marché qui nécessiterait une mise en concurrence »¹⁵.

23 - Comme dans l'arrêt *Pressetext*, la simple éventualité d'une cession de parts n'implique pas l'application des directives (ou du principe de transparence) et donc la nécessité d'une mise en concurrence. Mais, dès lors que celle-ci survient, on n'est plus en présence, selon le cas de figure considéré, d'une prestation « *in house* » ou d'une simple réorganisation interne du cocontractant, et l'attribution du

9. V. R. Noguellou, note préc. : « Nonobstant l'intervention d'une nouvelle personne morale, l'opération n'emporterait pas vraiment changement de cocontractant ». - V. également, W. Zimmer, note préc.

10. R. Noguellou, note préc. - H. Hoepffner, thèse préc., n° 167, p. 107.

11. P. Lignières, *Cession des contrats publics : que change l'arrêt de la CJCE du 19 juin 2008 ?* : Linklaters, nov. 2008.

12. J. Kokott, concl. prononcées le 13 mars 2008.

13. CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl*.

14. CJCE, 11 janv. 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle*.

15. CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-573/07, *Sea Srl c/ Comune di Ponte Nossa* : JCP A 2009, 2242, note Devès ; *Contrats-Marchés publ.* 2009, comm. 305, note Zimmer ; *AJDA* 2009, p. 2226, note Sermier et Epaud.

contrat ou sa cession devra être précédée d'une mise en concurrence¹⁶; ceci parce que l'on se trouve désormais en présence d'un véritable tiers (par rapport, selon le cas de figure, au pouvoir adjudicateur ou au cocontractant initial).

24 - On est dès lors tenté de considérer que, quand bien même l'exécution du contrat resterait inchangée, quand bien même le cessionnaire présenterait toujours les mêmes garanties et capacités (puisque seul son actionnariat changerait), une nouvelle mise en concurrence s'imposerait.

B. - La volonté de la Cour de justice des Communautés européennes de préserver intact le contenu du contrat mise en concurrence

25 - En deuxième lieu, et dans le même ordre d'idées, on peut relever une récente décision de la Cour de justice des Communautés européennes en matière de partenariats public-privé institutionnalisés¹⁷, c'est-à-dire de montages dans lesquels une personne privée est sélectionnée après mise en concurrence pour devenir l'associé du pouvoir adjudicateur au sein d'une société créée à cet effet, société à qui sera ensuite attribuée sans mise en concurrence un marché ou une concession. La mise en concurrence ayant eu lieu en amont (et ayant porté à la fois sur la personne privée destinée à devenir actionnaire et sur le futur contrat), il est possible d'attribuer sans mise en concurrence un contrat normalement soumis à mise en concurrence à une société à capital mixte, alors que – ainsi qu'on l'a vu – cela n'est normalement pas possible (l'exception de prestation *in house* ne pouvant jouer en pareille hypothèse).

26 - Dans l'arrêt par lequel elle valide un tel mécanisme, la Cour de justice des Communautés européennes prend toutefois soin de préciser, en se référant expressément à l'arrêt *Pressetext*, « qu'une société à capital mixte, public et privé, comme celle en cause au principal, doit garder le même objet social pendant toute la durée de la concession et que toute modification substantielle du contrat entraînerait une obligation de mise en concurrence »¹⁸. C'est donc ici le cas de figure symétrique au précédent qui est envisagé et encadré par la Cour : la personne cocontractante du pouvoir adjudicateur reste la même¹⁹, mais son contrat est en revanche modifié, ce que la Cour interdit (et l'on retombe là sur une autre modification de l'un des termes essentiels du contrat mentionnée dans l'arrêt *Pressetext* : la modification de l'objet du contrat²⁰).

27 - Si l'on croise ces différents cas de figure (cession d'un contrat, entrée au capital d'un prestataire intégré ou *in house*, élargissement de l'objet d'un contrat attribué à un PPPI), on voit bien que, ce que prohibe la Cour, c'est la dévolution à une personne, de quelque ma-

nière que ce soit, de prestations qu'elle pourrait assurer par le biais d'un contrat alors qu'elle n'aurait pas pris part à une procédure de mise en concurrence portant sur lesdites prestations. Ceci toujours au nom des principes d'égalité et de transparence. Des auteurs ont du reste récemment relevé « l'objectif poursuivi par la Cour de justice des Communautés européennes, qui est d'exclure qu'un opérateur privé puisse en aucune façon bénéficier du flux de revenu généré par l'attribution d'un contrat public sans mise en concurrence, que ce soit comme cocontractant direct ou comme actionnaire du cocontractant »²¹.

C. - Une extension jurisprudentielle envisagée pour des contrats non soumis aux directives

28 - En troisième lieu, on peut encore mentionner les conclusions sus-évoquées prononcées par l'avocat général Yves Bot le 27 octobre 2009 sur l'affaire C-91/08 *Wall AG* et dans lesquelles il est amené à considérer que la substitution, sans motif légitime et sitôt une concession de services conclue, d'un sous-traitant doit conduire à une nouvelle mise en concurrence de la concession dès lors que celle-ci a été attribuée au titulaire essentiellement au vu du sous-traitant qu'il avait proposé dans son offre.

29 - Si cette solution devait être confirmée par la Cour dans l'arrêt qu'elle rendra, celle-ci serait notable à plus d'un point de vue : premièrement, la solution de l'arrêt *Pressetext* serait étendue non pas à un marché public mais à une concession de services, laquelle n'est cependant soumise, en l'état du droit communautaire, qu'aux principes fondamentaux du Traité (égalité de traitement et non discrimination) et au principe de transparence qui en découle ; deuxièmement, l'obligation de remise en concurrence de la concession serait fondée non pas sur une substitution du cocontractant du pouvoir adjudicateur (le concessionnaire) mais sur une substitution de l'un de ses sous-traitants et ce, alors même que le contrat de concession prévoyait en l'espèce la possibilité d'un changement de sous-traitant et que le pouvoir adjudicateur y avait consenti.

30 - Cette solution devrait certes être cantonnée à l'hypothèse où « l'identité du sous-traitant est un élément essentiel sur lequel le pouvoir adjudicateur s'est fondé pour attribuer [le contrat] », et c'est parce que ce changement de sous-traitant, s'il était intervenu avant l'attribution de la concession, aurait pu conduire le pouvoir adjudicateur à retenir une autre offre qu'il a été regardé par l'avocat général comme une modification de l'un des termes essentiels du contrat. Mais la sévérité de la solution n'en doit pas moins être soulignée, car imposant une obligation de remise en concurrence alors même que l'on serait en présence d'une sorte de cession d'un sous-contrat, prévue par le contrat conclu avec le pouvoir adjudicateur et alors même que, s'agissant de sous-traitance, l'identité du cocontractant de ce dernier resterait inchangée de même que sa responsabilité dans l'exécution du contrat.

31 - De tout ceci, il résulte que, sauf revirement (ou prise en compte des inconvénients économiques d'une limitation trop importante des cessions de contrats), il apparaît peu probable que la Cour de justice des Communautés européennes en vienne à assouplir sa position en la matière.

32 - Dès lors, même s'il est difficile d'avoir une certitude sur ce point, on peut penser que, au vu de cet ensemble de solutions, il faut considérer comme douteux le fait que pourrait être renversée la présomption simple d'incessibilité des contrats publics en l'absence de clause de cession dès lors que le cédant démontrerait que la cession ne change pas l'un des termes essentiels du marché ou, dans le cas d'une réorganisation interne à un groupe, le fait que le titulaire du contrat pourrait céder son contrat à une autre société du groupe même s'il ne

16. Dans son commentaire de l'arrêt *Sea Srl*, Willy Zimmer estime toutefois pour sa part que, « plus qu'une remise en concurrence du contrat lui-même en cours d'exécution, il semble que ce soit, en réalité, la participation elle-même qui doit faire l'objet d'une procédure de mise en concurrence (pt 53) ».

17. Sur cette notion, V. *Commission des Communautés européennes, Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI)*, 5 févr. 2008.

18. CJCE, 15 oct. 2009, aff. C-196/08, *Acoset SpA c/ Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa*, pt. 62 : JCP A 2009, 2299, note Devès ; *Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 35, note Zimmer ; *AJDA* 2010, p. 105, note Dreyfus et Peltier.

19. Dans leur commentaire de l'arrêt *Acoset Spa*, Jean-David Dreyfus et Marc Peltier estiment que la Cour envisage également ici l'hypothèse d'un changement de parties au contrat, ce qui pourrait concerner l'absorption de l'associé privé ou la cession de ses droits sociaux.

20. Pour un exemple de modification de l'objet du contrat considérée comme constituant la passation d'un nouveau contrat, V. les conclusions prononcées le 11 février 2010 par l'avocat général Juliane Kokott sur l'affaire C-160/08 (*Comm. CE c/ République fédérale d'Allemagne*, pts 130-136).

21. R. Sermier et D. Epaud, note préc.

demeurait pas responsable de l'exécution de celui-ci dès lors qu'il démontrerait que cette exécution demeurerait inchangée et que le cessionnaire présente des capacités techniques et financières identiques à celles du cédant.

33 - Tout juste pourrait-on penser que, la solution retenue par la Cour dans l'arrêt *Pressetext* reposant sur les principes fondamentaux du Traité, il n'y aurait pas vocation à en faire application lorsque l'on se trouverait en présence de contrats ne présentant pas un caractère transfrontalier, la Cour ayant jugé que si le principe de transparence peut imposer à l'échelle communautaire la mise en œuvre d'une publicité adéquate de nature à assurer l'impartialité des procédures, ce n'est qu'à la condition que le marché concerné revête de par son importance un caractère « transfrontalier »²².

22. CJCE, 13 nov. 2007, aff. C-507/03, *Comm. CE c/ Irlande*, pts 29 et 34. – CJCE, 29 nov. 2007, *Comm. c/ Italie*, aff. C-119/06, pt 63. – CJCE, 21 févr. 2008, aff. C-412/04, *Comm. CE c/ Italie*, pt 66. – CJCE, 15 mai 2008, aff. C-147/06, *Secap SpA*, pt 21, JCP A, p. 2125, note Linditch. – CJCE, 17 juill. 2008, aff. C-347/06, *ASM Brescia SpA c/ Comune di Rodengo Saiano*. Mais cela est loin d'être certain (V. en ce sens, Fr. Llorens et P. Soler-Couteaux, note préc.).

34 - Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, il paraît donc aujourd'hui prudent et, en tout état de cause, opportun de stipuler expressément dans les marchés et concessions une clause de cession de contrat (rappelant au passage la nécessité d'un accord exprès du pouvoir adjudicateur). Cela ne constituera pas une garantie parfaite (tant que durera l'incertitude pesant sur la question de savoir si cette clause doit simplement prévoir la cession ou doit au surplus mentionner l'identité du futur cessionnaire) et cela ne sera pas aisé à mettre en œuvre, de la part des candidats, dans les contrats conclus dans le cadre de procédures formalisées sans négociation (puisque l'insertion d'une telle clause ne sera alors possible que si le pouvoir adjudicateur y a pensé spontanément) mais, en l'état, c'est probablement la meilleure façon de pouvoir ensuite opérer, en tant que de besoin, la cession d'un contrat considéré.

MOTS-CLÉS : *Contrats / Marchés publics - Cession de contrat*
Contrats / Marchés publics - Contrats « in house »

2072 Plein contentieux contractuel : le Conseil d'État crée l'action en validité contractuelle et la fonde sur le principe de loyauté contractuelle

Par l'arrêt *Ville de Béziers*, le Conseil d'État vient de créer un nouvel instrument du contentieux contractuel : l'action en contestation de validité du contrat, qui remplace désormais, l'ancien, et somme toute peu connu, recours en nullité. Destiné à préserver la loyauté des relations contractuelles, le nouveau recours est réservé aux seuls cocontractants et ne sanctionnera que les irrégularités les plus graves ou celles qui affectent le contrat lui-même.

CE, 28 déc. 2009, n° 304802, *Cne Béziers* : *JurisData* n° 2009-017292
Sera publié au *Lebon*

(...)

- Considérant, en premier lieu, que les parties à un contrat administratif peuvent saisir le juge d'un recours de plein contentieux contestant la validité du contrat qui les lie ; qu'il appartient alors au juge, lorsqu'il constate l'existence d'irrégularités, d'en apprécier l'importance et les conséquences, après avoir vérifié que les irrégularités dont se prévalent les parties sont de celles qu'elles peuvent, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, invoquer devant lui ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise et en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat ou, en raison seulement d'une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, son annulation ;
- Considérant, en second lieu, que, lorsque les parties soumettent au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire applica-

tion du contrat ; que, toutefois, dans le cas seulement où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, il doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel ;

- Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article 2-1 de la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, désormais codifiées à l'article L. 2131-1 du Code général des collectivités territoriales : « Les actes pris par les autorités communales sont exécutoires de plein droit dès lors qu'il a été procédé à leur publication ou à leur notification aux intéressés ainsi qu'à leur transmission au représentant de l'État dans le département ou à son délégué dans le département » ; que l'absence de transmission de la délibération autorisant le maire à signer un contrat avant la date à laquelle le maire procède à sa signature constitue un vice affectant les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement ; que, toutefois, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, ce seul vice ne saurait être regardé comme d'une gravité telle que le juge doive écarter le contrat et que le litige qui oppose les parties ne doive pas être tranché sur le terrain contractuel ; (...)

NOTE

Lue un peu rapidement, cette décision a été présentée comme la fin de la jurisprudence *Préfet de la Côte-d'Or*. On sait qu'en vertu de cette décision, les contrats passés par les collectivités publiques et soumis à l'autorisation préalable de signature par l'organe délibérant, ne peuvent être signés avant que la délibération autorisant la signature n'ait été transmise au contrôle de légalité, et plus largement ait obtenu un caractère exécutoire, notamment par sa publication (*CE, avis, 10 juin 1996, n° 176873, Préfet Côte-d'Or* : *JurisData* n° 1996-050479 ; *Rec. CE* 1996, p. 198 ; *D. 1997, jurispr.* p. 45, note F.-P. Bénéoit ; *RFD adm.* 1997, p. 83, note J.-Cl. Douence).

Bien entendu, le dernier considérant reproduit ci-dessus indique bien que la méconnaissance de l'article L. 2311-1 du Code général des