

Affaire C-461/20

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

24 septembre 2020

Jurisdiction de renvoi :

Högsta förvaltningsdomstolen (Suède)

Date de la décision de renvoi :

15 septembre 2020

Partie demanderesse :

Advania Sverige AB

Kammarkollegiet

Partie défenderesse :

Dustin Sverige AB

[OMISSIS]

PARTIE DEMANDERESSE AU PRINCIPAL

1. Advania Sverige AB [OMISSIS]

[OMISSIS] Stockholm (Suède)

2. Kammarkollegiet (agence suédoise des services juridiques, financiers et administratifs)

Statens Inköpscentral (centrale d'achat de l'État suédois)

[OMISSIS] Stockholm (Suède)

PARTIE DÉFENDERESSE AU PRINCIPAL

Dustin Sverige AB, [OMISSIS]

[OMISSIS] Stockholm (Suède)

DÉCISION ATTAQUÉE

Arrêt du Kammarrätten i Stockholm (cour d'appel administrative de Stockholm, Suède) rendu le 16 octobre 2019 [OMISSIS]

OBJET

Contrôle de la validité des accords ; demande de décision préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne

[OMISSIS] [Or. 2]

Le Högsta förvaltningsdomstolen (Cour suprême administrative, Suède) rend la présente

DÉCISION

Il est décidé, en application de l'article 267 TFUE, de saisir la Cour de justice de l'Union européenne de la demande de décision préjudicielle en annexe.

[OMISSIS] [Or. 3]

[OMISSIS]

Renvoi préjudiciel en application de l'article 267 TFUE, portant sur l'interprétation de l'article 72, paragraphe 1, sous d), ii), de la 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 (ci-après la « directive 2014/24 »).

Introduction

1. Après la mise en faillite du fournisseur initial, l'administrateur judiciaire * a cédé quatre accords-cadres au nouveau fournisseur. Par la présente saisine préjudicielle, le Högsta förvaltningsdomstolen (Cour suprême administrative ; ci-après la « juridiction de céans ») souhaite obtenir des clarifications sur le point de savoir si le nouveau fournisseur peut être considéré comme ayant succédé au fournisseur initial dans des conditions telles qu'il n'est pas nécessaire de mener une nouvelle procédure de passation de marché.

Dispositions applicables du droit de l'Union

2. Aux termes de l'article 72, paragraphe 1, sous d), ii), de la directive 2014/24, un accord-cadre peut être modifié sans nouvelle procédure de passation de marché

* Ndt : le texte original suédois utilise parfois, comme ici, le terme de « konkursboet » (la masse de la faillite) pour désigner l'administrateur judiciaire (konkursförvaltare).

lorsque l'entrepreneur auquel le pouvoir adjudicateur avait initialement attribué le marché est remplacé par un nouvel entrepreneur du fait qu'un autre opérateur économique qui remplit les critères de sélection qualitative établis initialement succède à titre universel ou particulier au fournisseur initial à la suite d'opérations de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité, 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 directive.**

3. Le considérant 110 de la directive 2014/24 dispose que, conformément aux principes d'égalité de traitement et de transparence, il ne devrait pas être possible de remplacer l'adjudicataire par un autre opérateur économique sans remise en concurrence du marché. En revanche, l'adjudicataire devrait pouvoir faire l'objet de certaines modifications structurelles durant l'exécution du marché (restructurations purement internes, rachats, fusions *et* acquisitions *ou* insolvabilité [italiques ajoutés]), sans que ces modifications structurelles requièrent automatiquement l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation de marché.

Dispositions applicables du droit national

4. Le chapitre 17, article 13, premier alinéa, de la lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (loi suédoise n° 1145 de 2016 sur les marchés publics, ci-dessous la « LOU ») prévoit qu'un marché ou un accord-cadre peut être modifié du fait qu'un fournisseur est remplacé par un autre fournisseur sans un nouvel appel d'offres, lorsque les conditions suivantes sont remplies :
 1. le nouveau fournisseur succède, à titre universel ou particulier, au fournisseur initial à la suite d'opérations de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité, et
 2. la circonstance qu'un nouveau fournisseur succède, à titre universel ou particulier, au fournisseur initial n'entraîne pas d'autres modifications substantielles du marché ou de l'accord-cadre. **[Or. 4]**

Il ressort du deuxième alinéa qu'un tel remplacement de fournisseur présuppose que le nouveau fournisseur ne doit pas être exclu [en vertu des motifs d'exclusion

** Ndt : les termes utilisés dans la version française de ladite disposition de la directive 2014/24 sont les suivants : « [...] les accords-cadres peuvent être modifiés sans nouvelle procédure de passation de marché [...] lorsqu'un nouveau contractant remplace celui auquel le pouvoir adjudicateur a initialement attribué le marché [...] 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 ».

prévus par la LOU] et qu'il remplisse les critères de sélection établis dans le marché initial.

Circonstances de la cause au principal

Contexte

5. La présente affaire porte sur quatre accords-cadres avec remise en concurrence qui ont été attribués par le Kammarkollegiet au moyen d'une procédure restreinte au titre de la lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (loi suédoise n° 1091 de 2007 sur les marchés publics), entre-temps abrogée. Les accords-cadres visent des achats d'ordinateurs, d'écrans d'ordinateurs, de tablettes, entre autres. Trois accords-cadres couvrent des zones géographiques différentes et le quatrième accord-cadre est un accord-cadre national. Dix-sept candidats remplissaient les conditions requises et ont été invités à passer la sélection. Dans le cas où plus de neuf candidats étaient admis à soumissionner, il serait procédé à une sélection en fonction des valeurs ajoutées globales attribuées les plus élevées.
6. Dustin Sverige AB (ci-après « Dustin ») et Misco AB (ci-après « Misco ») faisaient partie des neuf candidats qui, ayant obtenu les valeurs ajoutées les plus élevées, ont été invités à soumissionner. Advania Sverige AB (ci-après « Advania ») ne figurait pas parmi eux, mais comptait parmi les dix-sept candidats remplissant les conditions requises. Des accords-cadres ont été signés avec six fournisseurs au total dans chaque domaine. Misco s'est vu attribuer des accords dans l'ensemble des domaines. Dustin s'est vu attribuer des accords dans deux domaines.
7. Par lettre du 4 décembre 2017, Misco a demandé au Kammarkollegiet l'autorisation de céder les accords-cadres à Advania. Misco a été déclarée en faillite le 12 décembre 2017. Le 18 janvier 2018, l'administrateur judiciaire a conclu un accord avec Advania prévoyant la cession des accords-cadres. La cession a été autorisée par le Kammarkollegiet en février 2018.

Demande en nullité des accords-cadres

8. Dustin a saisi le Förvaltningsrätten i Stockholm (tribunal administratif siégeant à Stockholm, Suède), demandant à ce que les accords-cadres entre Advania et le Kammarkollegiet soient déclarés nuls. Dustin a allégué que la cession des quatre accords-cadres de Misco à Advania ne constituait pas une modification des accords-cadres autorisée au titre du chapitre 17, article 13, de la LOU, étant donné qu'Advania n'avait pas succédé à Misco à la suite d'une opération de restructuration de société. À l'appui de cette allégation, Dustin a fait valoir ce qui suit : on ne sait pas si Advania a repris les accords de sous-traitance de Misco. Il convient de constater que, hormis certaines informations, Advania n'a repris ni les systèmes de Misco, ni son personnel, ni ses actifs d'exploitation, ni aucun autre accord conclu par Misco dans le cadre de son activité, à l'exception précisément

des accords-cadres. La cession des accords-cadres n'a donc pas entraîné un changement fondamental de la structure de Misco, tel que requis par la loi suédoise. Le fournisseur en place n'a fait que céder les accords en question et cette cession ne constitue pas une opération de restructuration de société au sens de la disposition susmentionnée.

9. Le Kammarkollegiet a invoqué les points suivants : il ressort des informations qu'il a reçues qu'Advania a acquis la totalité de l'activité que Misco avait exercée aux fins de l'exécution des accords-cadres. En ce qui concerne la demande d'autorisation de Misco, le Kammarkollegiet a estimé que la cession en cause avait eu lieu en raison d'une opération de restructuration provoquée par l'insolvabilité de Misco et qu'il existait une continuité d'identité entre Misco qui a soumissionné, [Or. 5] a été sélectionnée et a signé des accords-cadres et Advania qui exécute ensuite lesdits accords. Cette appréciation était fondée sur le fait qu'Advania a repris l'ensemble des accords-cadres publics, y compris les marchés à bons de commande et les droits et obligations en découlant, les membres du personnel de Misco ayant joué un rôle déterminant dans l'exécution des accords (dans la mesure où ils souhaitaient rejoindre Advania), les sous-traitants auxquels Misco a fait appel pour accomplir ses engagements en vertu des accords ainsi que les systèmes, entre autres, qui sont nécessaires pour que Misco puisse exécuter ces accords. Advania a succédé à titre *universel* à Misco sur le plan des engagements tirés des accords-cadres et à titre *particulier* sur le plan des acquisitions réalisées.

Jugement du Förvaltningsrätten (tribunal administratif)

10. Le Förvaltningsrätten (tribunal administratif) a rejeté la demande en nullité formée par Dustin. Sur la question de savoir si les conditions du chapitre 17, article 13, premier alinéa, de la LOU, relatives au remplacement de fournisseur étaient remplies, le Förvaltningsrätten (tribunal administratif) a exposé ce qui suit : après avoir obtenu des précisions de la part de l'administrateur judiciaire de Misco et d'Advania sur ce que cette dernière société a acquis, le Kammarkollegiet est parvenu à la conclusion qu'il existe une identité entre ces deux sociétés et que Advania peut donc succéder à Misco en tant que fournisseur titulaire des accords-cadres. C'est le Kammarkollegiet qui supporte le risque [lié] au remplacement du fournisseur et qui dispose d'une certaine prérogative d'interprétation de la situation ainsi créée. Le tribunal estime que les circonstances invoquées par Dustin en l'espèce ne sont pas de nature à mettre cause le fait qu'Advania a acquis les accords-cadres de Misco et les branches de son activité permettant l'exécution de ces accords-cadres, comme le requiert le chapitre 17, article 13, de la LOU. Les accords-cadres ont été modifiés par le remplacement du fournisseur d'une manière correspondant à ce qu'il convient d'entendre par opération de restructuration de société.

Recours devant le Kammarrätten (cour d'appel administrative)

11. Dustin a formé un recours contre le jugement du Förvaltningsrätten (tribunal administratif) devant le Kammarrätten i Stockholm (cour d'appel administrative de Stockholm) en faisant valoir ce qui suit : l'instruction de la présente affaire n'étaye pas la conclusion selon laquelle Advania a repris les actifs de Misco dans la mesure retenue par le Kammarkollegiet dans sa décision d'autorisation de la cession. Cette agence suédoise n'a présenté aucun élément d'enquête au soutien du fait que des salariés de Misco ont effectivement été transférés à Advania ou que des systèmes ont été repris, à l'exception de certaines listes de données. Sur les sept accords de sous-traitance qui ont été déposés, quatre ont été conclus avant l'accord de cession, c'est-à-dire dans le cadre de l'activité initiale d'Advania, et aucun d'entre eux ne fait référence à Misco ou au fait qu'ils entraîneraient une reprise par Advania des relations contractuelles existantes. Advania n'a pas non plus repris d'autres accords-cadres passés avec des clients du secteur public. Ces circonstances montrent que, mis à part certaines listes d'informations, Advania a uniquement acquis les accords-cadres et qu'elle n'a donc repris aucune branche d'activité de Misco. On ne saurait considérer qu'une telle cession limitée permette de conclure qu'Advania a succédé à Misco à la suite d'une opération de restructuration de société.
12. Le Kammarkollegiet a soutenu le rejet du recours en exposant les raisons suivantes : nombres d'éléments plaident pour limiter l'examen à la seule question de savoir s'il y a eu une opération de restructuration de société. Le fait que la cession a eu lieu à la suite d'une insolvabilité, qui est une hypothèse expressément évoquée par le texte de loi suédois, donne à penser que le critère est satisfait. Puisque la faillite est un événement extraordinaire, l'insolvabilité est un type particulier d'opération de restructuration de société. Il est peu probable que Misco ait été mise en faillite afin [Or. 6] de faire commerce des accords-cadres.
13. Advania a soutenu le rejet du recours en faisant valoir les motifs suivants : dans le cadre de la procédure de faillite, Misco a mis fin à l'ensemble de l'activité de ses branches pour lesquelles une cession, notamment à Advania, n'était pas possible. Par conséquent, il importe peu de connaître les éléments précis qu'Advania a acquis de la masse de la faillite.

Arrêt du Kammarrätten (cour d'appel administrative)

14. Le Kammarrätten (cour d'appel administrative) a accueilli le recours de Dustin en concluant à la nullité des quatre accords-cadres entre Advania et le Kammarkollegiet. La juridiction d'appel a constaté que le Kammarkollegiet a autorisé la cession des accords-cadres en raison de l'insolvabilité de Misco. La juridiction d'appel a également exposé ce qui suit : en vertu de l'accord [du 18 janvier 2018], Misco a cédé, outre les accords-cadres, également les droits liés aux données du personnel de la société, des clients et des fournisseurs, aux statistiques et à l'historique des produits ainsi que le droit de reprendre les sous-traitants de la société et Advania s'est engagée à proposer à un certain

nombre de « salariés clés » des offres d'emploi aux conditions du marché. Il ressort de l'instruction de l'affaire qu'un salarié a depuis rejoint Advania. Il en ressort également que la liste des clients de Misco n'était pas, selon Advania, entièrement actualisée ou pertinente et que des clients de Misco avaient déjà changé de fournisseur. Aucun élément ne tend à prouver qu'Advania a repris certains des sous-traitants de Misco à la suite de l'accord de cession. Il n'existe pas non plus d'élément démontrant que d'autres accords-cadres publics ont été cédés. Au contraire, Dustin a présenté des informations démontrant que Misco était partie au moins à un autre accord-cadre public et que cet accord n'a pas été cédé à Advania. L'instruction de la présente affaire fait apparaître que, excepté les accords-cadres en cause, Misco n'a pratiquement cédé aucune activité à Advania. Selon le Kammarrätten (cour d'appel administrative), Advania ne peut donc pas être considérée comme ayant succédé à titre universel ou particulier à Misco, au sens du chapitre 17, article 13, de la LOU. C'est pourquoi la modification en l'espèce est une modification substantielle. Le Kammarkollegiet n'aurait pas dû autoriser le remplacement de fournisseur. Par conséquent, il est question d'une passation de marché de gré à gré non autorisée.

Positions des parties

Advania

15. Advania conclut à ce que la juridiction de céans annule l'arrêt du Kammarrätten (cour d'appel administrative) et confirme le jugement du Förvaltningsrätten (tribunal administratif) pour les raisons suivantes : Advania ne conteste pas l'appréciation de la juridiction d'appel sur ce qu'incluait la cession d'[éléments tirés] de la masse de la faillite. La présente affaire porte sur une opération de restructuration, ayant pour cause une insolvabilité et une mise en faillite subséquente, du fournisseur initial qui a abouti à la vente par l'administrateur judiciaire de branches de l'activité existante de ce fournisseur à Advania notamment. Il a été mis fin aux branches restantes de l'activité de la société en faillite. Advania a accepté de reprendre l'ensemble des obligations contractuelles de Misco et, par conséquent, lui a succédé à titre universel dans les accords-cadres. Ni la LOU ni la directive 2014/24 n'exigent que soit cédée une activité d'une certaine nature ou d'une certaine ampleur au nouveau fournisseur. Il est évident qu'il ne s'agit pas en l'espèce du cas de figure où seul un marché ayant fait l'objet d'un appel d'offres a été cédé et où l'activité du fournisseur initial s'est poursuivie normalement. **[Or. 7]**

Le Kammarkollegiet

16. Le Kammarkollegiet conclut à ce que la juridiction de céans annule l'arrêt du Kammarrätten (cour d'appel administrative) et déclare valides les accords-cadres pour les motifs suivants : la question centrale qui se pose en l'espèce est de savoir comment il convient d'interpréter les termes « succède à titre universel ou

particulier au fournisseur initial »^{***}. Le Kammarkollegiet estime qu'ils devraient être interprétés en ce sens que le fournisseur cessionnaire se substitue au fournisseur initial dans ses droits et obligations établis par l'accord-cadre ou le marché qui a été cédé. Dans le cas où il conviendrait d'interpréter lesdits termes en ce sens qu'il doit y avoir un transfert quelconque d'activité et une transmission quelconque de patrimoine, l'applicabilité de la disposition en cause s'en trouverait fortement limitée. Il est très improbable que le nouveau fournisseur continue l'exécution de la même manière que le fournisseur initial. Le point fondamental est que le nouveau fournisseur puisse exécuter le marché conformément aux conditions et aux exigences établies initialement. Lorsqu'un accord est partiellement cédé, cela n'aboutit pas nécessairement à procéder à d'autres modifications substantielles de cet accord.

Dustin

17. Dustin soutient que les pourvois doivent être rejetés pour les raisons suivantes : la disposition prévoyant que le nouveau fournisseur doit avoir succédé à titre universel ou particulier au fournisseur initial à la suite d'opérations de restructuration de société ne peut raisonnablement pas viser la reprise, par le nouveau fournisseur, de l'accord ayant fait l'objet d'un appel d'offres. Si tel était le cas, il serait possible d'acquérir des accords individuels ayant fait l'objet d'appels d'offres sans reprendre simultanément aucune branche de l'activité entrant dans le champ de ces accords. Cette approche donnerait quasi-libre cours au trafic d'accords ayant fait l'objet d'appels d'offres. Une telle interprétation permettrait également de ne reprendre qu'une partie des droits et obligations découlant de l'accord, ce qui serait difficilement compatible avec la condition selon laquelle le remplacement de fournisseur ne doit pas entraîner d'autres modifications substantielles de l'accord. Force est d'admettre que la dérogation prévue pour le remplacement de fournisseur lors d'opérations de restructuration de société présuppose que le [remplacement opéré] vise principalement à ce que le nouveau fournisseur reprenne tout ou partie de l'activité entrant dans le champ de l'accord et que le transfert de l'accord lui-même, c'est-à-dire le changement de fournisseur, est l'accessoire par rapport au transfert d'activité. Le fait que le nouveau fournisseur succède au fournisseur initial comme partie à l'accord en question est la conséquence de la modification apportée et non pas la condition nécessaire à la réalisation de celle-ci.

Nécessité du renvoi préjudiciel

18. L'interprétation de la disposition relative au remplacement du fournisseur de l'article 72, paragraphe 1, sous d), ii), de la directive 2014/24 est décisive pour la solution du litige dont la juridiction de céans est saisie. La solution du litige suppose une interprétation de ce qu'il faut entendre par une personne « succède à

^{***} Ndt : les termes utilisés dans la version française de la disposition en cause de la directive 2014/24 sont « à la suite d'une succession universelle ou partielle du contractant initial ».

titre universel ou particulier au fournisseur initial à la suite d'opérations de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité » ****.

19. La Cour de justice de l'Union européenne ne s'est pas prononcée sur l'interprétation de cette disposition dans un contexte tel que celui de la présente espèce. La juridiction de céans est d'avis que la juste interprétation de cette disposition n'est pas évidente.
20. Par ces motifs, la juridiction de céans estime nécessaire de saisir la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel. **[Or. 8]**

Question préjudicielle

21. Le fait qu'un nouveau fournisseur a repris les droits et les obligations du fournisseur initial découlant d'un accord-cadre après que cet accord lui a été cédé par l'administrateur judiciaire suite à la mise en faillite du fournisseur initial implique-t-il que le nouveau fournisseur doit être considéré comme ayant succédé au fournisseur initial dans les conditions visées à l'article 72, paragraphe 1, sous d), ii), de la directive 2014/24 ?

**** Ndt : voir les deux notes du traducteur précédentes.