

## ARRÊT DE LA COUR (quatrième chambre)

14 mai 2020 (\*)

« Renvoi préjudiciel – Marchés publics – Passation des marchés publics – Directive 2014/24/UE – Article 1er, paragraphe 2, et article 72 – Directive 2014/25/UE – Article 1er, paragraphe 2, et article 89 – Procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux – Directive 89/665/CEE – Article 2 sexies, paragraphe 2 – Procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l’eau, de l’énergie, des transports et des télécommunications – Directive 92/13/CEE – Article 2 sexies, paragraphe 2 – Modifications d’un contrat conclu à l’issue d’une procédure de passation de marché public – Absence de nouvelle procédure de passation de marché – Amendes imposées au pouvoir adjudicateur et à l’attributaire du marché – Principe de proportionnalité »

Dans l’affaire C-263/19,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l’article 267 TFUE, introduite par la Fővárosi Törvényszék (cour de Budapest-Capitale, Hongrie), par décision du 7 mars 2019, parvenue à la Cour le 28 mars 2019, dans la procédure

**T-Systems Magyarország Zrt.,**

**BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt.**

contre

**Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság,**

en présence de :

**Közbeszerzési Hatóság Elnöke,**

LA COUR (quatrième chambre),

composée de M. M. Vilaras (rapporteur), président de chambre, MM. S. Rodin, D. Šváby, M<sup>me</sup> K. Jürimäe et M. N. Piçarra, juges,

avocat général : M. M. Campos Sánchez-Bordona,

greffier : M<sup>me</sup> M. Krausenböck, administratrice,

vu la procédure écrite et à la suite de l’audience du 5 février 2020,

considérant les observations présentées :

- pour T-Systems Magyarország Zrt., par M<sup>es</sup> P. Szilas, Z. Okányi et V. Kovács, ügyvédek,
- pour la Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság, par M. I. Hunya, en qualité d’agent,
- pour le Közbeszerzési Hatóság Elnöke, par M. T. A. Cseh, en qualité d’agent,
- pour le gouvernement hongrois, par MM. M. Z. Fehér et G. Koós ainsi que par M<sup>me</sup> M. M. Tátrai, en qualité d’agents,

- pour la Commission européenne, par M<sup>me</sup> L. Haasbeek ainsi que par MM. P. Ondrůšek et A. Tokár, en qualité d’agents,

vu la décision prise, l’avocat général entendu, de juger l’affaire sans conclusions,

rend le présent

## Arrêt

- 1 La demande de décision préjudicielle porte, en substance, sur l’interprétation de l’article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, et de l’article 72 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 (JO 2014, L 94, p. 65), de l’article 2 sexies, paragraphe 2, 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 1989, L 395, p. 33), telle que modifiée par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007 (JO 2007, L 335, p. 31) (ci-après la « directive 89/665 »), de l’article 2 sexies, paragraphe 2, de la directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l’application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l’eau, de l’énergie, des transports et des télécommunications (JO 1992, L 76, p. 14), telle que modifiée par la directive 2007/66 (ci-après la « directive 92/13 »), ainsi que des articles 41 et 47 de la charte des droits fondamentaux de l’Union européenne (ci-après la « Charte »).
- 2 Cette demande a été présentée dans le cadre d’un litige opposant T-Systems Magyarország Zrt. (ci-après « T-Systems ») et BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt. (ci-après « BKK ») à la Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság (commission arbitrale des marchés publics de l’autorité des marchés publics, Hongrie, ci-après la « commission arbitrale ») au sujet d’amendes imposées aux premières en raison de la modification, en cours d’exécution, du contrat qui les liait sans qu’il ait été recouru à de nouvelles procédures de passation de marchés publics.

### **Le cadre juridique**

#### ***Le droit de l’Union***

##### *La directive 89/665*

- 3 L’article 2 sexies de la directive 89/665, intitulé « Violations de la présente directive et sanctions de substitution », dispose :
  - « 1. En cas de violation de l’article 1<sup>er</sup>, paragraphe 5, de l’article 2, paragraphe 3, ou de l’article 2 bis, paragraphe 2, ne relevant pas de l’article 2 quinquies, paragraphe 1, point b), les États membres prévoient l’absence d’effets du marché conformément à l’article 2 quinquies, paragraphes 1 à 3, ou des sanctions de substitution. Les États membres peuvent prévoir que l’instance de recours indépendante du pouvoir adjudicateur décide, après avoir apprécié tous les aspects pertinents, si le marché doit être considéré comme dépourvu d’effets ou s’il y a lieu d’appliquer des sanctions de substitution.
  2. Les sanctions de substitution doivent être effectives, proportionnées et dissuasives. Elles consistent :
    - à imposer des pénalités financières au pouvoir adjudicateur, ou
    - à abréger la durée du marché.

Les États membres peuvent conférer à l'instance de recours un large pouvoir d'appréciation lui permettant de tenir compte de tous les facteurs pertinents, y compris la gravité de la violation, le comportement du pouvoir adjudicateur et, dans les cas visés à l'article 2 quinquies, paragraphe 2, la mesure dans laquelle le contrat continue à produire des effets.

L'octroi de dommages et intérêts ne constitue pas une sanction appropriée aux fins du présent paragraphe. »

*La directive 92/13*

- 4 Les dispositions de l'article 2 sexies de la directive 92/13, intitulé « Violations de la présente directive et sanctions de substitution », sont rédigées dans des termes identiques à ceux des dispositions de l'article 2 sexies de la directive 89/665.

*La directive 2007/66*

- 5 Les considérants 19 à 21 de la directive 2007/66 énoncent :

« (19) En cas d'autres violations des conditions formelles, les États membres pourraient considérer que le principe de l'absence d'effets est inopportun. Les États membres devraient alors avoir la faculté de prévoir des sanctions de substitution. Les sanctions de substitution ne devraient consister qu'en l'imposition de pénalités financières, qui devraient être payées à un organisme indépendant du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, ou en un abrègement de la durée du marché. Il incombe aux États membres de définir précisément les sanctions de substitution et leurs modalités d'application.

(20) La présente directive ne devrait pas exclure l'application de sanctions plus sévères en vertu du droit national.

(21) Lorsque les États membres définissent des règles prévoyant qu'un marché est considéré comme dépourvu d'effets, l'objectif à atteindre est que les droits et les obligations des parties au marché cessent d'être exercés et exécutés. Les conséquences de l'absence d'effets d'un marché devraient être déterminées par le droit national. Le droit national pourrait donc par exemple prévoir l'annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles (ex tunc) ou, inversement, limiter la portée de l'annulation aux obligations qui devraient encore être exécutées (ex nunc). Cela ne devrait pas conduire à l'absence de sanctions rigoureuses si les obligations découlant d'un marché ont déjà été exécutées dans leur totalité ou dans leur quasi-totalité. Dans de tels cas, les États membres devraient prévoir également des sanctions de substitution prenant en compte la mesure dans laquelle un contrat continue à produire des effets en application du droit national. De même, les conséquences d'une éventuelle récupération de sommes qui pourraient avoir été versées ainsi que de toutes les autres formes de restitution possibles – y compris les restitutions en valeur lorsqu'une restitution en nature n'est pas possible – doivent être déterminées par le droit national. »

*La directive 2014/24*

- 6 Les considérants 10, 29, 107, 109 et 111 de la directive 2014/24 sont libellés comme suit :

« (10) Les notions de “pouvoirs adjudicateurs” et, en particulier, celle d’“organismes de droit public” ont fait, à plusieurs reprises, l'objet d'un examen dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Afin d'indiquer clairement que le champ d'application ratione personae de la présente directive devrait demeurer inchangé, il convient de conserver la définition sur laquelle la Cour s'est fondée et d'introduire un certain nombre de clarifications apportées par ladite jurisprudence pour une meilleure compréhension des définitions elles-mêmes sans viser à modifier la compréhension des concepts tels qu'ils ont été élaborés par la jurisprudence. [...]

[...]

(29) Il convient de rappeler que la présente directive ne s'applique qu'aux pouvoirs adjudicateurs des États membres. [...]

[...]

(107) Il est nécessaire de préciser les conditions dans lesquelles des modifications apportées à un marché en cours d'exécution imposent une nouvelle procédure de passation de marché, en tenant compte de la jurisprudence de la [Cour] en la matière. Il y a lieu d'engager une nouvelle procédure de passation de marché lorsque des modifications substantielles sont apportées au marché initial, notamment en ce qui concerne l'étendue et le contenu des droits et obligations réciproques des parties, y compris l'attribution de droits de propriété intellectuelle. Ces modifications attestent l'intention des parties de renégocier les conditions essentielles du marché. C'est notamment le cas de conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale, auraient influé sur son issue.

Il devrait toujours être possible d'apporter au marché des modifications entraînant une variation mineure de sa valeur jusqu'à un certain montant, sans devoir recourir à une nouvelle procédure de passation de marché. À cet effet, et afin de garantir la sécurité juridique, la présente directive devrait prévoir des seuils minimaux, en dessous desquels une nouvelle procédure de passation de marché n'est pas nécessaire. Il devrait être possible d'apporter au marché des modifications allant au-delà de ces seuils sans devoir recourir à une nouvelle procédure de passation de marché, pour autant que lesdites modifications respectent les conditions pertinentes énoncées dans la présente directive.

[...]

(109) Les pouvoirs adjudicateurs peuvent se trouver confrontés à des circonstances extérieures qu'ils ne pouvaient prévoir au moment de l'attribution du marché, notamment lorsque l'exécution de celui-ci s'étend sur une plus longue période. Dans un tel cas, une certaine marge de manœuvre est nécessaire pour pouvoir adapter le marché à ces circonstances sans engager de nouvelle procédure de passation de marché. [...]

[...]

(111) Les pouvoirs adjudicateurs devraient avoir la possibilité de prévoir, dans le marché même, des modifications au marché grâce à une clause de réexamen ou d'option, qui ne devrait cependant pas leur laisser toute latitude en la matière. La présente directive devrait donc préciser dans quelle mesure il est possible de prévoir des modifications dans le marché initial. [...] »

7 L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la directive 2014/24 prévoit :

« Au sens de la présente directive, la passation d'un marché est l'acquisition, au moyen d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs auprès d'opérateurs économiques choisis par lesdits pouvoirs, que ces travaux, fournitures ou services aient ou non une finalité publique. »

8 Le titre II de la directive 2014/24, intitulé « Règles applicables aux marchés publics », comprend, notamment, un chapitre IV, relatif à l'« [e]xécution du marché », dans lequel figurent les articles 70 à 73 de cette directive. L'article 72, lui-même intitulé « Modification de marchés en cours », dispose :

« 1. Les marchés et les accords-cadres peuvent être modifiés sans nouvelle procédure de passation de marché conformément à la présente directive dans l'un des cas suivants :

a) lorsque les modifications, quelle que soit leur valeur monétaire, ont été prévues dans les documents de marchés initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de révision du prix ou d'options claires, précises et univoques. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des éventuelles modifications ou options ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage. Elles ne permettent pas de modifications ou d'options qui changeraient la nature globale du marché ou de l'accord-cadre ;

- b) pour les travaux, services ou fournitures supplémentaires du contractant principal qui sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le marché initial, lorsqu'un changement de contractant :
- i) est impossible pour des raisons économiques ou techniques telles que l'obligation d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre d[u] marché initial ; et
  - ii) présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour le pouvoir adjudicateur.

Toutefois, toute augmentation de prix ne peut pas être supérieure à 50 % de la valeur du marché initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique à la valeur de chaque modification. Ces modifications consécutives ne visent pas à contourner les dispositions de la présente directive ;

- c) lorsque toutes les conditions suivantes sont remplies :
- i) la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un pouvoir adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir ;
  - ii) la modification ne change pas la nature globale du marché ;
  - iii) toute augmentation de prix n'est pas supérieure à 50 % de la valeur du marché ou de l'accord-cadre initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique à la valeur de chaque modification. Ces modifications consécutives ne visent pas à contourner les dispositions de la présente directive ;

[...]

- e) lorsque les modifications, quelle qu'en soit la valeur, ne sont pas substantielles au sens du paragraphe 4.

Les pouvoirs adjudicateurs qui ont modifié un marché dans les cas mentionnés aux points b) et c) du présent paragraphe publient un avis à cet effet au *Journal officiel de l'Union européenne*. Cet avis contient les informations prévues à l'annexe V, partie G, et il est publié conformément à l'article 51.

2. En outre, et sans qu'il soit besoin de vérifier si les conditions énoncées au paragraphe 4, points a) à d), sont remplies, les marchés peuvent également être modifiés sans qu'une nouvelle procédure de passation de marché conformément à la présente directive ne soit nécessaire lorsque la valeur de la modification est inférieure aux deux valeurs suivantes :

- i) les seuils fixés à l'article 4 ; et
- ii) 10 % de la valeur du marché initial pour les marchés de services et de fournitures et 15 % de la valeur du marché initial pour les marchés de travaux.

Toutefois, la modification ne peut pas changer la nature globale du marché ou de l'accord-cadre. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, la valeur est déterminée sur la base de la valeur cumulée nette des modifications successives.

[...]

5. Une nouvelle procédure de passation de marché conformément à la présente directive est requise pour des modifications des dispositions d'un marché public ou d'un accord-cadre en cours autres que celles prévues aux paragraphes 1 et 2. »

*La directive 2014/25/UE*

9 Aux termes des considérants 12, 113, 115 et 117 de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE (JO 2014, L 94, p. 243) :

« (12) Les notions de “pouvoirs adjudicateurs” et, en particulier, celle d’“organismes de droit public” ont fait, à plusieurs reprises, l’objet d’un examen dans la jurisprudence de la [Cour]. Afin d’indiquer clairement que le champ d’application *ratione personae* de la présente directive devrait demeurer inchangé, il convient de conserver la définition sur laquelle la Cour s’est fondée et d’introduire un certain nombre de clarifications apportées par ladite jurisprudence pour une meilleure compréhension des définitions elles-mêmes sans modifier le concept tel qu’il a été élaboré par la jurisprudence.

[...]

(113) Il est nécessaire de préciser les conditions dans lesquelles des modifications apportées à un marché en cours d’exécution imposent une nouvelle procédure de passation de marché, en tenant compte de la jurisprudence de la [Cour] en la matière. Il y a lieu d’engager une nouvelle procédure de passation de marché lorsque des modifications substantielles sont apportées au marché initial, notamment en ce qui concerne l’étendue et le contenu des droits et obligations réciproques des parties, y compris l’attribution de droits de propriété intellectuelle, car de telles modifications attestent de l’intention des parties de renégocier des clauses ou conditions essentielles du marché. C’est notamment le cas de conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale, auraient influé sur son issue.

Il devrait toujours être possible d’apporter au marché des modifications entraînant une variation mineure de sa valeur jusqu’à un certain montant, sans pour autant devoir engager une nouvelle procédure de passation de marché. À cet effet, et afin de garantir la sécurité juridique, la présente directive devrait prévoir des seuils minimaux, en dessous desquels une nouvelle procédure de passation de marché n’est pas nécessaire. Il devrait être possible d’apporter au marché des modifications allant au-delà de ces seuils sans devoir recourir à une nouvelle procédure de passation de marché, pour autant que lesdites modifications respectent les conditions pertinentes énoncées dans la présente directive.

[...]

(115) Les entités adjudicatrices peuvent se trouver confrontées à des circonstances extérieures qu’elles ne pouvaient prévoir au moment de l’attribution du marché, notamment lorsque l’exécution de celui-ci s’étend sur une plus longue période. Dans ce cas, une certaine souplesse est nécessaire pour pouvoir adapter le marché à ces circonstances sans engager de nouvelle procédure de passation de marché. [...]

[...]

(117) Les entités adjudicatrices devraient avoir la possibilité de prévoir, dans le marché même, des modifications grâce à une clause de réexamen ou d’option, qui ne devrait cependant pas leur laisser toute latitude en la matière. La présente directive devrait donc préciser dans quelle mesure il est possible de prévoir des modifications dans le marché initial. [...] »

10 L’article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de cette directive est libellé comme suit :

« Au sens de la présente directive, la passation d’un marché est l’acquisition, au moyen d’un marché de fournitures, de travaux ou de services de travaux, de fournitures ou de services par une ou plusieurs entités adjudicatrices auprès d’opérateurs économiques choisis par lesdites entités, à condition que ces travaux, fournitures ou services soient destinés à l’exercice de l’une des activités visées aux articles 8 à 14. »

11 Le titre II de la directive 2014/25, intitulé « Règles applicables aux marchés », comprend, notamment, un chapitre IV, relatif à l’« [e]xécution du marché », dans lequel figurent les articles 87 à 90 de cette

directive. L'article 89, lui-même intitulé « Modification de marchés en cours », dispose :

« 1. Les marchés et les accords-cadres peuvent être modifiés sans nouvelle procédure de passation de marché conformément à la présente directive dans l'un des cas suivants :

- a) lorsque les modifications, quelle qu'en soit la valeur monétaire, ont été prévues dans les documents de marché initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de révision du prix ou d'options claires, précises et dénuées d'ambiguïté. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des éventuelles modifications ou options ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage. Elles ne permettent pas de modifications ou d'options qui changeraient la nature globale du marché ou de l'accord-cadre ;
- b) pour les travaux, services ou fournitures supplémentaires du contractant principal, quelle qu'en soit la valeur, qui sont devenus nécessaires et qui ne figuraient pas dans le marché [initial], lorsqu'un changement de contractant :
  - i) est impossible pour des raisons économiques ou techniques telles que l'obligation d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, logiciels, services ou installations existants achetés dans le cadre du marché initial ; et
  - ii) présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour l'entité adjudicatrice ;
- c) lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies :
  - i) la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'une entité adjudicatrice diligente ne pouvait pas prévoir ;
  - ii) la modification ne change pas la nature globale du marché ;

[...]

- e) lorsque les modifications, quelle qu'en soit la valeur, ne sont pas substantielles au sens du paragraphe 4.

Les entités adjudicatrices qui ont modifié un marché dans les cas mentionnés aux points b) et c) du présent paragraphe publient un avis à cet effet au *Journal officiel de l'Union européenne*. Cet avis contient les informations prévues à l'annexe XVI et est publié conformément à l'article 71.

2. En outre, et sans qu'il soit besoin de vérifier si les conditions énoncées au paragraphe 4, points a) à d), sont remplies, les marchés peuvent également être modifiés sans qu'une nouvelle procédure de passation de marché conformément à la présente directive soit nécessaire lorsque la valeur de la modification est inférieure aux deux valeurs suivantes :

- i) les seuils fixés à l'article 15 ; et
- ii) 10 % de la valeur du marché initial pour les marchés de services et de fournitures et 15 % de la valeur du marché initial pour les marchés de travaux.

Toutefois, la modification ne peut pas changer la nature globale du marché ou de l'accord-cadre. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, la valeur est déterminée sur la base de la valeur cumulée nette des modifications successives.

3. Pour le calcul du prix visé au paragraphe 2, le prix actualisé est la valeur de référence lorsque le marché comporte une clause d'indexation.

4. Une modification d'un marché ou d'un accord-cadre en cours est considérée comme substantielle au sens du paragraphe 1, point e), lorsqu'elle rend le marché ou l'accord-cadre sensiblement différent par nature de celui conclu au départ. En tout état de cause, sans préjudice des paragraphes 1 et 2, une modification est considérée comme substantielle lorsqu'une des conditions suivantes est remplie :

- a) elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale de passation de marché, auraient permis l'admission d'autres candidats que ceux retenus initialement ou l'acceptation d'une offre autre que celle initialement acceptée ou auraient attiré davantage de participants à la procédure de passation de marché ;
  - b) elle modifie l'équilibre économique du marché ou de l'accord-cadre en faveur du contractant d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché ou l'accord-cadre initial ;
  - c) elle élargit considérablement le champ d'application du marché ou de l'accord-cadre ;
  - d) lorsqu'un nouveau contractant remplace celui auquel l'entité adjudicatrice a initialement attribué le marché dans d'autres cas que ceux prévus au paragraphe 1, point d).
5. Une nouvelle procédure de passation de marché conformément à la présente directive est requise pour des modifications des dispositions d'un marché de travaux, de fournitures ou de services ou d'un accord-cadre en cours autres que celles prévues aux paragraphes 1 et 2. »

### *Le droit hongrois*

- 12 L'article 2, paragraphe 1, de la közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (loi n° CXLI relative aux marchés publics, ci-après la « loi sur les marchés publics ») prévoit :

« Le pouvoir adjudicateur doit veiller à la loyauté et à la transparence de la concurrence dans la procédure de passation de marché et au caractère public de cette procédure, que l'opérateur économique doit respecter. »

- 13 L'article 141 de cette loi, qui fixe les différents cas dans lesquels les parties à un contrat de marché public peuvent modifier celui-ci, dispose, à son paragraphe 8 :

« Le contrat, en dehors des cas qui font l'objet des dispositions du présent article, ne peut être modifié qu'à la suite de l'organisation d'une nouvelle procédure de passation de marché. Si la modification du contrat intervient en écartant illégalement la procédure de marché public, la modification est nulle en vertu de l'article 137, paragraphe 1, sous a). »

- 14 L'article 153, paragraphe 1, de ladite loi énonce :

« Le Közbeszerzési Hatóság Elnöke [(président de l'autorité des marchés publics, Hongrie)] prend l'initiative d'enclencher la procédure d'office devant la [commission arbitrale]

[...]

c) s'il est plausible, au vu du résultat du contrôle effectué par l'autorité des marchés publics en vertu de l'article 187, paragraphe 2, sous j), ou même sans engager de contrôle administratif, que la modification ou l'exécution du contrat s'est faite en violation de la présente loi, notamment si une infraction telle que visée à l'article 142, paragraphe 2 a été commise ;

[...] »

- 15 Aux termes de l'article 165 de la même loi :

« [...]

(2) Dans sa décision, la [commission arbitrale]

[...]

d) constate qu'une infraction a été commise et applique les conséquences juridiques prévues au paragraphe 3 ;

e) dans les cas visés au paragraphe 6, constate l'infraction et inflige une amende ;

[...]

(3) Si, dans sa décision, elle constate une infraction, la [commission arbitrale]

[...]

d) peut infliger une amende à l'entité ou à la personne contrevenante ainsi qu'à la personne ou à l'entité qui entretient une relation juridique avec l'entité ou la personne responsable de l'infraction et qui est également responsable de l'infraction.

[...]

(6) La [commission arbitrale] constate l'infraction et inflige une amende si

a) la procédure de passation de marché est écartée illégalement du fait de l'infraction ;

[...]

e) le président de l'autorité des marchés publics a entamé la procédure d'office [de l'article 153] et la commission arbitrale a constaté qu'une infraction avait été commise.

[...] »

16 L'article 176 de la loi sur les marchés publics dispose :

« (1) Si, dans sa décision sur le fond de l'affaire, la [commission arbitrale] constate une infraction visée à l'article 137, paragraphe 1, elle entame une procédure contentieuse visant à faire déclarer l'invalidité du contrat et l'application des conséquences juridiques de l'illégalité.

[...]

(4) Si, à l'issue du contentieux visé au paragraphe 1, le juge constate l'invalidité du contrat pour les motifs définis à l'article 137, paragraphe 1, il tire les conséquences juridiques de cette invalidité conformément aux dispositions du Code civil et de la présente loi.

(5) Si le juge déclare valable, en vertu de l'article 137, paragraphe 3, le contrat conclu à l'issue de la procédure de passation de marché, il est tenu d'infliger une amende dont le montant, compte tenu de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, s'élève au maximum à 15 % de la valeur du contrat. Si, lorsqu'il tire les conséquences juridiques de l'illégalité, le juge ordonne le remboursement de la contrepartie du service resté sans contrepartie, il est tenu d'infliger une amende dont le montant, compte tenu de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, s'élève au maximum à 10 % de la valeur du contrat.

(6) Le contentieux visé au paragraphe 1 relève de la compétence exclusive du juge administratif et du travail qui, dans le cas d'une même infraction aux règles de passation des marchés, applique la procédure du contentieux administratif de l'article 170. [...] »

17 L'article 240, paragraphe 1, de la Polgári Törvénykönyvről szóló 1959. évi IV. törvény (loi n° IV de 1959 instituant le code civil) est libellé comme suit :

« Sous réserve des exceptions prévues par les réglementations, les parties peuvent d'un commun accord modifier le contenu du contrat ou la nature juridique de leurs engagements. »

### **Le litige au principal et les questions préjudicielles**

18 BKK, société créée par le pouvoir municipal de Budapest-Capitale (Hongrie), exerce l'activité d'opérateur des services de transport en commun dans cette ville.

- 19 À l'issue d'une procédure d'appel d'offres restreinte relative à la fabrication, au transport, à l'installation et à la mise en exploitation de distributeurs de titres de transport, BKK a, en tant que pouvoir adjudicateur, conclu, le 4 septembre 2013, avec T-Systems, un contrat d'un montant de 5 561 690 409 forints hongrois (HUF) (environ 18 500 000 euros).
- 20 Les parties ont modifié ce contrat à plusieurs reprises. En particulier, par un amendement du 13 juillet 2017, BKK a enjoint à T-Systems d'ajouter au système de contrôle central des distributeurs de titres de transport un module logiciel permettant l'acquisition de ces titres par Internet.
- 21 Ultérieurement, il a été stipulé que le montant de la contrepartie supplémentaire correspondant aux différents amendements contractuels ne pourrait pas dépasser la somme de 2 530 195 870 HUF (environ 8 200 000 euros).
- 22 Le 29 septembre 2017, le président de l'autorité des marchés publics a entamé, sur le fondement de l'article 153, paragraphe 1, sous c), de la loi sur les marchés publics, une procédure d'office à l'encontre des parties au contrat pour violation, notamment, de l'article 141, paragraphe 2 et paragraphe 4, sous b) et c), de cette loi et saisi la commission arbitrale à cet effet.
- 23 La commission arbitrale a considéré que, pour chacun des amendements au contrat, une nouvelle procédure de passation de marché public aurait dû être suivie. Elle a rappelé que le respect des conditions prévues par le droit des marchés publics en matière de modification de contrats s'impose aux deux parties au contrat, ce qui implique que, si celles-ci ont fait une application illégale de ces dispositions, elles doivent être regardées comme ayant chacune commis une infraction.
- 24 En conséquence, la commission arbitrale a estimé que, par les amendements contractuels, les parties au contrat avaient enfreint notamment les dispositions de l'article 141, paragraphe 8, de la loi sur les marchés publics. En tenant compte notamment des dispositions de l'article 165, paragraphe 3, sous d), de cette loi, elle a infligé une amende de 80 000 000 HUF (environ 258 941 euros) à BKK et une amende de 70 000 000 HUF (environ 226 573 euros) à T-Systems.
- 25 Celle-ci a formé un recours devant la Fővárosi Törvényszék (cour de Budapest-Capitale, Hongrie) afin de faire constater l'absence d'infraction dans son chef et, par suite, de faire réformer la décision lui ayant infligé une amende.
- 26 T-Systems estime que l'obligation d'organiser une procédure de passation de marché public s'impose au pouvoir adjudicateur et qu'un adjudicataire ne saurait être rendu responsable d'une décision prise par celui-ci quant à ses besoins en matière de marchés publics. Ainsi, en l'occurrence, en lui faisant supporter les conséquences des décisions adoptées par BKK, la commission arbitrale aurait porté atteinte aux principes de sécurité juridique et de l'État de droit.
- 27 T-Systems considère que le pouvoir adjudicateur est l'unique destinataire de la norme de droit figurant à l'article 141, paragraphe 8, de la loi sur les marchés publics et que, à ce titre, lui seul est en mesure de commettre l'infraction sanctionnée par cette disposition.
- 28 T-Systems est d'avis que les exigences de prévisibilité et de diligence s'imposent au pouvoir adjudicateur et que la violation de ces exigences ne peut être imputée qu'à ce dernier lorsque celui-ci prend l'initiative d'amender un contrat.
- 29 BKK a également contesté, devant la juridiction de renvoi, la décision lui infligeant une amende, en demandant, principalement, le réexamen de cette décision, la constatation de l'absence d'infraction résultant des modifications du contrat en cause au principal et l'annulation de cette amende.
- 30 La commission arbitrale demande à la juridiction de renvoi de constater l'invalidité des amendements apportés au contrat en cause au principal, d'ordonner, si elle l'estime nécessaire, le rétablissement de la situation antérieure à ce contrat et de rejeter les conclusions de BKK et de T-Systems. Elle précise que, à l'égard de cette dernière société, elle n'a constaté l'existence d'une infraction que pour la violation des normes de droit dont celle-ci était la destinataire, à savoir les dispositions de l'article 141 de la loi sur les marchés publics. Elle fait observer que les dispositions du code civil prévoient qu'il est nécessaire que les deux parties agissent conjointement pour qu'il y ait modification d'un contrat, ce qui

justifie l'examen de la violation des règles relatives à la modification du contrat à l'égard des deux parties.

- 31 Le président de l'autorité des marchés publics estime, de son côté, que l'accomplissement régulier de la procédure de passation de marché public incombe, avant tout, mais pas exclusivement, au pouvoir adjudicateur. Il souligne qu'il n'est pas rare que l'attributaire d'un marché public prenne l'initiative de modifier un contrat. Il mentionne également le principe fondamental du droit civil selon lequel la modification du contrat suppose le commun accord des parties concernées.
- 32 La juridiction de renvoi rappelle qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'organiser une procédure de passation de marché public.
- 33 Elle considère que, en vue de maintenir une concurrence aussi large que possible, même après la signature du contrat, des sanctions strictes sont attachées aux comportements infractionnels résultant des relations juridiques entre les parties. Elle précise que ces relations entrent dans le domaine du droit civil du fait de la conclusion du contrat.
- 34 La juridiction de renvoi est d'avis qu'il découle des dispositions de l'article 141 de la loi sur les marchés publics que, si la modification d'un contrat ne peut intervenir que d'un commun accord des parties, le pouvoir adjudicateur est le seul qui puisse être visé par une infraction aux règles en matière de marchés publics, en ce qu'il relève du champ d'application *ratione personae* de la réglementation.
- 35 Elle indique que les dispositions de la réglementation nationale en matière de recours ne précisent pas quels sont les acteurs de la procédure de passation de marché qui peuvent être sanctionnés. Or, afin de déterminer quel sujet de droit doit être considéré comme ayant enfreint une règle, il faudrait déterminer quelle personne est la destinataire de la disposition qui a été enfreinte. Elle estime que la sanction prévue, qui est de nature répressive et doit frapper uniquement l'auteur de l'infraction, concerne la personne tenue de mener une procédure de marché, à savoir le pouvoir adjudicateur.
- 36 La juridiction de renvoi fait référence à plusieurs arrêts de juridictions hongroises dont il ressort que le pouvoir adjudicateur ou l'opérateur économique a été dispensé du paiement de l'amende infligée, notamment en raison du fait que ce dernier n'était pas responsable de l'organisation de la procédure de passation de marché.
- 37 La juridiction de renvoi indique que la circonstance que l'attributaire d'un marché est destinataire des dispositions de la loi sur les marchés publics relatives à la modification des contrats ne saurait permettre de retenir à son égard une responsabilité identique à celle qui pèse sur le pouvoir adjudicateur du point de vue du droit des marchés publics.
- 38 Elle estime que, si la responsabilité des parties au contrat peut être mise en cause du point de vue de ce droit, il convient de leur assurer la possibilité de fournir des éléments probants de nature à clarifier leur implication dans la modification du contrat en cause et dans la commission de l'éventuelle infraction.
- 39 Dans ces conditions, la Fővárosi Törvényszék (cour de Budapest-Capitale) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :
- « 1) Les articles 41, paragraphe 1, et 47 de la [Charte] et les dispositions des considérants 10, 29, 107, 109 et 111 ainsi que de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, et de l'article 72 de la directive [2014/24] font-ils obstacle à une règle ou disposition nationale ou à une pratique d'interprétation et d'application de cette règle ou disposition nationale en vertu de laquelle une violation du droit du fait qu'une procédure de passation d'un marché public a été irrégulièrement écartée au moyen d'une violation supposée des règles relatives à la modification des contrats ainsi que du fait du non-respect des dispositions relatives à la modification des contrats est imputée non seulement au pouvoir adjudicateur mais également au soumissionnaire qui a contracté avec lui, compte tenu de la relation d'obligation qui a vu le jour entre les parties contractantes, sur la base du fait qu'en vue de la modification irrégulière des contrats, un comportement conjoint des parties était nécessaire ?

- 2) S'il convient de donner une réponse négative à la première question, les considérants 19, 20 et 21 de la directive [2007/66] et l'article 2 sexies, paragraphe 2, de la directive [89/665] ainsi que l'article 2 sexies, paragraphe 2, ayant le même contenu, de la directive [92/13] font-ils obstacle, compte tenu des articles 41, paragraphe 1, et 47 de la [Charte] ainsi que des dispositions des considérants 10, 29, 107, 109 et 111 et des articles 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, et 72 de la directive [2014/24], à une règle ou disposition nationale ou à une pratique d'interprétation et d'application de cette règle ou disposition nationale en vertu de laquelle une sanction (amende) peut également, du fait qu'une procédure de passation d'un marché public a été irrégulièrement écartée ainsi que du fait du non-respect des dispositions relatives à la modification des contrats, être infligée au soumissionnaire qui a contracté avec le pouvoir adjudicateur, en plus de la réduction de la durée du contrat ?
- 3) S'il convient de donner une réponse négative aux deux premières questions, le juge de céans attend de la Cour des indications sur la question de savoir si, lorsqu'il s'agit d'établir le montant de la sanction (amende), il suffit qu'il existe une relation contractuelle entre les parties au contrat, sans qu'il y ait lieu d'examiner les comportements et interventions des parties qui ont abouti à la modification du contrat ? »

## Sur les questions préjudicielles

### *Observations liminaires*

- 40 Selon la juridiction de renvoi, la solution du litige au principal dépend du point de savoir si la Charte ainsi que les directives 89/665, 92/13, 2007/66 et 2014/24 s'opposent à une réglementation nationale qui, dans le cadre d'une procédure de recours enclenchée d'office par une autorité de contrôle, permet d'imputer une infraction et d'imposer une amende non seulement au pouvoir adjudicateur mais également à l'attributaire d'un contrat de marché public, dans le cas où, à l'occasion de la modification de ce contrat en cours d'exécution, les règles de passation des marchés publics ont été irrégulièrement écartées.
- 41 En premier lieu, il convient de constater que les dispositions de la Charte ne sont pas pertinentes pour éclairer la juridiction de renvoi dans le cadre du litige au principal.
- 42 En effet, d'une part, il résulte clairement du libellé de l'article 41 de la Charte que celui-ci s'adresse non pas aux États membres mais uniquement aux institutions, organes et organismes de l'Union (arrêt du 26 mars 2020, HUNGEOD e.a., C-496/18 et C-497/18, EU:C:2020:240, point 63 ainsi que jurisprudence citée).
- 43 D'autre part, s'agissant de l'article 47 de la Charte, également invoqué par la juridiction de renvoi, il y a lieu de rappeler que, lorsqu'ils définissent les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits conférés par le droit de l'Union aux candidats et aux soumissionnaires lésés par des décisions des pouvoirs adjudicateurs, les États membres doivent veiller à ce qu'il ne soit pas porté atteinte aux droits conférés aux particuliers par le droit de l'Union, en particulier au droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, consacré à cet article 47 de la Charte (arrêt du 26 mars 2020, HUNGEOD e.a., C-496/18 et C-497/18, EU:C:2020:240, point 64 ainsi que jurisprudence citée).
- 44 Or, il ne ressort d'aucun élément du dossier dont dispose la Cour que la procédure à l'issue de laquelle une amende est infligée, en cas de modification illégale d'un contrat de marché public en cours d'exécution, non seulement au pouvoir adjudicateur mais également à l'attributaire du marché aurait pour effet de porter atteinte au droit à un recours effectif ou à celui d'accéder à un tribunal impartial.
- 45 En second lieu, il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante, dans le cadre de la procédure de coopération entre les juridictions nationales et la Cour instituée à l'article 267 TFUE, il appartient à celle-ci de donner au juge national une réponse utile qui lui permette de trancher le litige dont il est saisi. Dans cette optique, il incombe, le cas échéant, à la Cour de reformuler les questions qui lui sont soumises. En outre, la Cour peut être amenée à prendre en considération des normes du droit de l'Union auxquelles le juge national n'a pas fait référence dans l'énoncé de sa question (arrêts

du 12 décembre 1990, SARPP, C-241/89, EU:C:1990:459, point 8, et du 8 juin 2017, Medisanus, C-296/15, EU:C:2017:431, point 55).

- 46 En l'occurrence, dans la mesure où le marché en cause au principal portait sur la fabrication, le transport, l'installation et la mise en exploitation de distributeurs de titres de transport, c'est la directive 2014/25 qui est susceptible de trouver application, et non la directive 2014/24, ce qu'il appartient toutefois à la juridiction de renvoi de vérifier.
- 47 Dès lors, afin de fournir une réponse utile à cette juridiction, il y a lieu de prendre en considération les considérants 12, 113, 115 et 117 ainsi que l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, et l'article 89 de la directive 2014/25, qui correspondent, dans cette dernière directive, aux considérants et aux dispositions de la directive 2014/24 invoqués dans la demande de décision préjudicielle.
- 48 Dans ces conditions, il convient de considérer que la juridiction de renvoi demande, par ses première et deuxième questions, si l'article 2 sexies, paragraphe 2, de la directive 89/665, l'article 2 sexies, paragraphe 2, de la directive 92/13, les considérants 19 à 21 de la directive 2007/66, les considérants 12, 113, 115 et 117, l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, et l'article 89 de la directive 2014/25 s'opposent à une réglementation nationale qui, dans le cadre d'une procédure de recours enclenchée d'office par une autorité de contrôle, permet d'imputer une infraction et d'imposer une amende non seulement au pouvoir adjudicateur mais également à l'attributaire du marché, dans le cas où, à l'occasion de la modification de ce contrat en cours d'exécution, les règles de passation des marchés publics ont été irrégulièrement écartées, et, par sa troisième question, si, en cas de réponse négative aux première et deuxième questions, le montant de l'amende sanctionnant la modification illégale du contrat de marché public conclu entre le pouvoir adjudicateur et l'attributaire du marché doit être fixé en tenant compte de la seule existence de la relation contractuelle entre ces parties ou s'il est nécessaire de prendre en considération les comportements propres à chacune desdites parties.

### *Sur les première et deuxième questions*

- 49 Par ses première et deuxième questions, la juridiction de renvoi demande si l'article 2 sexies, paragraphe 2, de la directive 89/665, l'article 2 sexies, paragraphe 2, de la directive 92/13, les considérants 19 à 21 de la directive 2007/66, les considérants 12, 113, 115 et 117, l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, ainsi que l'article 89 de la directive 2014/25 doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale qui, dans le cadre d'une procédure de recours enclenchée d'office par une autorité de contrôle, permet d'imputer une infraction et d'imposer une amende non seulement au pouvoir adjudicateur mais également à l'attributaire du marché, dans le cas où, à l'occasion de la modification de ce contrat en cours d'exécution, les règles de passation des marchés publics ont été irrégulièrement écartées.
- 50 En premier lieu, il convient de souligner que, certes, les directives 89/665 et 92/13 se bornent à prévoir que les États membres s'assurent que les procédures de recours soient accessibles au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée (arrêt du 26 mars 2020, HUNGEOD e.a., C-496/18 et C-497/18, EU:C:2020:240, point 71).
- 51 En effet, les dispositions de ces directives tendent à protéger les opérateurs économiques contre l'arbitraire du pouvoir adjudicateur et visent ainsi à s'assurer de l'existence, dans tous les États membres, de moyens de recours efficaces, afin de garantir l'application effective des règles de l'Union en matière de passation des marchés publics, en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées (arrêt du 26 mars 2020, HUNGEOD e.a., C-496/18 et C-497/18, EU:C:2020:240, point 72).
- 52 C'est dans cette perspective que l'article 2 sexies de la directive 89/665 et l'article 2 sexies de la directive 92/13, qui sont libellés dans les mêmes termes, imposent aux États membres de prévoir, en cas de violation de certaines dispositions de ces directives, soit l'absence d'effets du marché, soit des sanctions de substitution pouvant consister en l'imposition de pénalités financières au pouvoir adjudicateur.

- 53 Pour autant, si les directives 89/665 et 92/13 imposent l'existence de voies de recours à la disposition d'entreprises ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésées par une violation alléguée, elles ne sauraient être considérées comme procédant à une harmonisation complète et, partant, comme envisageant l'ensemble des voies de recours possibles en matière de marchés publics (arrêt du 26 mars 2020, HUNGEOD e.a., C-496/18 et C-497/18, EU :C :2020:240, point 73).
- 54 Il s'ensuit que l'article 2 sexies de la directive 89/665 et l'article 2 sexies de la directive 92/13 ne se rapportent qu'aux recours engagés par des entreprises ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésées par une violation alléguée.
- 55 Dans ces conditions, ces articles ne sauraient faire obstacle ni à ce qu'une procédure de recours puisse être enclenchée d'office par une autorité de contrôle ni à ce qu'une infraction tenant à la modification d'un contrat de marché public en cours d'exécution en violation des règles de passation des marchés publics puisse être imputée non seulement au pouvoir adjudicateur mais également à l'attributaire du marché et, par conséquent, à ce qu'une sanction sous forme d'amende soit imposée tant au pouvoir adjudicateur qu'à ce dernier.
- 56 Au demeurant, les considérants 19 à 21 de la directive 2007/66, laquelle a inséré ces articles 2 sexies dans les directives 89/665 et 92/13, n'infirmement aucunement une telle interprétation.
- 57 En second lieu, il ne saurait être déduit ni de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la directive 2014/25, qui délimite le champ d'application tant matériel que personnel de celle-ci, ni du considérant 12 de cette directive, qui, à l'appui de cette disposition, précise notamment la notion de « pouvoir adjudicateur », que les attributaires de marchés publics ne sont pas visés par les règles de droit qu'énonce ladite directive.
- 58 En effet, d'une part, aux termes de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la directive 2014/25, la passation d'un marché est l'acquisition, au moyen d'un marché de fournitures, de travaux ou de services de travaux, de fournitures ou de services par une ou plusieurs entités adjudicatrices auprès d'opérateurs économiques qui, après avoir candidaté ou soumissionné, ont été choisis par lesdites entités. Il s'ensuit que l'expression « opérateurs économiques » utilisée dans cette disposition englobe nécessairement les attributaires de marchés publics.
- 59 D'autre part, l'article 89 de la directive 2014/25, intitulé « Modification de marchés en cours » et qui fait partie du chapitre IV, relatif à l'exécution du marché, du titre II de cette directive, confirme l'applicabilité de ladite directive aux attributaires de marchés.
- 60 En effet, cet article énumère, à ses paragraphes 1 et 2, les différentes hypothèses dans lesquelles un marché en cours d'exécution peut être modifié par les parties contractantes, à savoir le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire, sans qu'il soit recouru à une nouvelle procédure de passation, que cette modification donne lieu ou non à la publication d'un avis au *Journal officiel de l'Union européenne*.
- 61 Quant à l'article 89, paragraphe 5, de cette directive, celui-ci rend obligatoire l'organisation d'une nouvelle procédure de passation de marché pour des modifications des dispositions d'un marché public autres que celles prévues aux paragraphes 1 et 2 de cet article. Il s'ensuit que l'organisation d'une nouvelle procédure de passation de marché est requise pour des modifications qui présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial et qui sont, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce marché (voir, par analogie, arrêts du 19 juin 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, point 34, et du 29 avril 2010, Commission/Allemagne, C-160/08, EU:C:2010:230, point 99).
- 62 Pour autant, l'article 89, paragraphe 5, de ladite directive ne prévoit pas les conséquences qu'il convient, pour les autorités nationales, de tirer de la circonstance qu'un marché public en cours d'exécution a été modifié de manière substantielle sans qu'il ait été recouru à une nouvelle procédure de passation de marché.

- 63 Il convient, en outre, de relever que les considérants 113, 115 et 117 de la directive 2014/25, mentionnés par la juridiction de renvoi, n'apportent aucun éclairage à cet égard, le considérant 113 exposant, d'ailleurs, que des modifications substantielles d'un marché public en cours d'exécution attestent l'intention des parties à ce marché d'en renégocier des clauses ou des conditions essentielles.
- 64 Il découle de ce qui précède que, dans la mesure où ni l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, ni l'article 89 de la directive 2014/25 ne procèdent à une harmonisation complète, aucune de ces deux dispositions ne saurait faire obstacle à ce que, dans le cadre d'une procédure de recours enclenchée d'office par une autorité de contrôle, une infraction constituée par la modification d'un contrat de marché public en cours d'exécution en violation des règles de passation des marchés publics soit imputée non seulement au pouvoir adjudicateur mais également à l'attributaire de ce marché et, par conséquent, à ce qu'une sanction sous forme d'amende soit imposée à ce dernier.
- 65 Il n'en reste pas moins que, lorsqu'elle est prévue par une réglementation nationale, une procédure de recours enclenchée d'office par une autorité de contrôle qui aboutit à imputer à l'attributaire d'un marché public une infraction en raison de la modification illégale dudit marché en cours d'exécution et, partant, à lui imposer une amende doit être conforme au droit de l'Union dans la mesure où un tel marché relève lui-même du champ d'application matériel des directives sur les marchés publics, que ce soit ab initio ou à la suite de sa modification illégale.
- 66 Dès lors, une telle procédure de recours d'office doit respecter le droit de l'Union, y compris les principes généraux de celui-ci.
- 67 Eu égard à ce qui précède, il convient de répondre aux première et deuxième questions que l'article 2 sexies, paragraphe 2, de la directive 89/665, l'article 2 sexies, paragraphe 2, de la directive 92/13, les considérants 19 à 21 de la directive 2007/66, ainsi que les considérants 12, 113, 115 et 117, l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, et l'article 89 de la directive 2014/25 doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation nationale qui, dans le cadre d'une procédure de recours enclenchée d'office par une autorité de contrôle, permet d'imputer une infraction et d'imposer une amende non seulement au pouvoir adjudicateur mais également à l'attributaire du marché, dans le cas où, à l'occasion de la modification d'un contrat de marché public en cours d'exécution, les règles de passation des marchés publics ont été irrégulièrement écartées. Toutefois, lorsqu'une telle possibilité est prévue par la réglementation nationale, la procédure de recours doit respecter le droit de l'Union, y compris les principes généraux de celui-ci, dans la mesure où le marché public concerné relève lui-même du champ d'application matériel des directives sur les marchés publics, que ce soit ab initio ou à la suite de sa modification illégale.

### *Sur la troisième question*

- 68 Par sa troisième question, la juridiction de renvoi demande si, en cas de réponse négative aux première et deuxième questions, le montant de l'amende sanctionnant la modification illégale d'un contrat de marché public conclu entre le pouvoir adjudicateur et l'attributaire du marché doit être fixé en tenant compte de la seule existence de la relation contractuelle entre ces parties, en vertu de laquelle celles-ci devraient agir conjointement pour modifier le contrat de marché public qui les lie, ou s'il est nécessaire de prendre en considération les comportements propres à chacune desdites parties.
- 69 Ainsi qu'il ressort du point 65 du présent arrêt, lorsqu'elle est prévue par une réglementation nationale, une procédure de recours enclenchée d'office par une autorité de contrôle qui aboutit à imputer à l'attributaire d'un marché public une infraction en raison de la modification illégale dudit marché en cours d'exécution et, partant, à lui imposer une amende doit être conforme au droit de l'Union dans la mesure où un tel marché relève du champ d'application matériel des directives sur les marchés publics, que ce soit ab initio ou à la suite de sa modification illégale.
- 70 Eu égard à la portée de la troisième question, il est dès lors nécessaire de déterminer les exigences découlant du principe de proportionnalité qui doivent être respectées lorsque, dans le cadre d'une procédure de recours d'office, il y a lieu de fixer le montant de l'amende imposée à l'attributaire du marché public.

- 71 Il convient de rappeler que, selon le principe de proportionnalité, qui constitue un principe général du droit de l'Union, les règles établies par les États membres ou les pouvoirs adjudicateurs dans le cadre de l'application des directives sur les marchés publics ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs visés par ces directives (voir, en ce sens, arrêts du 8 février 2018, *Lloyd's of London*, C-144/17, EU:C:2018:78, point 32, et du 30 janvier 2020, *Tim*, C-395/18, EU:C:2020:58, point 45).
- 72 En l'occurrence, s'il appartient à la juridiction de renvoi d'apprécier si le montant de l'amende imposée à T-Systems est proportionné aux objectifs de la loi sur les marchés publics, l'autorité de contrôle ou la juridiction de renvoi ne peut fixer un tel montant en se bornant à prendre en considération la seule circonstance que, en vertu de la relation contractuelle qui les lie, les parties doivent agir conjointement pour qu'il y ait modification de leur contrat de marché public. En effet, ce montant doit être fixé en relation avec le comportement ou les agissements des parties au contrat de marché public concerné pendant la période au cours de laquelle elles ont envisagé de modifier celui-ci.
- 73 S'agissant plus particulièrement de l'attributaire, il pourra être tenu compte notamment du fait qu'il a pris l'initiative de proposer la modification du contrat ou qu'il a suggéré, voire exigé du pouvoir adjudicateur, de ne pas organiser de procédure de passation de marché pour répondre aux besoins nécessitant de modifier ce contrat.
- 74 En revanche, le montant de l'amende imposée audit attributaire ne saurait dépendre de la circonstance qu'il n'a pas été recouru à une procédure de passation de marché pour modifier le contrat, dès lors que la décision de recourir à une telle procédure relève des prérogatives du seul pouvoir adjudicateur.
- 75 Par conséquent, il convient de répondre à la troisième question que le montant de l'amende sanctionnant la modification illégale d'un contrat de marché public conclu entre un pouvoir adjudicateur et un attributaire doit être fixé en prenant en considération les comportements propres à chacune de ces parties.

### Sur les dépens

- 76 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 (quatrième chambre) dit pour droit :

- 1) **L'article 2 sexies, paragraphe 2, 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, telle que modifiée par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007, l'article 2 sexies, paragraphe 2, de la directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, telle que modifiée par la directive 2007/66, les considérants 19 à 21 de la directive 2007/66, ainsi que les considérants 12, 113, 115 et 117, l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, et l'article 89 de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation nationale qui, dans le cadre d'une procédure de recours enclenchée d'office par une autorité de contrôle, permet d'imputer une infraction et d'imposer une amende non seulement au pouvoir adjudicateur mais également à l'attributaire du marché, dans le cas où, à l'occasion de la modification d'un contrat de marché public en cours d'exécution, les règles de passation des marchés**

**publics ont été irrégulièrement écartées. Toutefois, lorsqu'une telle possibilité est prévue par la réglementation nationale, la procédure de recours doit respecter le droit de l'Union, y compris les principes généraux de celui-ci, dans la mesure où le marché public concerné relève lui-même du champ d'application matériel des directives sur les marchés publics, que ce soit ab initio ou à la suite de sa modification illégale.**

- 2) Le montant de l'amende sanctionnant la modification illégale d'un contrat de marché public conclu entre un pouvoir adjudicateur et un attributaire doit être fixé en prenant en considération les comportements propres à chacune de ces parties.**

Signatures

---

\* Langue de procédure : le hongrois.