Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
présentées le 26 septembre 2024[1]

Affaire C-578/23

Česká republika – Generální finanční ředitelství
contre
Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

[demande de décision préjudicielle formée par le Nejvyšší správní soud (Cour administrative suprême, République tchèque)]

« Renvoi préjudiciel – Passation de marchés publics – Directive 2004/18/CE – Article 31 – Procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché – Conditions – Protection des droits d'exclusivité – Situation d'exclusivité imputable au pouvoir adjudicateur – Contrat antérieur à l'adhésion d'un État membre à l'Union européenne – Moment auquel les circonstances de fait et de droit entourant le contrat doivent être appréciées »

1. En 1992, le ministère des Finances de la République tchèque[2] a attribué directement à une entreprise déterminée[3] un marché en vue de la création d'un système informatique de gestion des impôts dénommé « ADIS ». IBM était titulaire de droits d'auteur sur le code source du logiciel, si bien que l'utilisation et la mise à jour du système informatique dépendaient de sa participation.

2. En 2016, l'organe chargé de la gestion des impôts en République tchèque a décidé de conclure un contrat de maintenance de base post-garantie pour l'application ADIS, qu'il a également attribué à IBM à l'issue d'une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché.

3. La conclusion de ce nouveau contrat a donné lieu à un litige entre deux autorités de la République tchèque : celle responsable de la gestion des impôts, d'une part, et celle compétente pour le contrôle de la régularité des marchés publics, d'autre part. Selon cette dernière, l'attribution directe du marché est illégale.

4. La juridiction appelée à trancher ce litige en dernier ressort doute que le nouveau contrat relève du champ d'application de l'article 31, point 1, sous b), de la directive 2004/18/CE[4], dont elle sollicite l'interprétation auprès de la Cour. Le juge de renvoi cherche à savoir si, dans le cadre de

1 Langue originale : l'espagnol.

2 La séparation entre la République tchèque et la République slovaque est intervenue le 1er janvier 1993.

3 IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation. En 1992, cette société était l'associé unique d'IBM Česká republika, spol. s r. o. Je désignerai ci-après indistinctement cette société par les termes « IBM » ou « fournisseur ».

4 Directive du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO 2004, L 134, p. 114).

l'appréciation de l'une des conditions du recours à la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché, il doit évaluer les circonstances de fait et de droit existant au moment du contrat initial (1992) ou du nouveau contrat (2016).

5. Ledit litige a pour toile de fond le problème, de portée générale, de l'*enfermement* des administrations publiques qui dépendent d'un fournisseur pour l'utilisation des technologies de l'information. La Commission européenne a publié en 2013 une communication [5] soulignant les difficultés de ces administrations à changer de fournisseur.

I. Le cadre juridique

A. Le droit de l'Union : la directive 2004/18

6. L'article 28 de la directive 2004/18, intitulé « Utilisation des procédures ouvertes, restreintes et négociées et du dialogue compétitif », se lit comme suit :

« Pour passer leurs marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs appliquent les procédures nationales, adaptées aux fins de la présente directive.

Ils passent ces marchés publics en recourant à la procédure ouverte ou à la procédure restreinte. Dans les circonstances particulières expressément prévues à l'article 29, les pouvoirs adjudicateurs peuvent attribuer leurs marchés publics au moyen du dialogue compétitif. Dans les cas et circonstances spécifiques expressément prévus aux articles 30 et 31, ils peuvent recourir à une procédure négociée, avec ou sans publication d'un avis de marché. »

7. Aux termes de l'article 31 de cette directive, intitulé « Cas justifiant le recours à la procédure négociée sans publication d'un avis de marché » :

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

1) dans le cas des marchés publics de travaux, de fournitures et de services :

   [...]

   b) lorsque, pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité, le marché ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé ;

   c) dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse, résultant d'événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs en question, n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures ouvertes, restreintes ou négociées avec publication d'un avis de marché visées à l'article 30. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs ;

[...] »

[5] Communication de la Commission du 25 juin 2013 intitulée « Lutter contre l'enfermement propriétaire : des marchés publics fondés sur des normes pour des systèmes TIC [technologies de l'information et de la communication] ouverts » [COM(2013) 455 final] (ci-après la « communication de 2013 »).

B. Le droit tchèque : la loi sur les marchés publics

8. Aux termes de l'article 21, paragraphe 2, du zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách [6], le pouvoir adjudicateur peut, pour attribuer un marché public, avoir recours à une procédure ouverte ou à une procédure restreinte et, dans certaines conditions, à une procédure négociée avec publication d'un avis de marché ou à une procédure négociée sans une telle publication.

9. Conformément à l'article 23, paragraphe 4, sous a), de cette loi, le pouvoir adjudicateur peut attribuer un marché public au moyen d'une procédure négociée sans publication d'un avis de marché lorsque, pour des raisons techniques ou artistiques, des raisons tenant à la protection de droits d'exclusivité ou des raisons découlant d'une réglementation spécifique, le marché public ne peut être exécuté que par un fournisseur déterminé.

II. Les faits, le litige au principal et la question préjudicielle

10. Le 29 juin 1992, le ministère des Finances de la République tchèque a conclu avec IBM un contrat d'intégration du système d'information ADIS pour la gestion des impôts.

11. À partir de l'année 2013, les fonctions du ministère des Finances en matière de gestion des impôts ont été prises en charge, sous son contrôle, par la Česká republika – Generální finanční ředitelství (direction générale des impôts, République tchèque, ci-après la « DGI »).

12. Le 1er mars 2016, la DGI a initié une procédure négociée, sans publication préalable d'un avis de marché, pour l'attribution d'un nouveau marché dénommé « Základní pozáruční servis aplikace ADIS v r. 2016 », qui avait pour objet la fourniture d'une maintenance de base post-garantie pour l'application ADIS [7].

13. En ayant recours à cette modalité contractuelle, la DGI a invoqué des motifs techniques et des raisons tenant à la protection des droits de propriété intellectuelle du fournisseur sur le code source d'ADIS [8].

14. Le 20 mai 2016, la DGI a attribué le nouveau marché à IBM.

15. Le 9 octobre 2017, l'Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Bureau de protection de la concurrence, République tchèque, ci-après l'« Úřad ») a déclaré que, en recourant à la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché, la DGI avait violé l'article 23, paragraphe 4, sous a), de la loi nº 137/2006.

16. Selon l'Úřad, la DGI n'a pas démontré que, pour des raisons techniques, le nouveau marché public ne pouvait être exécuté que par IBM. En outre, la nécessité de protéger les droits exclusifs de ce fournisseur était la conséquence du comportement antérieur du ministère des Finances.

6 Loi nº 137/2006 sur les marchés publics (ci-après la « loi nº 137/2006 »), dans la version applicable aux faits du litige.

7 Bien qu'il appartienne à la juridiction de renvoi de le vérifier, il semble que le nouveau marché comprenait la maintenance et l'éventuelle réparation d'ADIS. Le prix du marché public était de 33 294 389 couronnes tchèques (CZK), hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA).

8 Selon les affirmations de la DGI reprises dans la décision de renvoi (point 2), en l'absence de connexion avec le noyau et les autres modules, les modules ne peuvent pas fonctionner de manière autonome, ils ne peuvent pas être administrés ni développés ; les modules ne peuvent pas être séparés ; et l'objet du marché public concerne les modules existants. L'objet de la prestation étant la maintenance de base d'ADIS, créé et développé par le fournisseur, propriétaire des droits de licence, des exigences de continuité technique rendaient nécessaire que celui-ci assure sa maintenance et son développement.

17. La DGI a formé un recours contre la décision du 9 octobre 2017 devant le président de l'Úřad, qui l'a rejeté [9].

18. La DGI a introduit un recours contre la décision du président de l'Úřad devant le Krajský soud v Brně (cour régionale de Brno, République tchèque), qui a rejeté le recours au motif que les conditions de l'article 23, paragraphe 4, sous a), de la loi nº 137/2006 n'étaient pas remplies, car :

– à la date d'attribution du marché initial, la nécessité d'un service de maintenance continue d'ADIS, un système conçu à long terme pour un domaine (la fiscalité) faisant l'objet de changements constants, était prévisible ;

– il est dénué de pertinence que, au moment de la conclusion du contrat initial, aucune réglementation ne prévoyait l'obligation de sélectionner le fournisseur dans le cadre d'une procédure de passation de marché, ni dans quelle mesure les droits d'auteur sur ADIS devaient être réglementés. Les conditions de l'attribution subséquente doivent être appréciées à la lumière de la législation en vigueur au moment de cette attribution ;

– il n'est pas nécessaire que le pouvoir adjudicateur initial ait agi dans l'intention de contourner ultérieurement la loi nº 137/2006 ;

– même si la DGI réussissait à prouver qu'il n'existe aucun autre opérateur qu'IBM qui soit capable d'exécuter le marché public, cela ne changerait rien au fait que la situation d'exclusivité est le résultat des actes du ministère des Finances. La preuve du respect de la condition formelle (c'est-à-dire des raisons techniques et de la raison tenant à la protection des droits d'auteur du fournisseur) serait par conséquent inutile dès lors que la condition matérielle (l'absence de création de la situation d'exclusivité par le pouvoir adjudicateur lui-même) ne serait pas remplie.

19. La DGI a saisi le Nejvyšší správní soud (Cour administrative suprême, République tchèque) d'un pourvoi en cassation contre l'arrêt de première instance en faisant valoir, en substance, que :

– au moment de la conclusion du contrat initial, le fournisseur était le seul capable d'effectuer les prestations requises (livrer des serveurs dotés de leur propre système d'exploitation et assurer la maintenance et la surveillance à distance). Il n'était pas possible, pour des raisons techniques, de trouver un autre fournisseur ;

– le ministère des Finances ne pouvait raisonnablement pas prévoir que d'autres activités seraient nécessaires par la suite pour qu'ADIS continue à fonctionner ;

– dans le contrat initial, les droits d'auteur ont été définis de manière appropriée. Il n'était alors pas possible d'obtenir une cession complète de ces droits sur ADIS, car une partie de ses éléments étaient exploités commercialement dans le monde entier par le fournisseur et ses partenaires. La législation qui était en vigueur a donc été respectée. Dès lors que le ministère des Finances ne pouvait pas savoir quelles dispositions légales futures il enfreindrait par ses actes, le principe de sécurité juridique interdit de considérer qu'une faute imputable à la DGI a été commise ;

[9] Le recours a été rejeté au motif que le ministère des Finances, prédécesseur de la DGI, était responsable de la situation d'exclusivité (entendue comme la nécessité que le marché soit exécuté uniquement par le fournisseur), en ayant permis à ce dernier de conserver la propriété des droits d'auteur.

– le ministère des Finances ne pouvait pas non plus savoir, au moment de la conclusion du contrat initial, comment le système fiscal évoluerait. Il ignorait donc s'il serait nécessaire d'intervenir sur ADIS et s'il continuerait à l'utiliser. Il n'avait aucune raison de réglementer les droits d'auteur afin d'être totalement indépendant du fournisseur ;

– initier aujourd'hui une procédure de passation de marché pour la fourniture d'un nouveau système d'information reviendrait pour la DGI à gaspiller les fonds investis dans ADIS et l'exposerait au risque d'une gestion peu rentable et irrationnelle ;

– en 2015, la DGI a tenté de se libérer de sa dépendance à l'égard du fournisseur au moyen de l'acquisition des droits d'auteur sur ADIS. Le fournisseur a refusé de les transférer, que ce soit à cette date ou dans les trois années suivantes, de sorte que la DGI n'avait pas d'autre possibilité que de mener une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché. Dans le cas contraire, ADIS aurait été inutilisable et l'administration fiscale n'aurait pas pu accomplir sa mission ;

– en somme, avant d'initier la procédure de passation du nouveau marché, la DGI aurait pris toutes les mesures nécessaires pour suivre correctement la procédure prévue à l'article 23, paragraphe 4, sous a), de la loi nº 137/2006, ce que plusieurs expertises techniques et juridiques ont confirmé.

20. Dans son mémoire en réponse au pourvoi en cassation, l'Úřad a indiqué que :

– la DGI, sur la base de l'exclusivité du contrat initial de 1992, avait développé ADIS au moyen de procédures négociées sans publication préalable d'un avis de marché, au moins jusqu'à la fin de l'année 2019 ;

– l'expertise ne prouve pas que l'opérateur sélectionné était le seul fournisseur possible du système pour des raisons techniques. Aucune situation d'exclusivité qui s'expliquerait par la protection des droits d'auteur n'a été démontrée ;

– l'objet de la prestation était la mise en place d'un système de gestion des impôts en trois étapes, le contrat initial ne portant que sur la première. La DGI savait que le contrat initial serait suivi par d'autres ;

– la description et l'objet d'ADIS indiquent qu'il s'agit d'un système robuste qui devait être fonctionnel à long terme. Il était donc évident qu'il exigerait, à tout le moins, une assistance technique ;

– ni le ministère des Finances ni, par la suite, la DGI n'ont réagi à l'évolution de la législation, mais ont adopté une interprétation du contrat et de la loi nº 137/2006 permettant de maintenir le système sans mise en concurrence.

21. La juridiction de renvoi doute que l'une des conditions qu'elle qualifie de « *matérielles* » (à savoir que la situation d'exclusivité n'ait pas été causée par le pouvoir adjudicateur lui-même) pour recourir à la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché soit remplie. Elle souhaite savoir si, à cette fin, elle doit apprécier les circonstances de fait et de droit existant au moment de la conclusion du contrat initial.

22. C'est dans ces conditions que le Nejvyšší správní soud (Cour administrative suprême) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :

« Pour apprécier si la condition matérielle pour recourir à la procédure négociée sans publication d'un avis de marché est remplie, c'est-à-dire pour apprécier si le comportement du pouvoir adjudicateur est à l'origine d'une situation d'exclusivité au sens de l'article 31, [point] 1, sous b), de la [directive 2004/18], faut-il tenir compte des circonstances de droit et de fait dans lesquelles a été conclu un contrat portant sur une première prestation, qui a donné lieu à des marchés publics subséquents ? »

III. La procédure devant la Cour

23. La demande de décision préjudicielle a été enregistrée au greffe de la Cour le 19 septembre 2023.

24. Des observations écrites ont été déposées par les gouvernements tchèque et slovaque ainsi que par la Commission.

25. La Cour n'a pas jugé indispensable de tenir une audience.

IV. Analyse

26. Le litige que doit trancher la juridiction de renvoi trouve son origine dans un contrat de fourniture de services informatiques qui a été conclu sans mise en concurrence en 1992, avant l'adhésion de la République tchèque à l'Union européenne, lorsqu'une telle approche était légitime au regard du droit national.

27. Ce contrat initial conférait au fournisseur des droits qui le plaçaient dans une position d'exclusivité en ce qui concerne le développement et la maintenance du système informatique installé.

28. Selon la DGI, après l'adhésion de la République tchèque à l'Union, les droits d'auteur exclusifs du fournisseur justifiaient le recours, en 2016, à la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché, prévue à l'article 31, point 1, sous b), de la directive 2004/18, pour conclure un nouveau contrat [10] de maintenance de base post-garantie de ce système informatique.

A. La directive applicable

29. La juridiction de renvoi sollicite l'interprétation de la directive 2004/18, et non de la directive 2014/24/UE [11], qui l'abroge.

30. La directive applicable est, en principe, celle qui est en vigueur à la date où le pouvoir adjudicateur choisit la procédure qu'il va suivre [12].

[10] Il ne s'agissait donc pas d'une simple prorogation ou modification du contrat initial.

[11] Directive 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).

[12] Arrêt du 14 janvier 2021, RTS infra et Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel (C-387/19, EU:C:2021:13, point 23).

31. Le juge de renvoi affirme que la DGI a initié la procédure d'attribution du nouveau marché le 1er mars 2016. Cette date est donc antérieure à l'expiration du délai de transposition de la directive 2014/24, que l'article 90, paragraphe 1, de celle-ci situe au 18 avril 2016.

32. S'il en était ainsi, la directive 2004/18 serait applicable ratione temporis. Cette circonstance n'empêche toutefois pas de tenir compte du régime de la directive 2014/24, comme élément de divergence ou de confirmation, pour interpréter les règles de la directive 2004/18.

B. L'article 31, point 1, sous b), de la directive 2004/18 et la situation d'exclusivité provoquée par le pouvoir adjudicateur

33. En vertu de l'article 31, point 1, sous b), de la directive 2004/18, deux conditions cumulatives doivent être remplies pour recourir à la procédure directe régie par cette disposition : a) des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité, et b) ces raisons doivent rendre absolument nécessaire l'attribution du marché à une entreprise déterminée.

34. Une formulation analogue à celle de cet article figurait déjà dans d'autres directives sur les marchés publics ayant précédé la directive 2004/18 [13]. La Cour avait interprété ces directives à l'occasion de recours en manquement introduits par la Commission contre des actes individuels des États membres relatifs à des contrats relevant de la directive 71/305 [14] ou de la directive 93/37 [15] qui avaient été conclus au moyen de la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché.

35. La jurisprudence développée dans le cadre de l'interprétation de ces deux directives et des suivantes a constamment insisté sur le fait que les dispositions relatives aux procédures négociées sans publication préalable doivent faire l'objet d'une interprétation stricte et que la charge de la preuve des circonstances extraordinaires justifiant la dérogation incombe au pouvoir adjudicateur [16].

36. La juridiction de renvoi opère une distinction entre les « conditions formelles » et les « conditions matérielles » requises pour recourir à la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché. Selon elle :

– les conditions formelles requièrent l'existence d'une raison liée à la protection de droits d'exclusivité et exigent que, pour cette raison, le marché ne puisse être confié qu'à un opérateur économique déterminé ;

– les conditions matérielles exigeraient que le pouvoir adjudicateur n'ait pas pu prévoir ces raisons formelles et que leur existence ne lui soit pas imputable.

[13] Directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO 1971, L 185, p. 5) et directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO 1993, L 199, p. 54).

[14] Arrêt du 18 mai 1995, Commission/Italie (C-57/94, EU:C:1995:150, point 23).

[15] Arrêt du 14 septembre 2004, Commission/Italie (C-385/02, EU:C:2004:522, points 19 et 20).

[16] Voir, entre autres, arrêt du 14 septembre 2004, Commission/Italie (C-385/02, EU:C:2004:522, point 19) : « Les dispositions de l'article 7, paragraphe 3, de la directive [93/37], qui autorisent des dérogations aux règles visant à garantir l'effectivité des droits reconnus par le traité CE dans le secteur des marchés publics des travaux, doivent faire l'objet d'une interprétation stricte et c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement ». La Cour cite, comme expressions de cette interprétation, les arrêts du 18 mai 1995, Commission/Italie (C-57/94, EU:C:1995:150, point 23), et du 28 mars 1996, Commission/Allemagne (C-318/94, EU:C:1996:149, point 13).

37. En réalité, les conditions que la juridiction de renvoi qualifie de « *formelles* » sont celles qui correspondent au libellé de l'article 31, point 1, sous b), de la directive 2004/18. Celles qu'elle qualifie de « *matérielles* » vont au-delà, dans la mesure où elles se réfèrent à des exigences non expressément prévues dans cette disposition.

38. Le débat s'est focalisé sur la *condition matérielle* tenant à ce que la situation d'exclusivité n'a pas été provoquée par le pouvoir adjudicateur. Les positions exprimées par les intervenants à la procédure préjudicielle sont divergentes :

– pour le gouvernement tchèque, la dérogation admise à l'article 31, point 1, sous b), de la directive 2004/18 s'applique dès lors que sont réunies les seules conditions objectives qu'il mentionne [17] ;

– pour la Commission et le gouvernement slovaque, cette dérogation exige, en outre, que le pouvoir adjudicateur n'ait pas créé la situation d'exclusivité.

39. Si le litige devait être tranché en application de la directive 2014/24, la thèse de la Commission et du gouvernement slovaque prévaudrait sans doute. Tant le considérant 50 de cette directive que son article 32, paragraphe 2, sous b), énoncent la condition selon laquelle l'exclusivité ne doit pas avoir été créée par le pouvoir adjudicateur :

– le considérant 50 de la directive 2014/24 indique que « le recours à la procédure négociée sans publication ne peut être justifié que dans une situation d'exclusivité objective, c'est-à-dire lorsque l'exclusivité n'a pas été créée par le pouvoir adjudicateur lui-même en vue de la passation du marché » [18] ;

– l'article 32, paragraphe 2, sous b), iii), de la directive 2014/24 dispose qu'il est possible de recourir à la procédure négociée sans publication préalable lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique particulier, en raison de la protection de « droits d'exclusivité, notamment de droits de propriété intellectuelle ». Toutefois, cette exception ne vaut que « lorsqu'il n'existe aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des paramètres du marché ».

40. À l'inverse, la directive 2004/18 ne mentionnait pas explicitement, dans son article 31, point 1, sous b), la possible incidence de l'imputation de la situation d'exclusivité au pouvoir adjudicateur [19]. Son silence ne signifie toutefois pas que le pouvoir adjudicateur était libre de créer lui-même la situation d'exclusivité.

[17] C'est ce qu'il expose dans le premier des six axes de l'argumentation qu'il développe dans ses observations écrites devant la Cour.

[18] Cet énoncé est précédé des considérations suivantes : « Compte tenu de ses effets négatifs sur la concurrence, le recours à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché devrait être réservé à des circonstances très exceptionnelles. Ces exceptions devraient se limiter aux cas où une publication n'est pas possible pour des raisons d'extrême urgence résultant d'événements imprévisibles qui ne sont pas imputables au pouvoir adjudicateur ou bien lorsqu'il est clair dès le départ qu'une publication ne susciterait pas plus de concurrence ou n'apporterait pas de meilleurs résultats, en particulier parce qu'il n'existe objectivement qu'un seul opérateur économique capable d'exécuter le marché. [...] L'exclusivité peut aussi résulter d'autres motifs [...] »

[19] Cette omission tranche avec ce que prévoit l'article 31, point 1, sous c), de la directive 2004/18 : la procédure négociée sans publication préalable est autorisée en présence d'une urgence impérieuse, à condition que les circonstances invoquées pour la justifier ne soient en aucun cas « *imputables aux pouvoirs adjudicateurs* » (mise en italique par mes soins).

41. En effet, comme la juridiction de renvoi le souligne à juste titre, la directive 2014/24 n'a fait, sur ce point, qu'expliciter une règle qui existait implicitement dans les directives précédentes en la matière [20]. C'est pourquoi, selon elle, « le droit de l'Union exige que la raison pour laquelle le marché public ne doit être attribué qu'à un opérateur économique déterminé dans le cadre d'une procédure négociée sans publication en application de l'article 31, [point] 1, sous b), de la directive 2004/18 *ne soit pas imputable au pouvoir adjudicateur* » [21].

42. J'adopterai comme postulat le même que celui retenu par la juridiction de renvoi concernant l'intervention du pouvoir adjudicateur dans les circonstances déterminant la situation d'exclusivité. Plusieurs raisons plaident, à mon sens, en faveur de cette solution.

43. En premier lieu, en toile de fond, l'objectif général des règles de l'Union en matière de marchés publics consiste à « assurer la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les États membres » [22]. Recourir à la procédure négociée sans publication préalable est précisément, pour un pouvoir adjudicateur, le comportement qui nuit le plus gravement à l'ouverture des marchés publics à la concurrence.

44. En deuxième lieu, il serait contraire à cet objectif que les pouvoirs adjudicateurs créent eux-mêmes les circonstances qu'ils invoqueront pour avoir recours à des procédures de sélection de contractants auxquelles des concurrents ne sont pas admis à participer.

45. En troisième lieu, comme je l'ai déjà indiqué, les circonstances extraordinaires qui autorisent le recours aux procédures négociées sans publication préalable d'un avis de marché doivent faire l'objet d'une interprétation stricte, inspirée par des critères restrictifs [23].

46. En quatrième lieu, admettre que le pouvoir adjudicateur puisse se prévaloir d'une situation d'exclusivité qu'il aurait lui-même favorisée renverserait la logique de l'article 31, point 1, sous b), de la directive 2004/18. Selon cette logique, les circonstances qui justifient l'impossibilité de recourir à la procédure ordinaire (avec publication d'un avis de marché) sont celles qui échappent au pouvoir adjudicateur, et non celles qu'il provoque.

47. En dernier lieu, la maxime nemo auditur propriam turpitudinem allegans interdit à une partie de tirer avantage de son propre comportement illicite [24].

C. Appréciation de l'exclusivité en rapport avec le litige

1. Le contrat initial (1992)

48. Selon l'argumentation de la DGI exposée dans la décision de renvoi, au moment de la conclusion du contrat initial (1992), aucune législation nationale ne régissait les droits d'auteur ou les marchés publics. Il était donc impossible de prévoir le futur régime juridique applicable en

[20] Point 22 de la décision de renvoi.

[21] Point 23 de la décision de renvoi (mise en italique par mes soins). La juridiction nationale « considère l'interprétation du droit de l'Union à cet égard comme un *acte clair* », affirmation qui me semble exagérée (mise en italique par mes soins).

[22] Arrêt du 7 décembre 2023, Obshtina Razgrad (C-441/22 et C-443/22, EU:C:2023:970, point 61).

[23] Arrêt du 11 septembre 2014, Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194, point 49) : « [I]l ne peut être recouru à la procédure négociée que dans les circonstances limitativement mentionnées par les articles 30 et 31 de la directive 2004/18 et [...] cette procédure revêt, par rapport aux procédures ouverte et restreinte, un caractère exceptionnel [...] ».

[24] La Cour est sensible à l'attribution de conséquences défavorables à un manquement propre à l'intéressé. Voir arrêt du 15 juin 2023, Bank M. (Conséquences de l'annulation du contrat) (C-520/21, EU:C:2023:478, point 81).

la matière ni comment la jurisprudence nationale évoluerait. Il n'était pas non plus possible d'anticiper que « la définition des conditions d'octroi des licences pour [l'ADIS] donnerait lieu ultérieurement à une situation qui serait contestée » [25].

49. La juridiction de renvoi partage, en substance et sous réserve de quelques nuances, ce point de vue. Elle admet que, en 1992, il n'existait aucune législation nationale relative à la passation des marchés publics [26], ce qui permettait au ministère des Finances de conclure le contrat ADIS dans les termes alors convenus. Elle ajoute que le pouvoir adjudicateur pouvait même « légitimement supposer que la suite des prestations du contrat initial pourrait être attribuée au même fournisseur sans qu'il soit nécessaire d'offrir également à d'autres fournisseurs la possibilité de soumissionner pour la fourniture de la prestation voulue » [27].

50. Pour ma part, je n'ai rien à redire à ces affirmations, qui renvoient à un moment historique où le droit de l'Union, avant l'adhésion de la République tchèque, n'était tout simplement pas en jeu. Il appartient à la juridiction de renvoi de définir les faits et le cadre juridique entourant la conclusion du contrat initial.

51. Dans ces conditions, il est indifférent que l'exclusivité sur la base de laquelle le contrat initial a été conclu, en 1992, ait ou non été provoquée par le pouvoir adjudicateur.

2. Le nouveau contrat (2016)

52. La perspective n'est pas la même si l'on tient compte du fait que la relation contractuelle des autorités fiscales tchèques [28] avec le fournisseur s'est prolongée pendant de nombreuses années (entre 1992 et 2016, aux fins qui nous intéressent ici).

53. Au cours de cette période, le cadre juridique a été modifié, notamment depuis que, en 2004, la République tchèque est entrée dans l'Union. À compter de l'adhésion, il est devenu obligatoire de se conformer aux directives sur les marchés publics, « conformément au principe de l'application immédiate et intégrale des dispositions du droit de l'Union aux nouveaux États membres » [29].

54. La juridiction de renvoi attire l'attention sur l'importance du nouveau cadre et sur la mutation des obligations du pouvoir adjudicateur : elle souligne que, lorsque la DGI a attribué le marché de 2016, la loi n° 137/2006 et la directive 2004/18 étaient en vigueur. La DGI était donc tenue de veiller à ce que ses actes ne créent pas de situations d'exclusivité visant à légitimer le recours à des procédures négociées sans publication préalable.

55. C'est sur la base de cette constatation, et après avoir examiné les deux thèses en présence, que la juridiction nationale déclare, au point 32 de la décision de renvoi, ce qui suit :

– « [...] Entre 1992 et 2016, la [DGI] (ou son prédécesseur en droit) pouvait soit renégocier les clauses contractuelles relatives aux droits d'auteur patrimoniaux de sorte qu'elle puisse

[25] Point 17 de la décision de renvoi.

[26] La juridiction de renvoi décrit l'évolution du droit national, telle qu'elle se reflète dans l'adoption de la loi sur les droits d'auteur (loi applicable aux logiciels) en 1965 et de la loi sur les marchés publics en 1994.

[27] Point 29 de la décision de renvoi.

[28] Je pars du principe que la succession des pouvoirs adjudicateurs (ministère des Finances en 1992 et DGI en 2016) est purement formelle : tous deux font partie de la même structure gouvernementale et la seconde dépend du premier. La DGI s'est substituée au ministère des Finances dans la position juridique que ce dernier occupait.

[29] Arrêt du 6 décembre 2017, Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere (C-408/16, EU:C:2017:940, point 37).

attribuer les marchés publics concernant [l'ADIS] au moyen de l'une des formes plus ouvertes [à la concurrence] de la procédure de passation, soit initier une procédure de passation pour un nouveau système d'information, même si cela devait entraîner une hausse temporaire des coûts qui aurait toutefois pu, [à] long terme, permettre la réalisation d'économies. »

– « Par conséquent, on ne saurait invoquer les faits existant au moment de la conclusion du contrat initial si la situation d'exclusivité a également perduré après l'adoption de la législation pertinente en matière de passation des marchés publics en République tchèque. Pour apprécier si la procédure négociée sans publication peut être utilisée, il convient en effet de prendre en considération le moment auquel la décision d'attribuer le marché public conformément à cette procédure a été adoptée [...] »[30].

56. Quant à l'appréciation des faits décisifs pour le litige et de la situation juridique nationale, il n'y a pas lieu pour la Cour de s'opposer à ces considérations de la juridiction de renvoi. S'agissant des développements repris dans la partie finale du point 32 de la décision de renvoi, que je viens de reproduire, je considère qu'ils contiennent une interprétation correcte de la directive 2004/18.

57. La réponse à la question préjudicielle qui découle de ce qui précède est l'absence de pertinence, pour ce qui nous intéresse ici, du fait que le contrat initial a été conclu avant l'adhésion de la République tchèque à l'Union. En revanche, les actes du pouvoir adjudicateur qui sont intervenus entre les années 2004 et 2016 sont déterminants. Parmi ces actes, en toute logique, l'élément clé est la conclusion du nouveau contrat en 2016.

58. Le gouvernement tchèque s'efforce toutefois de s'exonérer de sa responsabilité dans la création de la dépendance exclusive, en se fondant sur le fait que l'évaluation doit porter sur le moment de la conclusion du contrat initial. Étant donné qu'il n'y avait pas d'objections à la légalité de son comportement à ce moment-là, il n'existerait pas non plus de fondement permettant d'imputer un comportement intentionnel au pouvoir adjudicateur.

59. Je ne partage pas cette approche :

– comme je l'ai déjà indiqué, l'obligation pour l'État membre de mettre son action en conformité avec l'ordre juridique de l'Union naît avec son adhésion à l'Union. À partir de ce moment, le pouvoir adjudicateur, en tant qu'organe de l'État, s'est trouvé dans l'obligation de veiller au respect des dispositions de l'Union en matière de marchés publics, parmi lesquelles la directive 2004/18. Dans ce contexte, il est dénué de pertinence que le manquement de la part des autorités fiscales de l'État découle d'un comportement actif ou d'une omission[31] ;

– pour évaluer le comportement du pouvoir adjudicateur, *une intention directe* de créer la situation d'exclusivité n'est pas nécessaire[32]. Il suffit que, en s'écartant de son obligation de mettre fin à l'exclusivité existante (et créée par lui-même, ou par son prédécesseur en droit) au moment de la conclusion du nouveau contrat, le pouvoir adjudicateur ferme celui-ci, comme c'était le cas pour le contrat initial, à la concurrence.

[30] À l'appui de cette affirmation, la juridiction de renvoi cite l'arrêt du 5 octobre 2000, Commission/France (C-337/98, EU:C:2000:543, point 37).

[31] Dans ses observations écrites, le gouvernement tchèque se réfère à plusieurs reprises à des *actions positives* du pouvoir adjudicateur (comportement, actes, situation créée, exclusivité causée, définition des conditions du nouveau contrat par rapport au contrat initial). En revanche, il ne se réfère pas à son *inaction* s'agissant de la conclusion des nouveaux contrats conformément au droit de l'Union.

[32] Le gouvernement tchèque insiste de manière répétée sur le fait que le comportement du pouvoir adjudicateur en ce qui concerne la situation d'exclusivité doit être *intentionnel* (points 11, 12, 14, 15, 16, 17 et 18 de ses observations écrites).

60. Sous un autre angle, le gouvernement tchèque, tout en reconnaissant que, en présence de situations telles que celle en cause au principal, il doit prendre des décisions lui permettant de s'affranchir de la dépendance d'un fournisseur spécifique, préconise d'accepter une *solution raisonnable*, à savoir la plus économique, et d'assurer le fonctionnement stable des systèmes d'information critiques de l'administration nationale. Selon lui, ces facteurs légitimeraient, en l'espèce, le recours à la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché [33].

61. Je ne peux pas non plus souscrire à cet argument, même si je comprends les problèmes auxquels le pouvoir adjudicateur devait, de facto, faire face en 2016. Les autorités fiscales, comme les autres autorités étatiques, ne sauraient exciper de difficultés pratiques, administratives ou économiques [34] pour justifier l'inobservation des obligations prescrites par une directive, car il appartient aux États membres de les surmonter en prenant les mesures appropriées [35].

62. Une autre ligne de défense invoquée par le gouvernement tchèque en faveur du comportement du pouvoir adjudicateur consiste à affirmer que celui-ci a tenté de se libérer de la situation de dépendance à l'égard du fournisseur en acquérant les droits d'auteur, ce qu'il n'a pas réussi à faire en raison de l'opposition de ce dernier [36].

63. Un tel argument ne saurait prospérer dès lors qu'il apparaît que le pouvoir adjudicateur a disposé, à partir de 2004, de suffisamment de temps (jusqu'en 2016) pour surmonter le refus d'IBM. Face à la situation d'exclusivité, qui perdurait depuis des décennies, il aurait dû prendre des initiatives qui l'auraient amené à se défaire de la dépendance à l'égard du fournisseur en recherchant des offres auprès d'autres opérateurs, ce qu'il ne semble pas avoir fait. C'est ce qu'affirme la juridiction de renvoi [37], dont je partage à nouveau l'avis.

64. Par ailleurs, il ne ressort pas de la décision de renvoi que le pouvoir adjudicateur ait *sérieusement* tenté de trouver de nouveaux fournisseurs lui permettant de débloquer la situation de dépendance dans laquelle il se trouvait. Conformément à la jurisprudence de la Cour, le pouvoir adjudicateur doit mener des « recherches sérieuses » au niveau européen pour déterminer s'il existe des entreprises à même de fournir (ou, le cas échéant, de remplacer) un logiciel donné [38].

33 Point 30 des observations écrites du gouvernement tchèque.

34 Les obstacles invoqués par le gouvernement tchèque sont essentiellement économiques (points 26 et 27 de ses observations écrites). La juridiction de renvoi soutient en revanche que l'éventuelle augmentation immédiate des coûts serait compensée par les économies à long terme résultant de la mise en concurrence des soumissionnaires. Dans la communication de 2013, la Commission évoque les inconvénients de la dépendance à l'égard d'un seul fournisseur de solutions informatiques. Elle souligne qu'une telle exclusivité, outre qu'elle engendre d'autres problèmes (il existe un risque que le fournisseur cesse d'assurer le support du système ou de certaines de ses caractéristiques), peut affecter l'innovation et conduire à des prix excessifs, qui ne seraient pas soumis à la pression concurrentielle d'autres opérateurs du secteur.

35 Arrêt du 18 octobre 2012, Commission/Royaume-Uni (C-301/10, EU:C:2012:633, point 66).

36 Point 31 des observations écrites du gouvernement tchèque, qui fait référence aux allégations développées par la DGI devant la juridiction de cassation, reproduites au point 10 de la décision de renvoi.

37 Point 32 de la décision de renvoi, reproduit au point 55 des présentes conclusions.

38 Voir arrêt du 15 octobre 2009, Commission/Allemagne (C-275/08, EU:C:2009:632, point 63). Il s'agissait alors d'un logiciel pour la gestion centralisée de l'immatriculation de véhicules automobiles.

65. En exposant le problème de l'*enfermement* dans les systèmes de technologie de l'information, la Commission suggère aux pouvoirs adjudicateurs certaines solutions alternatives [39] pour surmonter des restrictions de la concurrence dans les marchés publics telles que celle qui nous intéresse ici.

66. Bien que les autorités tchèques affirment avoir mis en place des procédures de contrôle ex ante pour lutter contre l'enfermement visé par la communication de 2013 [40], le contrat faisant l'objet du présent renvoi préjudiciel a confirmé, sans la modifier, la situation d'exclusivité préexistante. Il peut donc être reproché au pouvoir adjudicateur d'avoir perpétué en 2016, par action ou par omission, une situation d'exclusivité créée par son prédécesseur en droit, qui aurait dû l'empêcher de recourir à la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché.

67. Je me dois de rappeler, enfin, que la Cour s'est déjà prononcée sur la nécessaire ouverture à la concurrence de marchés analogues à celui de l'espèce, en partant du principe qu'ils sont soumis aux règles générales des marchés publics : « [...] lorsqu'il envisage d'organiser une procédure de passation de marchés publics en vue d'assurer la maintenance, l'adaptation ou le développement d'un logiciel acquis auprès d'un opérateur économique, un pouvoir adjudicateur doit veiller à communiquer suffisamment d'informations aux candidats et soumissionnaires potentiels afin de permettre le développement d'une concurrence effective sur le marché dérivé de la maintenance, de l'adaptation ou du développement dudit logiciel » [41].

V. Conclusion

68. Eu égard aux considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre à la question du Nejvyšší správní soud (Cour administrative suprême, République tchèque) dans les termes suivants :

L'article 31, point 1, sous b), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services,

doit être interprété en ce sens que :

le pouvoir adjudicateur ne saurait créer, par son propre comportement, une situation d'exclusivité dont il entend se prévaloir pour justifier le recours à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché.

Lorsque le pouvoir adjudicateur conclut un nouveau contrat auquel la directive 2004/18 est applicable, il est dénué de pertinence que la situation d'exclusivité découle d'un contrat initial conclu par les autorités d'un État membre avant son adhésion à l'Union européenne. Pour

[39] La communication de 2013 indique, au point 3, que « [l]e recours à des systèmes TIC reposant sur des normes plutôt que sur une technologie propriétaire favorisera l'ouverture de pratiques jusqu'ici restrictives en matière de marchés publics parce que les normes rendent les connaissances sur un système accessibles à tous, ce qui signifie que d'autres fournisseurs potentiels pourraient assurer la maintenance de ce système ou le faire évoluer dans des conditions plus compétitives ».

[40] C'est ce qu'indique le gouvernement tchèque, notamment aux points 32 à 35 de ses observations écrites, en affirmant qu'il a créé un service spécialisé et un groupe de travail pour lutter contre la dépendance exclusive dans les contrats de services informatiques. Ces « mesures systémiques », ajoute-t-il, avaient été mises en place au moment de la conclusion du contrat de 2016.

[41] Arrêt du 28 mai 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395, point 74).

apprécier le comportement du pouvoir adjudicateur concernant ce nouveau contrat, il convient de se référer au contexte factuel et juridique prévalant au moment de la conclusion dudit nouveau contrat.