

La preuve de l'équivalence d'un produit à la marque citée par les spécifications techniques doit être apportée dans l'offre

Note sous l'arrêt

C.J.U.E., *VAR et ATM c. Iveco Oecchia*, C-14/17 du 12 juillet 2018

MAXIME VANDERSTRAETEN

Avocat au barreau de Bruxelles

Assistant à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

1. Les spécifications techniques définissent les caractéristiques attendues des travaux, des fournitures ou des services.

Elles peuvent être formulées (i) en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, (ii) par référence à des spécifications techniques (normes), (iii) par une combinaison des deux modalités précitées (les spécifications techniques étant présumées conformes aux exigences fonctionnelles), ou (iv) par un usage simultané des spécifications (pour certaines caractéristiques) et des exigences fonctionnelles (pour d'autres caractéristiques)⁽¹⁾.

Lorsque le pouvoir adjudicateur ne définit pas ses besoins en termes fonctionnels, il doit accompagner chaque référence à une norme de la mention « ou équivalent ».

Le soumissionnaire a le droit de démontrer, par tout moyen approprié (comme un rapport d'essai ou une certification⁽²⁾), que les solutions qu'il propose répondent aux conditions de performance ou aux exigences fonctionnelles, ou satisfont de manière équivalente aux spécifications techniques définies par le pouvoir adjudicateur. La loi précise que cette démonstration est apportée *dans l'offre*⁽³⁾.

2. Les spécifications doivent donner aux opérateurs économiques une égalité d'accès à la procédure de passation et ne peuvent avoir pour effet que des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence soient soulevés⁽⁴⁾.

Plus précisément, les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'une « fabrication ou d'une provenance déterminée ou d'un procédé particulier qui caractérise les produits ou les services fournis par un opérateur économique spécifique, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, à une origine ou à une production déterminée qui auraient pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou certains produits »⁽⁵⁾.

La mention d'une marque, d'un brevet, d'un procédé, etc., n'est autorisée à titre exceptionnel que⁽⁶⁾ :

- lorsqu'il ne serait pas possible de fournir une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché en termes de performances fonctionnelles ou au moyen de spécifications techniques. Dans ce cas, la mention est accompagnée des termes « ou équivalent » ;
- lorsqu'elle est justifiée par l'objet du marché⁽⁷⁾.

(1) Art. 53, § 3, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. La Cour a jugé qu'il n'existe pas de hiérarchie entre ces méthodes (C.J.U.E., *Roche Lietuva*, C-413/17, 25 octobre 2018).

(2) Art. 55 de la loi du 17 juin 2016.

(3) Art. 53, §§ 5 et 6, de la loi du 17 juin 2016.

(4) Art. 53, § 2, de la loi du 17 juin 2016. À propos des spécifications techniques discriminatoires, voy. M. VANDERSTRAETEN, « L'exception du "fournisseur unique" et les spécifications techniques discriminatoires : la rigidité du droit à l'épreuve des contraintes de la pratique », *Chronique des marchés publics 2018-2019*, Bruxelles, EBP, 2019, pp. 242-244.

(5) Art. 53, § 4, de la loi du 17 juin 2016. Le simple effet discriminatoire de la spécification technique suffit. Il n'est pas requis que, par la mention contestée, le pouvoir adjudicateur ait entendu poursuivre le but de favoriser ou d'éliminer l'une ou l'autre entreprise (G. DEREAU, « Les différents documents du marché », in *Le droit des marchés publics en Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 614).

(6) Art. 53, § 4, de la loi du 17 juin 2016.

(7) L'exemple habituellement cité à cet égard est celui des pièces de rechange qui, pour des raisons techniques, doivent être d'une marque déterminée (Rapport au Roi précédent l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, *M.B.*, 9 août 2011). Des pièces de rechange ne doivent néanmoins pas nécessairement être d'une marque déterminée, comme l'illustrent les faits à l'origine de l'arrêt commenté.

La loi dispose désormais que si le pouvoir adjudicateur inclut une mention prohibée dans ses spécifications techniques (par exemple, la référence à une marque déterminée), le soumissionnaire peut spontanément présenter un produit ou un service équivalent⁽⁸⁾.

3. Mais quand le soumissionnaire doit-il apporter la preuve de l'équivalence à une spécification technique définie par référence à une marque, un brevet ou une autre mention assimilée ?

C'est en substance la question posée à la Cour dans l'arrêt commenté⁽⁹⁾, dans le contexte d'un marché de fourniture de « pièces de rechange d'origine et/ou de première monte et/ou équivalentes pour autobus et trolleybus Iveco »⁽¹⁰⁾, le cahier des charges précisant que l'équivalence à l'original devait être apportée lors de la première livraison d'une pièce de rechange.

La Cour se prononce à cet égard sur l'interprétation de l'ancienne directive 2004/17, relative aux secteurs spéciaux, mais ses enseignements peuvent être étendus aux nouvelles directives, quel que soit le secteur concerné.

Selon la Cour, le pouvoir adjudicateur doit exiger que le soumissionnaire apporte, déjà dans son offre (et non ultérieurement), la preuve de l'équivalence des produits qu'il propose par rapport à ceux définis dans les spécifications techniques.

La Cour s'appuie à cet égard sur la règle générale – figurant en Belgique aux articles 53, §§ 5 et 6, de la loi du 17 juin 2016 –, selon laquelle le soumissionnaire doit prouver dans son offre que celle-ci satisfait aux exigences fonctionnelles ou aux normes définies par les documents du marché (*cf. supra*, n° 1). La mention d'une marque, d'un brevet, etc., ne constitue qu'un mode particulier de définition du contenu des spécifications techniques, qui ne déroge pas à la règle générale relative au moment où le soumissionnaire doit démontrer l'équivalence.

4. Dans ses conclusions du 28 février 2018, l'avocat général Campos Sánchez-Bordona avait recommandé la solution inverse.

Le raisonnement de l'avocat général est empreint d'un souci d'ouverture le plus large possible à la concurrence et est ponctué de références au droit de la concurrence dans le secteur automobile⁽¹¹⁾. Selon l'avocat général, exiger du soumissionnaire qui propose des pièces équivalentes qu'il apporte la preuve de l'équivalence avec son offre pourrait discriminer ce soumissionnaire en avantageant le fabricant de pièces d'origine⁽¹²⁾. L'avocat général note à cet égard que le soumissionnaire qui propose des pièces équivalentes ne possède le plus souvent pas, au départ, tous les certificats d'équivalence correspondant à chaque modèle, tandis que le fabricant de pièces d'origine a l'avantage de disposer de pièces déjà prêtes.

L'avocat général estime également que le pouvoir adjudicateur pourrait en l'espèce se satisfaire d'une preuve de capacité technique, établie dans le contexte du critère de sélection qualitative consistant en la production de références de pièces d'origine ou équivalentes pour véhicules Iveco. Selon l'avocat général, cette exigence est déjà restrictive, de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'exiger des soumissionnaires qu'ils apportent dans l'offre les certificats d'équivalence des 2.195 pièces visés par le marché⁽¹³⁾.

L'avocat général arrivait par conséquent à la conclusion que la directive *n'impose pas* de prouver l'équivalence au moment de l'offre, de sorte que le pouvoir adjudicateur est libre d'établir le moment où cette preuve doit être fournie⁽¹⁴⁾.

5. L'on peut se réjouir que l'argumentaire de l'avocat général n'ait pas convaincu la Cour.

Il ne serait en effet pas cohérent de traiter différemment deux situations sensiblement similaires⁽¹⁵⁾, à savoir :

- le soumissionnaire qui doit démontrer dans son offre l'équivalence à des exigences fonctionnelles

(8) Art. 53, § 4, dernier alinéa, de la loi du 17 juin 2016. Cette précision ne figure pas dans les directives européennes.

(9) C.J.U.E., *VAR et ATM c. Iveco Oecchia*, C-14/17, 12 juillet 2018.

(10) La Cour n'était pas interrogée sur la légalité de la référence à la marque Iveco, ce point n'étant en l'espèce pas controversé.

(11) Règlement (UE) n° 461/2010 de la Commission concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, *JO*, L 129 du 28 mai 2010, p. 52 ; communication de la Commission du 28 mai 2010 sur les lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles, *JO*, C 138 du 28 mai 2010, p. 16.

(12) § 51 des conclusions de l'avocat général.

(13) § 60 des conclusions de l'avocat général.

(14) §§ 61 et 62 des conclusions de l'avocat général.

(15) Quoi qu'en dise l'avocat général, selon lequel « ce qui justifie la mention d'une marque, d'un brevet ou de dispositifs similaires en particulier (toujours accompagnée de la mention relative à leurs "équivalents") est la disparition du champ de l'indéterminé. Lorsque, par exemple, seule la fourniture de pièces de rechange de véhicules d'une seule marque (en l'espèce IVECO) ou de leurs équivalents, est possible, le pouvoir adjudicateur a déjà choisi de faire "une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché". C'est ici que se situe la différence clé avec l'article 34, paragraphes 3 et 4, de la directive 2004/17, qui permet de traiter différemment les conditions relatives aux certificats d'équivalence » (paragraphe 43).

ou à des spécifications techniques (art. 53, §§ 5 et 6 de la loi)⁽¹⁶⁾ ;

- le soumissionnaire qui pourrait, lorsque les spécifications techniques sont définies par référence à une marque ou une mention assimilée, démontrer l'équivalence en cours d'exécution du contrat.

Il ne serait du reste pas souhaitable de reporter en phase d'exécution un éventuel problème d'équivalence, qui ne pourrait se solder que par la résolution du contrat et/ou la compensation du dommage causé au pouvoir adjudicateur.

C'est pour cette raison que la loi impose au pouvoir adjudicateur de vérifier la régularité (notamment technique) des offres avant d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse⁽¹⁷⁾. Le pouvoir adjudicateur doit à cet égard se prononcer sur l'équivalence au moyen d'une décision motivée, dont le soumissionnaire concerné et ses concurrents pourront au besoin contester la légalité de manière utile avant la conclusion du contrat, ou en tout cas avant que celui-ci ait été substantiellement exécuté.

Le pouvoir adjudicateur n'est certes pas en mesure de contrôler la régularité des offres au regard de l'ensemble des prescriptions techniques, le cas échéant très détaillées, du cahier des charges, surtout lorsque ces offres portent sur un grand nombre d'articles (ici, 2.195 pièces de rechange). Il n'est néanmoins pas astreint à une telle exhaustivité : conformément au principe de proportionnalité, il peut se satisfaire de la production d'échantillons ou de certificats relatifs à certaines pièces ou certaines caractéristiques des produits ou services, ou d'explications techniques démontrant comment l'équivalence sera assurée⁽¹⁸⁾.

La solution dégagée par la Cour doit donc être approuvée : imposer la démonstration de l'équivalence dans l'offre ne constitue pas une barrière injustifiée à la participation des opérateurs économiques, pour autant que le pouvoir adjudicateur impose des moyens de preuve qui ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour évaluer utilement les offres.

*

* *

C.J.U.E., VAR et ATM c. Iveco Oecchia, C-14/17 du 12 juillet 2018

« [...] »

19 Par sa première question, la juridiction de renvoi cherche à savoir si l'article 34, paragraphe 8, de la directive 2004/17 doit être interprété en ce sens que, lorsque les spécifications techniques qui figurent dans les documents du marché font référence à une marque, à une origine ou à une production déterminée, l'entité adjudicatrice doit exiger que le soumissionnaire apporte, déjà dans son offre, la preuve de l'équivalence des produits qu'il propose par rapport à ceux définis dans lesdites spécifications techniques.

20 Conformément à l'article 34, paragraphe 2, de la directive 2004/17, les spécifications techniques doivent permettre l'accès égal des soumissionnaires et ne pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics.

21 C'est au regard de cet objectif que l'article 34, paragraphe 8, de la directive 2004/17 dispose que les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'une fabrication ou d'une provenance déterminée ou d'un procédé particulier, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, à une origine ou à une production déterminée qui auraient pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou certains produits, à moins qu'elles ne soient justifiées par l'objet du marché. Une telle mention ou référence n'est autorisée qu'à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible par application des paragraphes 3 et 4 de cet article. Une telle référence est accompagnée de la mention "ou équivalent".

22 Cette disposition n'indique ni à quel moment ni par quels moyens le caractère "équivalent" d'un

(16) L'on peut également assimiler à cette situation celle du soumissionnaire qui n'a manifestement pas la possibilité d'obtenir la label particulier spécifié par le pouvoir adjudicateur ou un label équivalent dans les délais fixés pour des raisons qui ne lui sont pas imputables, et qui peut par conséquent user d'autres modes de preuve appropriés tels que, par exemple, un dossier technique du fabricant (art. 54, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 ; sous les seuils européens, le pouvoir adjudicateur doit également toujours accepter des moyens de preuve alternatifs au label exigé).

(17) Art. 83 de la loi du 17 juin 2016.

(18) A. SANCHEZ-GRAELLS, « When will you show me the papers? Technical capacity, technical dossiers and verification during the procurement process (C-14/17) », 13 mars 2018, www.howtocrackanut.com, consulté le 3 février 2020.

produit proposé par un soumissionnaire doit être prouvé.

23 À cet égard, il ressort expressément de l'article 34, paragraphes 3 à 5, de la directive 2004/17 que le soumissionnaire, lorsque les spécifications techniques sont déterminées par référence à certaines normes ou en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles ou par leur combinaison, doit prouver dans son offre que celle-ci satisfait aux exigences des documents du marché. Il en résulte également que la preuve peut être apportée par "tout moyen approprié" et, à cet égard, "[p]eut constituer un moyen approprié, un dossier technique du fabricant ou un rapport d'essai d'un organisme reconnu".

24 Il ressort ainsi des paragraphes 3 à 5 de l'article 34 de la directive 2004/17 que ceux-ci définissent des règles générales concernant la formulation des spécifications techniques, les moyens par lesquels le soumissionnaire peut prouver que son offre satisfait aux exigences figurant dans ces spécifications et le moment auquel ces preuves doivent être rapportées.

25 Par rapport à ces règles générales, le paragraphe 8 dudit article 34 prévoit des règles spécifiques régissant les conditions dans lesquelles un mode particulier de définition du contenu des spécifications techniques, notamment la mention d'une fabrication ou d'une provenance déterminée ou d'un procédé particulier, ou une référence à une marque, à un brevet ou un type, à une origine ou à une production déterminée, est autorisé.

26 L'exception qu'il instaure, qui par sa nature doit être interprétée strictement, ne vise ni le moment auquel le soumissionnaire doit prouver que son offre satisfait aux exigences figurant dans les spécifications techniques, ni les moyens de preuve à la disposition de ce dernier. Ces éléments restent donc soumis aux règles générales contenues aux paragraphes 3 à 5 de l'article 34 de la directive 2004/17.

27 Il s'ensuit que, lorsque l'entité adjudicatrice fait usage de la possibilité que lui confère l'article 34, paragraphe 8, seconde phrase, de ladite directive, elle doit exiger du soumissionnaire qui souhaite se prévaloir de la faculté de proposer des produits équivalents à ceux définis par référence à une marque, à une origine ou à une production déterminée qu'il apporte, déjà dans son offre, la preuve de l'équivalence des produits concernés.

28 Cette interprétation est corroborée par plusieurs dispositions de la directive 2004/17 et les principes la régissant.

29 Tout d'abord, le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence qui sont

consacrés à l'article 10 de cette directive exigent, notamment, que les soumissionnaires se trouvent sur un pied d'égalité aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées par le pouvoir adjudicateur et constituent la base des règles de l'Union relatives aux procédures de passation des marchés publics (arrêt du 24 mai 2016, *MT Højgaard et Züblin*, C396/14, EU:C:2016:347, point 37).

30 Or, si un soumissionnaire, dans une procédure dans laquelle les spécifications techniques ont été définies selon le mode particulier et exceptionnel prévu au paragraphe 8 de l'article 34 de la directive 2004/17, était autorisé à prouver l'équivalence de ses produits après le dépôt de son offre, les offres présentées par tous les soumissionnaires ne seraient pas soumises aux mêmes conditions au moment de leur évaluation.

31 L'article 51, paragraphe 3, de la directive 2004/17 prévoit que les entités adjudicatrices vérifient la conformité des offres présentées par les soumissionnaires sélectionnés aux règles et aux exigences applicables aux offres. De même, il ressort de l'article 49, paragraphe 2, deuxième tiret, et du considérant 42 de cette directive que les entités adjudicatrices devraient pouvoir motiver toute décision concluant à la non-équivalence.

32 Or, une telle vérification ainsi que l'adoption éventuelle d'une décision concluant à la non-équivalence ne peuvent avoir lieu qu'après l'ouverture des offres, au stade de l'évaluation de celles-ci par l'entité adjudicatrice, et nécessitent que cette entité dispose des éléments de preuve lui permettant d'apprécier si et dans quelle mesure les offres soumises satisfont aux exigences figurant dans les spécifications techniques, sous peine d'un risque de violation du principe de l'égalité de traitement et d'une irrégularité dans le déroulement de la procédure d'adjudication.

33 En ce qui concerne les moyens par lesquels les soumissionnaires peuvent prouver l'équivalence des solutions qu'ils proposent, les dispositions des paragraphes 4 et 5 de l'article 34 de la directive 2004/17 sont également applicables dans les procédures où le mode particulier de formulation des spécifications techniques, prévu au paragraphe 8 dudit article, a été adopté, ce qui signifie que l'utilisation de tout moyen approprié est autorisée.

34 Il en ressort que, si l'entité adjudicatrice ne saurait autoriser les soumissionnaires à prouver l'équivalence des solutions qu'ils proposent après le dépôt de leurs offres, cette entité dispose d'un pouvoir d'appréciation dans la détermination des

moyens pouvant être utilisés par les soumissionnaires pour prouver cette équivalence dans leurs offres. Ce pouvoir doit, toutefois, être exercé de telle sorte que les moyens de preuve admis par l'entité adjudicatrice permettent effectivement à ladite entité de procéder à une évaluation utile des offres qui lui ont été soumises et n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour ce faire, en évitant que ces moyens de preuve ne créent des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence, en violation de l'article 34, paragraphe 2, de la directive 2004/17.

35 Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre à la première question que l'article 34, paragraphe 8, de la directive 2004/17 doit être interprété en ce sens que, lorsque les spécifications techniques qui figurent dans les documents du marché font référence à une marque, à une origine ou à une production déterminée, l'entité adjudicatrice doit exiger que le soumissionnaire apporte, déjà dans son offre, la preuve de l'équivalence des produits qu'il propose par rapport à ceux définis dans lesdites spécifications techniques.

[...] ».