ARRÊT DE LA COUR (troisième chambre)

19 juin 2008*

Dans l'affaire C-454/06,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 234 CE, introduite par le Bundesvergabeamt (Autriche), par décision du 10 novembre 2006, parvenue à la Cour le 13 novembre 2006, dans la procédure

pressetext Nachrichtenagentur GmbH

contre

Republik Österreich (Bund),

APA-OTS Originaltext-Service GmbH,

APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung,

* Langue de procédure: l'allemand.

LA COUR (troisième chambre),

composée de M. A. Rosas, président de chambre, MM. U. Lõhmus, J. N. Cunha Rodrigues (rapporteur), A. Ó Caoimh et A. Arabadjiev, juges,

avocat général: M^me^ J. Kokott,
greffier: M. B. Fülöp, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 24 janvier 2008,

considérant les observations présentées:

— pour pressetext Nachrichtenagentur GmbH, par M^e^ G. Estermann, Rechtsanwalt,

— pour la Republik Österreich (Bund), par MM. A. Schittengruber et C. Mayr, en qualité d'agents,

— pour APA-OTS Originaltext-Service GmbH et APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, par M^e^ J. Schramm, Rechtsanwalt,

— pour le gouvernement autrichien, par MM. M. Fruhmann et C. Mayr, en qualité d'agents,

— pour le gouvernement français, par M. J.-C. Gracia, en qualité d'agent,

— pour le gouvernement lituanien, par M. D. Kriaučiūnas, en qualité d'agent,

— pour la Commission des Communautés européennes, par MM. D. Kukovec et R. Sauer, en qualité d'agents,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 13 mars 2008,

rend le présent

Arrêt

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1), et de 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 L 395, p. 33), telle que modifiée par la directive 92/50 (ci-après la «directive 89/665»).

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant pressetext Nachrichtenagentur GmbH (ci-après «PN»), d'une part, à la Republik Österreich (Bund), à APA-OTS Originaltext-Service GmbH (ci-après «APA-OTS») et à APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung (ci-après «APA»), d'autre part, au sujet d'un marché portant sur les services d'agence de presse.

Le cadre juridique

La réglementation communautaire

3 L'article 3, paragraphe 1, de la directive 92/50 dispose:

«Pour passer leurs marchés publics de services ou pour organiser un concours, les pouvoirs adjudicateurs appliquent des procédures adaptées aux dispositions de la présente directive.»

4 Aux termes de l'article 8 de cette directive:

«Les marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe I A sont passés conformément aux dispositions des titres III à VI.»

5 Selon l'article 9 de ladite directive:

«Les marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe I B sont passés conformément aux articles 14 et 16.»

6 L'article 10 de la même directive prévoit:

«Les marchés qui ont pour objet à la fois des services figurant à l'annexe I A et des services figurant à l'annexe I B sont passés conformément aux dispositions des titres III à VI lorsque la valeur des services figurant à l'annexe I A dépasse celle des services figurant à l'annexe I B. Dans les autres cas, le marché est passé conformément aux articles 14 et 16.»

7 L'article 11, paragraphe 3, de ladite directive dispose:

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

[…]

e) pour les services complémentaires ne figurant pas dans le projet initialement envisagé ou dans le premier contrat conclu, mais qui, à la suite d'une circonstance imprévue, sont devenus nécessaires à l'exécution du service tel qu'il y est décrit, à condition que l'attribution soit faite au prestataire qui exécute ce service:

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

ou

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

Toutefois, la valeur cumulée estimée des marchés passés pour les services complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché principal;

f) pour de nouveaux services consistant dans la répétition de services similaires confiés au prestataire titulaire d'un premier marché et par les mêmes pouvoirs adjudicateurs, à condition que ces services soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un premier marché passé selon les procédures visées au paragraphe 4. La possibilité de recourir à la procédure négociée doit être indiquée dès la mise en concurrence de la première opération et le montant total envisagé pour la suite des services est pris en considération par les pouvoirs adjudicateurs pour l'application de l'article 7. Cette procédure ne peut être appliquée que pendant une période de trois ans suivant la conclusion du marché initial.»

Le litige au principal et les questions préjudicielles

8 APA a été constituée en Autriche, sous la forme d'une coopérative enregistrée à responsabilité limitée, après la Seconde Guerre mondiale. La quasi-totalité des quotidiens autrichiens ainsi que la radio-télévision autrichienne, l'ORF, étaient membres de cette coopérative. Ensemble avec ses filiales, APA est le principal opérateur du marché autrichien des agences de presse et fournit traditionnellement à la Republik Österreich (Bund) différentes prestations d'agence de presse.

9 PN est présente sur le marché autrichien des agences de presse depuis l'année 1999 mais n'a établi que dans une mesure très limitée des communiqués de presse pour les autorités fédérales autrichiennes. PN emploie moins de collaborateurs journalistes qu'APA et ne dispose pas d'archives aussi importantes que celles de cette dernière.

10 Au cours de l'année 1994, soit antérieurement à son adhésion à l'Union européenne, la Republik Österreich (Bund) a conclu un contrat (ci-après le «contrat de base») avec APA, lequel prévoit la fourniture de certains services contre rémunération. Ce contrat permet essentiellement aux autorités fédérales autrichiennes de consulter et d'utiliser des informations d'actualité (fonction dite «service de base»), de demander des informations et des communiqués de presse à caractère historique provenant d'une base de données d'APA, dénommée «APADok», et aussi d'utiliser le service de textes originaux d'APA, dénommé «OTS», tant pour leur information que pour la diffusion de leurs propres communiqués de presse. La base de données APADok comprend les données du service de base depuis le 1er janvier 1988 ainsi que les communiqués traités par le service OTS depuis le 1er juin 1989.

11 Le contrat de base a été conclu pour une durée indéterminée, sous réserve d'une clause par laquelle les parties renonçaient à la résiliation de celui-ci jusqu'au 31 décembre 1999.

12 L'article 2, sous c), du contrat de base stipulait:

«Pour les interrogations en ligne des services d'information d'APA définis à l'article 1er, APA facture à titre de redevances pour l'exploitation du système de traitement électronique des données, par minute CPU (temps net), un prix correspondant au prix échelonné de consommation le plus bas du tarif officiel (actuellement 67 ATS, HT la minute CPU) moins 15 %.»

13 Ce contrat comportait également des dispositions relatives à la date de la première augmentation des prix, au montant maximal de chaque augmentation et à l'indexation des prix sur la base de l'indice des prix à la consommation de l'année 1986, la valeur de référence étant l'indice calculé pour l'année 1994. À cet égard, l'article 5, paragraphe 3, dudit contrat prévoyait, notamment, que «[…] il est expressément convenu que les valeurs des rémunérations prévues à l'article 2, sous a) et b), sont garanties constantes. Pour le calcul de l'indexation, il convient de partir de l'indice des prix à la consommation 86 (VPI 86) publié par l'Office central des statistiques autrichien (ÖSTAT) ou de l'indice suivant qui le remplace».

14 Au cours du mois de septembre 2000, APA a constitué, sous la forme d'une société à responsabilité limitée, APA-OTS, une filiale qu'elle détient à 100 %. Il existe entre ces deux sociétés un accord de transfert des pertes et des bénéfices dont il résulte, selon APA et APA-OTS, que cette dernière est financièrement, administrativement et économiquement intégrée à APA et qu'elle doit conduire et gérer ses affaires selon les instructions données par APA. APA-OTS est en outre tenue de transférer ses bénéfices annuels à APA, laquelle, de son côté, est tenue d'apurer, le cas échéant, les pertes annuelles d'APA-OTS.

15 Au cours du mois de septembre 2000, APA a transféré à APA-OTS ses activités relatives au service OTS. La Republik Österreich (Bund) a été informée de cette modification au cours du mois d'octobre 2000. Un collaborateur d'APA, habilité à représenter celle-ci, a assuré les autorités autrichiennes que, à la suite de ce transfert d'activités, APA était responsable solidairement avec APA-OTS et que la prestation globale existante restait inchangée. Les autorités autrichiennes ont alors donné leur

accord pour que le service OTS soit fourni par APA-OTS et, depuis lors, elles rémunèrent directement APA-OTS pour ce service.

16 En outre, les dispositions du contrat de base ont été modifiées par un premier avenant conclu au cours de l'année 2001 et ayant pris effet le 1er janvier 2002. À l'occasion du passage à l'euro, cet avenant a adapté le marché initial ainsi qu'il est indiqué aux points 17 à 20 du présent arrêt.

17 Premièrement, le montant de la redevance annuelle pour l'utilisation des articles rédactionnels et des archives médias, de 10 080 000 ATS, a été remplacé par celui de 800 000 euros. En raison de la clause d'indexation, le prix pour l'année 2002 aurait dû être de 11 043 172 ATS (arrondi pour le passage à l'euro à 802 538,61 euros). Il a été décidé de retenir non pas ce montant, mais le chiffre rond de 800 000 euros, ce qui correspond à une réduction de 0,3 %.

18 Deuxièmement, le prix fixé pour les interrogations en ligne des services d'information d'APA, qui était de 67 ATS la minute, a été remplacé par un prix de 4,87 euros la minute. Sous réserve de l'arrondissement effectué lors du passage à l'euro, le montant intrinsèque de ce prix n'a pas été modifié.

19 Troisièmement, pour le calcul de l'indexation, l'indice calculé pour l'année 1994 sur la base de l'indice des prix à la consommation de l'année 1986 a été remplacé, comme point de référence, par l'indice calculé pour l'année 2001 sur la base de l'indice des prix à la consommation de l'année 1996. À cet égard, le premier avenant a notamment modifié l'article 5, paragraphe 3, du contrat de base dans le sens suivant:

«Il est expressément convenu que les valeurs des rémunérations prévues à l'article 2, sous a) et b), sont garanties constantes. Pour le calcul de l'indexation, il convient de partir de l'indice des prix à la consommation 96 (VPI 96) publié par l'Office central des statistiques autrichien (ÖSTAT) ou de l'indice suivant qui le remplace.»

20 Quatrièmement, par dérogation à ce mécanisme d'indexation, certains prix ont été fixés immédiatement pour les années 2002 à 2004. En effet, le prix de 8,50 ATS la ligne pour l'insertion des communiqués de presse dans le service OTS a été remplacé par des prix fixes de 0,66 euro la ligne pour l'année 2002, 0,67 euro pour l'année 2003 et 0,68 euro pour l'année 2004. Si la clause d'indexation avait été appliquée, le prix aurait dû s'élever, pour l'année 2002, à 9,31 ATS la ligne (arrondi à 0,68 euro la ligne). Le prix a donc été réduit de 2,94 % pour l'année 2002 et de 1,47 % pour l'année 2003.

21 Un second avenant conclu au cours du mois d'octobre 2005 et ayant pris effet le 1er janvier 2006 a apporté deux autres modifications au contrat de base. Par ce second avenant, le contrat de base a été modifié ainsi qu'il est indiqué aux points 22 et 23 du présent arrêt.

22 D'une part, la renonciation à résiliation, convenue dans le contrat de base jusqu'au 31 décembre 1999, a été prévue de nouveau jusqu'au 31 décembre 2008.

23 D'autre part, le rabais consenti sur le prix des interrogations en ligne des services d'information d'APA, fixé à 15 % dans le contrat de base, a été porté à 25 %. À cet égard, le second avenant a modifié l'article 2, sous c), du contrat de base dans les termes suivants:

«Les dispositions suivantes du [contrat de base tel que modifié par le premier avenant] sont modifiées comme suit à compter du 1er janvier 2006:

1. À l'article 2, sous c), le pourcentage de 15 % est remplacé par celui de 25 %.

[…]»

24 Au cours de l'année 2004, PN a proposé ses services d'agence de presse à la Republik Österreich (Bund), mais cette offre n'a pas abouti à la conclusion d'un contrat.

25 Par recours introduits les 4 et 19 juillet 2006, PN a demandé au Bundesvergabeamt de constater, à titre principal, que la division du marché de base, consécutivement à la restructuration d'APA au cours de l'année 2000, ainsi que les avenants conclus au cours des années 2001 et 2005, qualifiés par elle d'«adjudications de fait», étaient illicites et, à titre subsidiaire, que le choix des différentes procédures d'adjudication en cause avait un caractère illégal.

26 Concernant les délais de recours, le Bundesvergabeamt précise que, si les opérations contestées ont été effectuées au cours des années 2000, 2001 et 2005, la voie de recours utilisable en droit national contre les attributions de marchés illégales (à savoir une demande de constatation avec effet résolutoire du contrat) n'a été créée que plus tard, avec effet le 1er février 2006. Le délai prévu pour un tel recours est de six mois à compter de l'adjudication illégale. La juridiction de renvoi estime qu'il est approprié d'appliquer l'article 1496 du code civil autrichien selon lequel, si les voies de droit prescrites ne peuvent être exercées, les délais de prescription ne peuvent courir, à condition qu'une telle application soit conforme au droit communautaire.

27 Dans ces conditions, le Bundesvergabeamt a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) Le terme 'passer' employé à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 92/50[…] et aux articles 8 et 9 de la même directive doit-il se comprendre comme recouvrant aussi l'hypothèse dans laquelle un pouvoir adjudicateur consent pour l'avenir à accepter les services d'un prestataire constitué sous la forme d'une société de capitaux, alors que les services étaient auparavant fournis par un autre prestataire, qui représente l'actionnaire unique du prestataire qui lui succède et contrôle en même temps celui-ci en lui donnant des instructions? Dans un tel cas de figure, le fait que le pouvoir adjudicateur n'ait pas de garantie que les parts constituant le capital du prestataire successeur ne seront pas cédées à des tiers pendant la durée totale du marché d'origine a-t-il des conséquences juridiques?

De même, quelles conséquences juridiques s'attachent à l'absence de garantie pour le pouvoir adjudicateur que la composition des associés du prestataire initial, organisé sous forme de coopérative, ne changera pas pendant l'entière durée du contrat?

2) Y a-t-il aussi passation au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 92/50[…] et des articles 8 et 9 de la même directive dans le cas où un pouvoir adjudicateur convient avec les prestataires de services, pendant la période de validité d'un marché conclu avec eux pour une durée indéterminée pour la fourniture d'une prestation commune, de la rémunération de certaines prestations et reformule une clause d'indexation, alors que ces modifications aboutissent à modifier les prix et interviennent à l'occasion de l'introduction de l'euro?

3) Y a-t-il aussi passation au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 92/50[…] et des articles 8 et 9 de la même directive dans le cas où un pouvoir adjudicateur convient avec les prestataires de services, pendant la période de validité d'un marché conclu avec eux pour une durée indéterminée pour la fourniture d'une prestation commune, au moyen d'un avenant, de reconduire pour trois ans une clause de renonciation à résiliation devenue caduque à la date de l'avenant, alors que cette modification du contrat entraîne l'octroi de rabais plus importants qu'auparavant sur certains prix déterminés en fonction des quantités dans un domaine particulier?

4) Pour le cas où il y aurait passation d'un marché, c'est-à-dire réponse affirmative à l'une des trois questions précédentes, l'article 11, paragraphe 3, sous b), de la directive 92/50[…] ou d'autres dispositions du droit communautaire, telles, par exemple, que le principe de transparence, doivent-ils se comprendre comme autorisant le pouvoir adjudicateur à attribuer des prestations dans le cadre d'un marché de services unique par la voie de la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché lorsqu'une partie des prestations de services comprend des droits d'exclusivité du type mentionné à l'article 11, paragraphe 3, sous b), de la directive 92/50[…]? Ou bien le principe de transparence ou d'autres dispositions du droit communautaire imposent-ils, en cas de passation d'un marché portant essentiellement sur des prestations non réservées, que l'on procède quand même à la publication d'un avis de marché avant d'attribuer le marché, pour permettre aux entreprises intéressées de vérifier si véritablement

des prestations soumises à un droit d'exclusivité sont attribuées? Ou alors les dispositions du droit communautaire en matière d'attribution de marchés publics exigent-elles, dans un tel cas, que les prestations soient attribuées dans le cadre de procédures d'attribution distinctes, selon qu'elles font ou non l'objet d'un droit d'exclusivité, afin de permettre au moins une mise en concours partielle?

5) S'il y a lieu de répondre à la quatrième question qu'un pouvoir adjudicateur est en droit d'attribuer les prestations n'impliquant pas de droits d'exclusivité conjointement avec celles qui impliquent de tels droits dans le cadre d'un marché unique, une entreprise peut-elle, si elle ne dispose pas d'habilitation propre à disposer des informations qui font l'objet d'un droit d'exclusivité appartenant à un opérateur principal sur le marché, justifier son aptitude à fournir la prestation complète au pouvoir adjudicateur au sens du droit des marchés publics, en invoquant l'obligation qui pèse sur l'opérateur principal dans un État membre, en vertu de l'article 82 CE, de lui transmettre les informations à des conditions équitables?

6) S'il est répondu aux première, deuxième et troisième questions que la reprise partielle du contrat au cours de l'année 2000 et/ou l'un des deux avenants précités, ou les deux, ont donné lieu à la passation de nouveaux marchés, et pour le cas, en outre, où il serait répondu à la quatrième question que le pouvoir adjudicateur aurait dû attribuer les prestations n'impliquant pas de droit d'exclusivité dans le cadre d'une attribution séparée ou ne pouvait pas attribuer le marché de services global (communiqués de presse, service de base et droits d'utilisation d'APADok) sans publier au préalable un avis de marché pour assurer la transparence et permettre la vérification des marchés envisagés:

Le terme 'lésé' figurant à l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665[…] et à l'article 2, paragraphe 1, sous c), de la même directive doit-il se comprendre comme signifiant qu'un entrepreneur est lésé au sens de ces dispositions, dans un cas tel que celui-ci, lorsqu'il a été privé de la possibilité de prendre part à une procédure d'attribution de marché parce que le pouvoir adjudicateur n'a pas publié au préalable un avis sur la base duquel il aurait pu présenter sa candidature ou faire une offre, ou demander que les instances de contrôle compétentes vérifient l'exactitude de l'affirmation concernant les prétendus droits d'exclusivité?

7) Le principe communautaire d'équivalence et le principe communautaire de la nécessité d'une protection juridique effective impliquent-ils, sans préjudice d'autres dispositions du droit communautaire, qu'un entrepreneur puisse faire valoir un droit subjectif et inconditionnel à l'encontre d'un État membre, lui permettant d'introduire auprès des instances nationales compétentes ses recours en réparation en raison d'une violation du droit communautaire des marchés publics, après l'adjudication et pendant au moins six mois à compter de la date à laquelle il a pu avoir connaissance de la passation de marché irrégulière, avec l'octroi des délais supplémentaires dans lesquels une action correspondante n'a pas été possible faute de base juridique en droit national, si les actions en réparation fondées sur le non-respect du droit en droit interne se prescrivent en général par trois ans à compter de l'identification de l'auteur du dommage et du préjudice et si, à défaut de remède juridique dans un domaine donné, les délais de prescription ne jouent pas?»

Sur les questions préjudicielles

28 Il y a lieu de relever, à titre liminaire, que, même si le marché en cause au principal a été conclu avant que la République d'Autriche n'adhère à l'Union européenne, les règles communautaires en la matière s'appliquent à un tel marché à partir de la date d'adhésion de cet État (voir, en ce sens, arrêt du 24 septembre 1998, Tögel, C-76/97, Rec. p. I-5357, point 14).

29 Par ses trois premières questions, le Bundesvergabeamt cherche, en substance, à savoir dans quelles conditions des modifications apportées à un contrat existant entre un pouvoir adjudicateur et un prestataire de services peuvent être considérées comme constituant une nouvelle passation de marché public de services au sens de la directive 92/50.

30 La directive 92/50 ne contient pas de réponse explicite à ces questions mais comporte plusieurs indications pertinentes qu'il convient de situer dans le cadre général des règles communautaires en matière de marchés publics.

31 Il ressort de la jurisprudence que l'objectif principal des règles communautaires en matière de marchés publics est d'assurer la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les États membres (voir arrêt du 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, point 44). Ce double objectif est explicitement affirmé aux deuxième, sixième et vingtième considérants de la directive 92/50.

32 Pour la poursuite de ce double objectif, le droit communautaire applique notamment le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires et l'obligation de transparence qui en découle (voir, en ce sens, arrêts du 18 novembre 1999, Unitron Scandinavia et 3-S, C-275/98, Rec. p. I-8291, point 31; du 7 décembre 2000, Telaustria et Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, points 60 et 61, ainsi que du 29 avril 2004, Commission/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, points 108 et 109).

33 En ce qui concerne les marchés visés par la directive 92/50 qui ont pour objet, exclusivement ou majoritairement, des services figurant à l'annexe I A de celle-ci, cette directive met en œuvre ces principes et cette obligation de transparence en imposant, notamment, certaines procédures de passation. S'agissant des marchés visés par cette directive qui ont pour objet, exclusivement ou majoritairement, des services figurant à l'annexe I B de celle-ci, cette directive n'impose pas les mêmes règles quant aux procédures de passation, mais cette catégorie de marchés publics de services reste néanmoins soumise aux règles fondamentales du droit communautaire et à l'obligation de transparence qui en découle (voir, en ce sens, arrêt du 13 novembre 2007, Commission/Irlande, C-507/03, Rec. p. I-9777, points 26, 30 et 31).

34 En vue d'assurer la transparence des procédures et l'égalité de traitement des soumissionnaires, des modifications apportées aux dispositions d'un marché public pendant la durée de sa validité constituent une nouvelle passation de marché au sens de la

directive 92/50 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 (voir, en ce sens, arrêt du 5 octobre 2000, Commission/France, C-337/98, Rec. p. I-8377, points 44 et 46).

35 La modification d'un marché public en cours de validité peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue.

36 De même, une modification du marché initial peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus. Cette dernière interprétation est confirmée à l'article 11, paragraphe 3, sous e) et f), de la directive 92/50, lequel impose, pour les marchés publics de services ayant pour objet, exclusivement ou majoritairement, des services figurant à l'annexe I A de cette directive, des restrictions quant à la mesure dans laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à la procédure négociée pour attribuer des services en supplément de ceux faisant l'objet d'un marché initial.

37 Une modification peut également être considérée comme substantielle lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire du marché d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial.

38 C'est à la lumière des considérations qui précèdent qu'il convient de répondre aux questions soumises à la Cour.

Sur la première question

39 Par sa première question, la juridiction de renvoi vise le transfert à APA-OTS au cours de l'année 2000 des services OTS fournis jusqu'alors par APA. Elle demande en substance si un changement de cocontractant, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, constitue une nouvelle passation de marché au sens des articles 3, paragraphe 1, 8 et 9 de la directive 92/50.

40 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.

41 Selon la décision de renvoi, étant constituée sous la forme d'une société à responsabilité limitée, APA-OTS possède une personnalité juridique distincte d'APA, adjudicataire du marché initial.

42 Il est également constant que, depuis le transfert des services OTS d'APA à APA-OTS au cours de l'année 2000, le pouvoir adjudicateur effectue les paiements relatifs à ce service directement à APA-OTS et non plus à APA.

43 Toutefois, 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.

44 En effet, il ressort du dossier qu'APA-OTS est une filiale détenue à 100 % par APA, que cette dernière dispose d'un pouvoir de direction sur APA-OTS et qu'il existe entre ces deux entités un contrat de transfert des pertes et des bénéfices, assumés par APA. En outre, il ressort du dossier qu'une personne habilitée à représenter APA a assuré le pouvoir adjudicateur que, à la suite du transfert des services OTS, APA était responsable solidairement avec APA-OTS et que la prestation globale existante resterait inchangée.

45 Un tel arrangement représente, en substance, une réorganisation interne du cocontractant, laquelle ne modifie pas de manière essentielle les termes du marché initial.

46 La juridiction de renvoi s'interroge, dans ce contexte, sur le point de savoir si la circonstance que le pouvoir adjudicateur n'a pas l'assurance que les parts sociales d'APA-OTS ne seront pas cédées à des tiers pendant la durée totale du marché a des conséquences juridiques.

47 Si les parts sociales d'APA-OTS 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 évènement serait susceptible de constituer une nouvelle passation de marché au sens de la directive 92/50.

48 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-ci (voir, en ce sens, arrêt du 10 novembre 2005, Commission/Autriche, C-29/04, Rec. p. I-9705, points 38 à 42).

49 Toutefois, tant qu'une telle évolution n'a pas eu lieu, l'analyse figurant au point 45 du présent arrêt, selon laquelle la situation envisagée constitue une réorganisation interne du cocontractant, demeure valable. L'absence de garantie que les parts

sociales de la filiale ne seront pas cédées à des tiers pendant la durée du marché n'affecte pas cette conclusion.

50 La juridiction de renvoi s'interroge également sur les conséquences juridiques qui s'attachent à l'absence de garantie, pour le pouvoir adjudicateur, que la composition des associés du prestataire initial ne sera pas modifiée pendant la totalité de la durée du contrat.

51 Les marchés publics sont régulièrement attribués à des personnes morales. 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. Il pourrait en être autrement dans des cas exceptionnels, telles des manœuvres destinées à contourner les règles communautaires en matière de marchés publics.

52 Des considérations analogues s'appliquent dans le cadre de marchés publics attribués à des personnes morales constituées, comme dans l'affaire au principal, sous la forme non pas d'une société anonyme, mais d'une coopérative enregistrée à responsabilité limitée. 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.

53 Dès lors, ces considérations ne modifient pas non plus la conclusion figurant au point 45 du présent arrêt.

54 Il s'ensuit qu'il convient de répondre à la première question que le terme «passer», employé aux articles 3, paragraphe 1, 8 et 9 de la directive 92/50, doit être interprété comme ne couvrant pas une situation, telle que celle au principal, dans laquelle des

services fournis au pouvoir adjudicateur par le prestataire initial sont transférés à un autre prestataire constitué sous la forme d'une société de capitaux, dont le prestataire initial est l'actionnaire unique, contrôlant le nouveau prestataire et lui donnant des instructions, pour autant que le prestataire initial continue à assumer la responsabilité du respect des obligations contractuelles.

Sur la deuxième question

55 Par sa deuxième question, la juridiction de renvoi vise les modifications apportées au contrat de base par le premier avenant, conclu au cours de l'année 2001 et ayant pris effet le 1er janvier 2002. Elle demande en substance si certaines modifications des prix constituent une nouvelle passation de marché au sens de la directive 92/50.

56 Cette question préjudicielle porte, premièrement, sur la conversion des prix en euros sans modification de leur montant intrinsèque, deuxièmement, sur la conversion des prix en euros accompagnée d'une réduction de leur montant intrinsèque et, troisièmement, sur la reformulation d'une clause d'indexation des prix.

57 Il convient de répondre que, dans le cas où, à la suite du passage à l'euro, un marché existant est modifié en ce sens que les prix initialement exprimés en monnaie nationale sont convertis en euros, il s'agit non pas d'une modification substantielle du marché, mais uniquement d'une adaptation de celui-ci à des circonstances extérieures modifiées, pour autant que les montants en euros sont arrondis conformément aux dispositions en vigueur, et notamment à celles du règlement (CE) nº 1103/97 du Conseil, du 17 juin 1997, fixant certaines dispositions relatives à l'introduction de l'euro (JO L 162, p. 1).

58 Lorsque l'arrondissement des prix convertis en euros dépasse le montant autorisé par les dispositions pertinentes, il s'agit d'une modification du montant intrinsèque des prix prévus par le marché initial. La question se pose alors de savoir si une telle modification des prix constitue une nouvelle passation de marché.

59 Il est évident que le prix constitue une condition importante d'un marché public (voir, en ce sens, arrêt Commission/CAS Succhi di Frutta, précité, point 117).

60 Modifier une telle condition pendant la période de validité du marché, en l'absence d'habilitation expresse en ce sens figurant dans les termes du marché initial, risquerait d'entraîner une violation des principes de transparence et d'égalité de traitement des soumissionnaires (voir, en ce sens, arrêt Commission/CAS Succhi di Frutta, précité, point 121).

61 Néanmoins, la conversion en euros des prix d'un marché en cours de validité peut être accompagnée d'un ajustement de leur montant intrinsèque sans qu'il en résulte une nouvelle passation de marché, à condition qu'un tel ajustement soit minime et s'explique d'une manière objective, ce qui est le cas s'il tend à faciliter l'exécution du marché, par exemple en simplifiant les opérations de facturation.

62 Dans l'affaire au principal, d'une part, la redevance annuelle pour l'utilisation des articles rédactionnels et des archives médias n'a été réduite que de 0,3 %, afin qu'elle corresponde à un chiffre rond pouvant faciliter les calculs. D'autre part, les prix à la ligne pour l'insertion de communiqués de presse dans le service OTS ont été réduits, respectivement, de 2,94 % et de 1,47 % pour les années 2002 et 2003, afin qu'ils soient exprimés en chiffres ronds susceptibles, également, de faciliter les calculs. Outre qu'ils portent sur un montant réduit, ces ajustements de prix interviennent non pas au profit mais au détriment de l'adjudicataire du marché, celui-ci consentant une réduction des prix qui seraient résultés des règles de conversion et d'indexation normalement applicables.

63 Dans de telles conditions, il est permis d'estimer qu'un ajustement des prix d'un marché public en cours de validité ne constitue pas une modification des conditions essentielles de ce marché de nature à constituer une nouvelle passation de marché au sens de la directive 92/50.

64 Concernant la reformulation de la clause d'indexation, il convient de relever que le contrat de base prévoyait, à son article 5, paragraphe 3, notamment, que, «[p]our le calcul de l'indexation, il [convenait] de partir de l'indice des prix à la consommation 86 (VPI 86) publié par l'Office central des statistiques autrichien (ÖSTAT) ou de l'indice suivant qui le remplace».

65 Il en ressort que le contrat de base avait prévu le remplacement de l'indice des prix qu'il mentionnait par un indice ultérieur.

66 Le premier avenant a remplacé l'indice des prix mentionné dans le contrat de base, à savoir l'indice des prix à la consommation de 1986 (VPI 86) publié par l'ÖSTAT, par un indice plus récent, à savoir l'indice des prix à la consommation de 1996 (VPI 96), publié par ce même organisme.

67 Ainsi qu'il a été exposé au point 19 du présent arrêt, cet avenant a pris comme point de référence l'indice calculé pour l'année 2001, année de la conclusion de celui-ci, au lieu de celui de l'année 1994, année de la conclusion du contrat de base. Cette mise à jour du point de référence est cohérente avec la mise à jour de l'indice des prix.

68 Il en résulte que le premier avenant s'est limité à faire application des stipulations du contrat de base en ce qui concerne la tenue à jour de la clause d'indexation.

69 Dans de telles conditions, il convient de considérer que la référence à un nouvel indice de prix ne constitue pas une modification des conditions essentielles du marché initial de nature à constituer une nouvelle passation de marché au sens de la directive 92/50.

70 Il en découle qu'il convient de répondre à la deuxième question que le terme «passer», employé aux articles 3, paragraphe 1, 8 et 9 de la directive 92/50, doit être interprété comme ne couvrant pas une adaptation du contrat initial à des circonstances extérieures modifiées, telles que la conversion en euros des prix initialement exprimés en monnaie nationale, la réduction minime de ces prix en vue de les arrondir et la référence à un nouvel indice de prix dont la substitution à l'indice fixé précédemment était prévue dans le contrat initial.

Sur la troisième question

71 Par sa troisième question, la juridiction de renvoi vise les modifications apportées au contrat de base par le second avenant, conclu au cours du mois d'octobre 2005 et ayant pris effet le 1er janvier 2006.

72 Cette juridiction demande en substance si une nouvelle passation de marché résulte, d'une part, de la conclusion d'une nouvelle clause de renonciation à la résiliation du marché et, d'autre part, d'une augmentation des rabais consentis sur les prix de certaines prestations faisant l'objet du marché.

73 Concernant, tout d'abord, la conclusion d'une nouvelle clause de non-résiliation pendant la période de validité d'un marché conclu pour une durée indéterminée, il y a lieu de rappeler que la pratique consistant à conclure un marché public de services

pour une durée indéterminée est en soi étrangère au système et à la finalité des règles communautaires en matière de marchés publics. Une telle pratique peut avoir pour effet, à terme, d'entraver la concurrence entre les prestataires de services potentiels et d'empêcher l'application des dispositions des directives communautaires en matière de publicité des procédures de passation des marchés publics.

74 Néanmoins, le droit communautaire, dans son état actuel, n'interdit pas la conclusion de marchés publics de services à durée indéterminée.

75 De même, une clause par laquelle les parties s'engagent à ne pas résilier pendant une certaine période un marché conclu pour une durée indéterminée n'est pas d'emblée considérée comme illicite au regard du droit communautaire des marchés publics.

76 Ainsi qu'il ressort du point 34 du présent arrêt, pour déterminer si la conclusion d'une telle clause constitue une nouvelle passation de marché, le critère pertinent est de savoir si cette clause doit être considérée comme une modification substantielle du contrat initial (voir, en ce sens, arrêt Commission/France, précité, points 44 et 46).

77 La clause dont il est question dans l'affaire au principal formalise la renonciation à toute résiliation pendant la période correspondant aux années 2005 à 2008.

78 Cependant, il convient de relever que, après l'expiration, le 31 décembre 1999, de la clause de non-résiliation contenue dans le contrat de base, le marché en cause au principal aurait pu être résilié à tout moment sous réserve d'un préavis. Il est toutefois resté en vigueur pendant la période correspondant aux années 2000 à 2005 incluse, en raison du fait que ni le pouvoir adjudicateur ni le prestataire n'ont exercé leur droit à résiliation du contrat.

79 Il ne ressort pas du dossier que, pendant la période allant de l'année 2005 à l'année 2008, couverte par la clause de non-résiliation, le pouvoir adjudicateur aurait eu, en l'absence de cette clause, une perspective concrète de mettre fin au contrat en cours et de procéder à une nouvelle mise en concurrence. À supposer même qu'il ait entendu le faire, la durée sur laquelle portait cette clause, à savoir trois ans, n'était pas telle qu'elle l'en aurait empêché pendant une durée excessive par rapport au temps nécessaire à l'organisation d'une telle opération. Dans ces conditions, il n'est pas démontré qu'une telle clause de non-résiliation, pourvu qu'elle ne soit pas systématiquement réinsérée dans le contrat, comporte le risque de fausser la concurrence, au détriment de nouveaux soumissionnaires potentiels. Par conséquent, elle ne peut être qualifiée de modification substantielle du contrat initial.

80 Il en découle que, dans des conditions telles que celles au principal, le fait de prévoir une clause de renonciation à résiliation durant une période de trois ans pendant la période de validité d'un marché de services conclu pour une durée indéterminée ne constitue pas une nouvelle passation de marché au sens de la directive 92/50.

81 S'agissant, en deuxième lieu, de l'augmentation du rabais prévue par le second avenant, il convient de rappeler que le contrat de base prévoyait, pour les services concernés, «un prix correspondant au prix échelonné de consommation le plus bas du tarif officiel […] moins 15 %».

82 Selon les explications fournies à la Cour, cette mention vise le tarif dégressif pratiqué par APA, en application duquel les prix des services en cause sont réduits lorsque la consommation de ces services par le partenaire contractuel d'APA augmente.

83 Toujours selon certaines de ces explications, l'augmentation du taux de rabais de 15 % à 25 %, prévue par le second avenant, équivaut à l'application d'un prix moins élevé. Même si leur présentation formelle est différente, la réduction d'un prix et l'augmentation d'un taux de rabais auraient un effet économique comparable.

84 Dans ces conditions, l'augmentation du rabais peut être interprétée comme relevant des clauses établies dans le contrat de base.

85 Par ailleurs, d'une part, l'augmentation du rabais, ayant pour effet de réduire la rémunération perçue par l'adjudicataire par rapport à celle initialement prévue, ne modifie pas l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire.

86 D'autre part, le simple fait que le pouvoir adjudicateur obtienne un rabais plus important sur une partie des prestations faisant l'objet du marché n'est pas susceptible d'entraîner une distorsion de concurrence au détriment de soumissionnaires potentiels.

87 Il résulte de ce qui précède que, dans une situation telle que celle au principal, le fait de fixer, dans un avenant, des rabais plus importants que ceux initialement prévus sur certains prix déterminés en fonction des quantités dans un domaine particulier ne doit pas être considéré comme une modification substantielle du contrat et, partant, n'est pas de nature à impliquer une nouvelle passation de marché au sens de la directive 92/50.

88 Par conséquent il convient de répondre à la troisième question que le terme «passer», employé aux articles 3, paragraphe 1, 8 et 9 de la directive 92/50, doit être interprété comme ne couvrant pas une situation, telle que celle au principal, dans laquelle un pouvoir adjudicateur, au moyen d'un avenant, convient avec l'adjudicataire, pendant la période de validité d'un marché de services conclu avec lui pour une durée indéterminée, de reconduire pour une durée de trois ans une clause de renonciation à résiliation devenue caduque à la date à laquelle la nouvelle clause a été convenue et convient avec lui de fixer des rabais plus importants que ceux initialement prévus sur certains prix déterminés en fonction des quantités dans un domaine particulier.

89 Compte tenu des réponses apportées aux première à troisième questions, il n'y a pas lieu de répondre aux quatrième à septième questions.

Sur les dépens

90 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 (troisième chambre) dit pour droit:

1) **Le terme «passer», employé aux articles 3, paragraphe 1, 8 et 9 de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, doit être interprété comme ne couvrant pas une situation, telle que celle au principal, dans laquelle des services fournis au pouvoir adjudicateur par le prestataire initial sont transférés à un autre prestataire constitué sous la forme d'une société de capitaux, dont le prestataire initial est l'actionnaire unique, contrôlant le nouveau prestataire et lui donnant des instructions, pour autant que le prestataire initial continue à assumer la responsabilité du respect des obligations contractuelles.**

2) **Le terme «passer», employé aux articles 3, paragraphe 1, 8 et 9 de la directive 92/50, doit être interprété comme ne couvrant pas une adaptation du contrat initial à des circonstances extérieures modifiées, telles que la conversion en euros des prix initialement exprimés en monnaie nationale, la réduction minime de ces prix en vue de les arrondir et la référence à un nouvel indice de prix dont la substitution à l'indice fixé précédemment était prévue dans le contrat initial.**

3) Le terme «passer», employé aux articles 3, paragraphe 1, 8 et 9 de la directive 92/50, doit être interprété comme ne couvrant pas une situation, telle que celle au principal, dans laquelle un pouvoir adjudicateur, au moyen d'un avenant, convient avec l'adjudicataire, pendant la période de validité d'un marché de services conclu avec lui pour une durée indéterminée, de reconduire pour une durée de trois ans une clause de renonciation à résiliation devenue caduque à la date à laquelle la nouvelle clause a été convenue et convient avec lui de fixer des rabais plus importants que ceux initialement prévus sur certains prix déterminés en fonction des quantités dans un domaine particulier.

Signatures