

Affaire C-578/23**Demande de décision préjudicielle****Date de dépôt :**

19 septembre 2023

Jurisdiction de renvoi :

Nejvyšší správní soud (Cour administrative suprême, République tchèque)

Date de la décision de renvoi :

12 septembre 2023

Partie requérante :

Česká republika – Generální finanční ředitelství

Partie défenderesse :

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

ORDONNANCE

Le Nejvyšší správní soud (Cour administrative suprême, République tchèque ; ci-après la « Cour administrative suprême »), [OMISSIS], dans l'affaire opposant la partie requérante : **Česká republika – Generální finanční ředitelství** (République tchèque – Direction générale des Impôts ; ci-après la « Direction générale des Impôts » ou la « requérante »), [OMISSIS] à la partie défenderesse : **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže** (Bureau de protection de la concurrence, République tchèque ; ci-après l'« Úřad » ou le « défendeur ») [OMISSIS] ayant pour objet la décision du président du défendeur du 22 décembre 2017, réf. ÚOHS-R0189/2017/VZ-37619/2017/321/HBa, dans le cadre du pourvoi en cassation introduit par la requérante contre l'arrêt du Krajský soud v Brně (cour régionale de Brno, République tchèque ; ci-après la « cour régionale de Brno ») du 31 mai 2021, réf. 29 Af 26/2018-96,

a statué comme suit :[OMISSIS] La question préjudicielle suivante **est déférée** à la Cour :

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, paragraphe 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, 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 ?

[OMISSIS]

Motivation :

I. Objet de la procédure

- 1 Le ministère des Finances de la République tchèque a conclu le 29 juin 1992 un contrat d'intégration du système d'information ADIS (ci-après le « contrat initial ») avec la société IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation. Ce contrat a donné lieu à la création du système d'information ADIS (ci-après le « SI ADIS »), qui est toujours le principal système d'information utilisé par l'administration fiscale en République tchèque en matière d'impôts.
- 2 La requérante a été créée en 2013 en tant qu'unité organisationnelle de l'État indépendante, chargée de la gestion des impôts. Elle constitue néanmoins un élément de l'État. La requérante s'est substituée au ministère des Finances, auquel elle reste subordonnée, pour les questions liées à la gestion des impôts. Elle a initié le 1^{er} mars 2016 une procédure négociée sans publication d'un avis de marché en application de l'article 23, paragraphe 4, sous a), du zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (loi n° 137/2006 Sb. sur les marchés publics ; ci-après la « loi sur les marchés publics »), dans le cadre de laquelle elle a attribué le 20 mai 2016 le marché public « *Maintenance de base post-garantie de l'application ADIS en 2016* ». Elle a procédé ainsi pour des raisons techniques et des raisons tenant à la protection des droits d'auteur de la société IBM Česká republika, spol. s r. o. (ci-après le « fournisseur »)¹ sur le code source du SI ADIS. Selon la requérante, les raisons techniques sont celles exposées ci-après. 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 ; le SI ADIS est développé et déployé par le fournisseur, qui est le propriétaire des droits de licence et qui connaît le SI ADIS ; ce dernier doit bénéficier d'une continuité technique, il doit être fluide et

¹ Son associé unique en 1992 était la société IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation.

continuer à être développé. L'objet de la prestation était la maintenance de base post-garantie du SI ADIS. Le 20 mai 2016, la requérante a conclu avec le fournisseur un marché public d'ouvrage d'une valeur de 33 294 389 couronnes tchèques, hors taxe sur la valeur ajoutée.

- 3 Le 9 octobre 2017, l'Úřad a rendu une décision indiquant que la requérante avait commis une infraction en ce qu'elle ne remplissait pas les conditions pour pouvoir recourir à la procédure négociée sans publication en application de l'article 23, paragraphe 4, sous a), de la loi sur les marchés publics. La requérante n'avait en effet pas démontré que pour des raisons techniques le marché public ne pouvait être réalisé que par le fournisseur sollicité. De plus, la nécessité de protéger les droits exclusifs du fournisseur était la conséquence du comportement antérieur du ministère des Finances.
- 4 La requérante a introduit un recours hiérarchique contre cette décision, que le président du défendeur a rejeté. D'après ce dernier, il n'y a pas, en substance, d'impossibilité technique empêchant un autre fournisseur de réaliser l'objet du marché, mais la situation est la conséquence factuelle de l'exclusivité des droits d'auteur du fournisseur, qui ne permet pas de recourir à la procédure négociée sans publication. La requérante (ou plus précisément son prédécesseur en droit) est à l'origine de l'exclusivité des droits d'auteur lors de la conclusion du contrat initial.
- 5 La requérante a ensuite introduit un recours contre la décision du président du défendeur devant la cour régionale de Brno, qui l'a rejeté par l'arrêt mentionné en introduction de la présente ordonnance.
- 6 D'après la cour régionale de Brno, il est possible, de manière exceptionnelle, d'attribuer un marché public dans le cadre d'une procédure négociée sans publication, si les motifs prévus pour le faire à l'article 23, paragraphe 4, sous a), de la loi sur les marchés publics sont réunis (condition formelle), mais que le pouvoir adjudicateur ne pouvait les prévoir et qu'ils ne lui sont pas imputables (condition matérielle). La condition matérielle n'est pas remplie notamment lorsque le pouvoir adjudicateur accepte, lors de l'attribution du marché public initial, des licences ou d'autres clauses contractuelles qui empêchent l'exécution d'un marché public subséquent par un autre fournisseur, alors qu'il aurait dû prévoir qu'il serait nécessaire d'attribuer des marchés publics subséquents ultérieurement. Ce fut le cas dans la présente affaire. Les services que fournit le fournisseur à la requérante (maintenance de base du SI ADIS sous la forme de services de conseil ou de réparations qui auraient été couvertes par la garantie) sont des activités que le ministère des Finances pouvait raisonnablement prévoir. Elles sont directement liées au fonctionnement des systèmes d'information, qui ne peuvent être utilisés sans celles-ci. Le SI ADIS n'est pas un système d'information destiné à une courte durée de vie. De plus, il concerne le domaine de la fiscalité, qui fait objectivement l'objet de changements constants. La nécessité d'un suivi technique continu devait donc être évidente.

- 7 La requérante n'a pas démontré qu'au moment de la conclusion du contrat initial le fournisseur sélectionné fut le seul possible. Le ministère des Finances est à l'origine de la situation d'exclusivité des droits d'auteur patrimoniaux. Il importe peu qu'à l'époque aucune réglementation ne prévoyait l'obligation de sélectionner le fournisseur dans le cadre d'une procédure de passation, ni dans quelle mesure les droits d'auteur sur le SI ADIS devaient être réglementés. Les conditions de l'attribution subséquente doivent être appréciées à la lumière de la législation en vigueur au moment de la passation afférente. Il n'est pas nécessaire que le pouvoir adjudicateur initial ait agi avec l'intention malveillante de contourner ultérieurement la loi sur les marchés publics. Même si la requérante réussissait à prouver qu'il n'existe aucune autre entité que le fournisseur qui soit capable d'exécuter le marché public, cela ne changerait rien au fait que la situation d'exclusivité est le résultat des actes de son prédécesseur en droit. 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 ne serait pas remplie. Le SI ADIS existe et est exploité depuis longtemps.
- 8 La requérante a introduit un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour régionale de Brno. Elle fait valoir qu'au moment de la conclusion du contrat initial le ministère des Finances ne pouvait raisonnablement pas prévoir que d'autres activités seraient plus tard nécessaires pour que le SI ADIS puisse continuer à fonctionner. La requérante n'est pas elle-même responsable de la situation d'exclusivité. Cette dernière n'est pas non plus le fait de son prédécesseur en droit. Au moment de la conclusion du contrat initial, le fournisseur était le seul fournisseur capable de fournir 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 donc pas possible, pour des raisons techniques, de trouver un autre fournisseur. Les droits d'auteur patrimoniaux ont été définis dans le contrat initial d'une manière appropriée à l'époque et qui était alors considérée comme correcte. L'exigence qu'un système d'information ne soit pas lié à un seul fournisseur n'a été formulée par la jurisprudence que récemment. Au moment de la conclusion du contrat initial, il n'était même pas possible d'obtenir une cession complète des droits d'auteur patrimoniaux sur le SI ADIS, car une partie de ses éléments étaient exploités commercialement dans le monde entier par le fournisseur et ses partenaires. Au moment de la conclusion du contrat initial, le prédécesseur en droit de la requérante a donc respecté la législation alors en vigueur. La situation juridique au moment de la conclusion du contrat initial est également déterminante pour apprécier les actes ultérieurs de la requérante. Si le prédécesseur en droit de la requérante ne pouvait savoir quelles dispositions légales il enfreindrait par ses actes, le principe de sécurité juridique interdit de considérer qu'une faute a été commise.
- 9 Le prédécesseur en droit de la requérante ne pouvait pas non plus savoir, au moment de la conclusion du contrat initial, comment le système fiscal évoluerait. Il ne pouvait donc pas savoir s'il serait nécessaire d'intervenir sur le SI ADIS et s'il continuerait à utiliser celui-ci. Il n'avait par conséquent aucune raison de

réglementer les droits d'auteur afin d'être totalement indépendant du fournisseur. Initier aujourd'hui une procédure de passation pour la fourniture d'un nouveau système d'information reviendrait pour la requérante à gaspiller les fonds investis dans le SI ADIS. En outre, celle-ci s'exposerait au risque qu'une telle démarche soit qualifiée de peu rentable et irrationnelle.

- 10 La requérante a tenté de se libérer de sa dépendance à l'égard du fournisseur. Ce dernier lui a cependant indiqué en 2015 qu'il n'envisageait pas alors, ni dans les trois années à venir, de transférer les droits d'auteur patrimoniaux sur le SI ADIS. La requérante n'avait donc pas d'autre possibilité que de mener une procédure négociée sans publication. En effet, elle n'avait pas accès à tous les codes sources du SI ADIS, dont la connaissance était nécessaire. Si elle avait sollicité un autre fournisseur, elle aurait violé la loi sur les droits d'auteur et les droits exclusifs du fournisseur. Si elle n'avait pas opté pour la procédure négociée sans publication, le SI ADIS aurait été inutilisable et l'Administration fiscale n'aurait pas pu mener à bien sa mission. Avant d'initier la procédure de passation, la requérante a pris toutes les mesures nécessaires pour être sûre de suivre dûment la procédure prévue à l'article 23, paragraphe 4, sous a), de la loi sur les marchés publics. Elle s'est donc procuré une expertise et un avis juridique, dont il ressort que des raisons techniques et la protection des droits d'exclusivité l'autorisaient à recourir à la procédure négociée sans publication.
- 11 Dans son mémoire en réponse, le défendeur a indiqué que la requérante, sur la base de l'exclusivité du contrat initial de 1992, avait développé le SI ADIS exclusivement au moyen de procédures négociées sans publication au moins jusqu'à la fin de l'année 2019. L'expertise ne prouve pas que des raisons techniques auraient fait du soumissionnaire sélectionné le seul fournisseur possible du système. La procédure administrative n'a pas permis d'établir l'existence d'une quelconque situation d'exclusivité qui s'expliquerait par la protection des droits d'exclusivité. En effet, il suffisait de déterminer si la situation d'exclusivité éventuelle était le résultat d'une faute. Il ressort manifestement du texte du contrat initial que l'objet de la prestation est la mise en place d'un système d'administration des impôts en trois étapes. Le contrat initial ne portait que sur la réalisation de la première. La requérante savait donc que le contrat initial serait suivi par d'autres. La description et l'objet du SI ADIS indiquent qu'il s'agit d'un système robuste qui devait et doit être fonctionnel à long terme. Il était donc tout à fait évident qu'une assistance au moins technique serait nécessaire. Ni le prédécesseur en droit de la requérante, ni celle-ci, n'a réagi de quelque manière que ce soit à l'évolution de la législation, mais ils se sont fondés sur une interprétation du contrat et de la loi sur les marchés publics qui permettait d'assurer une administration du système sans mise en concurrence.

II. Dispositions applicables du droit de l'Union et du droit national

- 12 L'article 28 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 (ci-après la « directive 2004/18 »)

dispose : *« 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. »*

- 13 L'article 31, paragraphe 1, sous b), de la directive 2004/18 dispose : *« 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. »*
- 14 L'article 21, paragraphe 2, de la loi sur les marchés publics dispose : *« Le pouvoir adjudicateur peut, pour attribuer un marché public, avoir recours à une procédure ouverte ou à une procédure restreinte, et dans les conditions prévues aux articles 22 et 23 également à une procédure négociée avec publication ou à une procédure négociée sans publication ; la procédure ouverte n'est pas utilisable pour les marchés publics dans le domaine de la défense ou de la sécurité. »*
- 15 L'article 23, paragraphe 4, sous a), de la loi sur les marchés publics dispose : *« Le pouvoir adjudicateur peut également attribuer un marché public au moyen d'une procédure négociée sans publication 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. »*

III. Analyse de la question préjudicielle déférée

III.1 Objet du litige et considérations générales

- 16 La présente affaire porte notamment sur la question de savoir si le prédécesseur en droit de la requérante savait, au moment de la conclusion du contrat initial, qu'il serait nécessaire d'assurer ultérieurement une maintenance de base du SI ADIS, s'il devait raisonnablement anticiper ce besoin, ou s'il prévoyait la nécessité de passer des marchés subséquents. Pour le défendeur et la cour régionale de Brno, il est en effet important que le prédécesseur en droit de la requérante, par ses actes lors de la conclusion du contrat initial, a provoqué la situation d'exclusivité des droits d'auteur patrimoniaux du fournisseur puisqu'il devait déjà supposer, à ce moment-là, qu'il serait nécessaire d'assurer une maintenance de base du SI ADIS. Ils considèrent donc que la condition matérielle pour l'attribution du marché public au moyen d'une procédure négociée sans publication n'était pas remplie.

Or, d'après eux, cette condition est essentielle. En effet, même si la requérante démontre l'existence de raisons techniques ou de raisons tenant à la protection des droits d'exclusivité, la situation d'exclusivité est le résultat des actes de son prédécesseur en droit. Elle n'aurait donc pas dû attribuer le marché public dans le cadre d'une procédure négociée sans publication.

- 17 Afin de répondre à la question susmentionnée, il y a lieu tout d'abord de déterminer si, pour apprécier la condition matérielle, c'est-à-dire pour apprécier si le pouvoir adjudicateur a créé la situation d'exclusivité en concluant le contrat initial, il est nécessaire de prendre en compte les éléments de fait et la situation juridique au moment de la conclusion du contrat initial. En effet, la requérante fait valoir qu'au moment de la conclusion du contrat initial en 1992, il n'existait aucune législation régissant les droits d'auteur et le droit des marchés publics. Le ministère des Finances ne pouvait donc pas prévoir quelle serait la réglementation applicable en matière de marchés publics et comment la jurisprudence évoluerait. Par conséquent, il n'était pas possible de prévoir que la définition des conditions d'octroi des licences pour le SI ADIS donnerait lieu ultérieurement à une situation qui serait contestée par la suite.
- 18 La réglementation relative à la procédure négociée sans publication était, et dans une certaine mesure est toujours, dispersée au niveau de l'Union entre plusieurs directives qui régissent les différents domaines de la passation des marchés publics. Malgré cette dispersion historique de la législation entre les différents domaines, la Cour juge de manière constante, pour les marchés publics tous domaines confondus, que la procédure négociée sans publication déroge aux formes plus ouvertes [à la concurrence] de la procédure de passation. Son utilisation entraîne en effet une restriction ou une élimination de la concurrence. Les dérogations qui permettent d'y recourir doivent donc faire l'objet d'une interprétation stricte. C'est à celui qui entend se prévaloir de l'exception de la procédure négociée sans publication qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement (arrêts du 10 mars 1987, *Commission/Italie*, C-199/85, EU:C:1987:115, point 14 ; du 23 avril 2009, *Commission/Belgique*, C-292/07, non publié, EU:C:2009:246, point 106 ; ou du 11 septembre 2014, *Fastweb*, C-19/13, EU:C:2014:2194, point 49). L'application de l'exception tenant à des raisons techniques est soumise à deux conditions cumulatives. Il doit exister une spécificité technique de la prestation faisant l'objet du marché public, et cette spécificité technique doit rendre absolument nécessaire d'accorder le marché public à un fournisseur déterminé (dernièrement, arrêt du 2 juin 2005, *Commission/Grèce*, C-394/02, EU:C:2005:336, point 34). Par ailleurs, il ne suffit pas que l'objet du marché soit protégé par des droits d'exclusivité, encore faut-il que la prestation ne puisse être fournie que par un seul fournisseur (arrêt du 3 mai 1994, *Commission/Espagne*, C-328/92, EU:C:1994:178, point 17).

III.2 Condition matérielle de la procédure négociée sans publication

- 19 À ce jour, la Cour ne s'est pas encore intéressée dans sa jurisprudence à la question de savoir si, pour pouvoir avoir recours à la procédure négociée sans publication, il est nécessaire que la raison pour laquelle le marché public ne doit être attribué qu'à un opérateur économique déterminé conformément à ce que prévoit l'article 31, paragraphe 1, sous b), de la directive 2004/18, ne soit pas imputable au pouvoir adjudicateur. En d'autres termes, on se demande s'il est important ou non que la situation d'exclusivité n'ait pas été créée par le pouvoir adjudicateur lui-même (condition matérielle). [OMISSIS]
- 20 La Cour administrative suprême a déjà conclu dans l'arrêt du 11 janvier 2013, réf. 5 Afs 43/2012-54, n° 2790/2013 Sb. NSS, Ministerstvo zemědělství, que « *la procédure négociée sans publication peut être utilisée pour des raisons objectives, c'est-à-dire indépendantes de la volonté du pouvoir adjudicateur.* [OMISSIS] » [jurisprudence nationale non pertinente]
- 21 Dans l'arrêt du 12 mai 2016, réf. 1 As 256/2015-95, n° 3436/2016 Sb. NSS, Dopravní podnik hl. m. Prahy, [OMISSIS] [la Cour administrative suprême] a par ailleurs conclu que « *les conditions fixées à l'article 31 de la directive [2004/18] ainsi qu'à l'article 23, paragraphe 4, de la loi sur les marchés publics, permettent incontestablement de conclure que la "situation d'exclusivité" (c'est-à-dire la nécessité que le marché soit exécuté seulement par un fournisseur déterminé) ne doit pas être créée par le pouvoir adjudicateur lui-même.* [OMISSIS] » La Cour administrative suprême a également signalé que le considérant 50 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (ci-après la « directive 2014/24 ») indique expressément que « *[l]'exclusivité peut aussi résulter d'autres motifs, mais 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.* [OMISSIS] En effet, l'article 32, paragraphe 2, sous b), de la directive 2014/24, dispose expressément qu'il est possible de recourir à la procédure négociée sans publication préalable pour des marchés publics de travaux, de fournitures et de services notamment en vue de la protection de droits d'exclusivité, en particulier de droits de propriété intellectuelle, 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.* » [OMISSIS] [informations sur la jurisprudence nationale non pertinentes]
- 22 La chambre de céans partage ce raisonnement. Ce dernier découle également du considérant 51 de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur l'attribution de contrats de concession, et du considérant 6[1] 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. Même si, à l'ouverture de la procédure de passation, le délai de transposition de la directive 2014/24 n'avait pas encore

expiré, la Cour administrative suprême part du principe que ladite directive ne faisait qu'exprimer explicitement une règle qui existait déjà. [OMISSIS] Cela est également conforme aux exigences de la jurisprudence de la Cour, en vertu desquelles la procédure négociée sans publication déroge aux formes plus ouvertes [à la concurrence] de la procédure de passation, étant précisé que les dérogations qui permettent d'y recourir doivent faire l'objet d'une interprétation stricte (point 18 de la présente ordonnance).

- 23 C'est pourquoi la chambre de céans estime que 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, paragraphe 1, sous b), de la directive 2004/18, ne soit pas imputable au pouvoir adjudicateur. Elle considère l'interprétation du droit de l'Union à cet égard comme un *acte clair*.

III.3 Sur la question préjudicielle

- 24 La Cour administrative suprême se demande néanmoins si, pour apprécier cette condition matérielle, il est nécessaire de prendre en compte les éléments de fait et de droit au moment où le pouvoir adjudicateur aurait créé la situation d'exclusivité.
- 25 Dans l'arrêt du 30 novembre 2021, réf. 3 As 60/2020-64, *Statutární město Brno*, la Cour administrative suprême a conclu que la création d'une exclusivité devait être appréciée compte tenu de la date de création de cette [situation], de la réglementation pertinente (et notamment du fait que la République tchèque n'était pas membre de l'Union à ce moment-là) et des usages commerciaux d'alors. Dans cette affaire, le pouvoir adjudicateur aurait créé la situation d'exclusivité en 1998 en fixant les conditions d'octroi des licences dans le contrat d'ouvrage relatif au système d'information. Dans l'arrêt du 12 mars 2020, réf. 10 As 372/2019-56, *Ministerstvo financí*, la Cour administrative suprême était cependant parvenue à la conclusion inverse, selon laquelle « l'acceptation d'une situation d'exclusivité » durant « pour toujours » (pour plusieurs décennies), uniquement parce que les nouveaux contrats s'inscrivent dans la continuité de contrats conclus « un jour il y a longtemps » *irait à l'encontre d'une perception raisonnable de l'environnement de la passation des marchés publics* ». De la même manière, le pouvoir adjudicateur aurait dans ce cas créé la situation d'exclusivité en concluant le marché relatif au système d'information en 1995. Il y a donc manifestement une contradiction dans la jurisprudence de la Cour administrative suprême sur cette question.
- 26 [OMISSIS] [procédure nationale] La Cour administrative suprême, et donc la chambre de céans également, est tenue [OMISSIS] en application de l'article 267, sous b), TFUE, de saisir la Cour si, dans la procédure nationale, une question est soulevée sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. Dans la présente affaire, il s'agit d'une interprétation visant le mécanisme de la procédure négociée sans publication,

institué par le droit de l'Union [article 31, paragraphe 1, sous b), de la directive 2004/18]. Par ailleurs, la question de savoir s'il est nécessaire, pour apprécier la condition matérielle, de prendre en compte les éléments de fait et de droit au moment où le pouvoir adjudicateur aurait créé la situation d'exclusivité, n'a encore jamais été traitée dans la jurisprudence de la Cour, et l'application correcte du droit de l'Union ne s'impose pas avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable pour la chambre de céans.

- 27 Dans l'arrêt du 6 octobre 2021, *Consorzio Italian Management et Catania Multiservizi* (C-561/19, EU:C:2021:799), la Cour a jugé au point 48 que « [c]ela étant, la seule possibilité de se livrer à une ou plusieurs autres lectures d'une disposition du droit de l'Union, dans la mesure où aucune de ces autres lectures ne paraisse suffisamment plausible à la juridiction nationale concernée, notamment au regard du contexte et de la finalité de ladite disposition, ainsi que du système normatif dans lequel elle s'insère, ne saurait suffire pour considérer qu'il existe un doute raisonnable quant à l'interprétation correcte de cette disposition ». La Cour a cependant ajouté au point 49 dudit arrêt que « [t]outefois, lorsque l'existence de lignes de jurisprudence divergentes – au sein des juridictions d'un même État membre ou entre des juridictions d'États membres différents – relatives à l'interprétation d'une disposition du droit de l'Union applicable au litige au principal est portée à la connaissance de la juridiction nationale statuant en dernier ressort, celle-ci doit être particulièrement vigilante dans son appréciation relative à une éventuelle absence de doute raisonnable quant à l'interprétation correcte de la disposition de l'Union en cause et tenir compte, notamment, de l'objectif poursuivi par la procédure préjudicielle qui est d'assurer l'unité d'interprétation du droit de l'Union ». [informations sur la jurisprudence nationale non pertinentes] [OMISSIS] [L]a chambre de céans n'est pas persuadée que l'une des options d'interprétation envisageables puisse être considérée comme claire, plausible et, sans doute raisonnable, manifestement plus convaincante que d'autres options. C'est pourquoi il y a lieu de poser la question préjudicielle ci-dessous.
- 28 Dans la présente affaire, le prédécesseur en droit de la requérante a conclu le contrat initial le 29 juin 1992. Étant donné la complexité de l'objet de la prestation, le processus contractuel avait nécessairement dû être initié bien plus tôt. À cette époque, la République tchèque (ou plus précisément la République fédérale tchèque et slovaque) n'était pas membre de l'Union européenne (de la Communauté économique européenne alors). Par ailleurs, il n'existait pas de législation nationale pertinente en matière de passation des marchés publics de fournitures. Il n'existait en 1992 que les principes succincts en matière de marchés publics du 25 juin 1992 établis par le gouvernement, qui renvoyaient à une mise en concurrence publique, qui était pourtant un mécanisme de droit privé. Ces principes ne devaient commencer à être mis en œuvre qu'à partir du 1^{er} juillet 1992, et ils n'ont manifestement été adoptés que relativement longtemps après le début des négociations relatives à la conclusion du contrat initial. La première réglementation complète sur la passation des marchés publics est le fruit du zákon č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek (loi n° 199/1994 Sb., relative à la

passation des marchés publics), entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995. Les conditions d'octroi des licences pour le SI ADIS étaient pour leur part, au moment de la conclusion du contrat initial, soumises au zákon č. 35/1965 Sb., o dílech literárních, vědeckých a uměleckých (autorský zákon) [(loi n° 35/1965 Sb., sur les œuvres littéraires, scientifiques et artistiques (loi sur le droit d'auteur)], dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 1993. Ladite loi considérait également les programmes informatiques comme objet de la protection, aux termes de son article 2, paragraphe 1, dès lors qu'ils remplissaient les caractéristiques de la définition des œuvres au sens de cette loi. À cet égard, l'affirmation de la requérante selon laquelle il n'existait aucune législation régissant les droits d'auteur est fautive. Cela étant, on ne peut ignorer que les expériences en matière de conclusion de contrats relatifs aux droits d'auteur sur les programmes informatiques, en particulier sur les systèmes complexes comme le SI ADIS l'était incontestablement à l'époque de sa création, étaient alors tout autres.

- 29 Au moment de la conclusion du contrat initial, il n'existait cependant manifestement pas de législation nationale relative à la passation des marchés publics. C'est pourquoi le prédécesseur en droit de la requérante a pu conclure le contrat initial directement avec un fournisseur déterminé sans devoir auparavant suivre quelque procédure formalisée que ce soit. Cette circonstance s'est manifestement reflétée dans le contenu du contrat initial et la définition des droits d'auteur patrimoniaux sur le code source du SI ADIS, car le prédécesseur en droit de la requérante pouvait 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. La requérante soutient également qu'au moment de la conclusion du contrat initial, le fournisseur était le seul capable de fournir la prestation requise. Elle ne pouvait donc pas anticiper que d'autres fournisseurs seraient eux aussi capables de fournir la suite des prestations.
- 30 C'est pour cette raison que se pose la question de savoir s'il y a lieu de tenir compte de ces éléments de fait et de cette situation juridique au moment de la conclusion du contrat initial pour apprécier si le prédécesseur en droit de la requérante, en définissant les droits d'auteur patrimoniaux dans le contrat initial relatif au SI ADIS, est responsable d'avoir créé une situation d'exclusivité au bénéfice du fournisseur, ce qui exclut le recours à une procédure négociée sans publication pour le marché public suivant de 2016 (soit 24 ans plus tard).
- 31 La solution retenue par la Cour administrative suprême dans l'arrêt *Statutární město Brno* (point 25 de la présente ordonnance) est étayée par le fait que s'il fallait, pour que soit remplie la condition matérielle, que le comportement du pouvoir adjudicateur lors de la passation du marché initial soit à l'origine [de la situation d'exclusivité], il serait difficile d'appliquer rétroactivement la réglementation de l'époque en matière de passation des marchés publics dans le cadre d'une procédure négociée sans publication ; par exemple à des relations juridiques établies alors qu'il n'existait pas en République tchèque de législation pertinente en matière de passation des marchés publics. Du point de vue actuel, on

ne saurait en effet apprécier si le pouvoir adjudicateur aurait dû prévoir qu'il aurait besoin ultérieurement d'attribuer un marché public pour des prestations subséquentes si, au moment de l'attribution de la prestation initiale, il a pu directement négocier la fourniture de celle-ci avec un fournisseur déterminé. À cet égard, il y a lieu de tenir compte aussi des principes de non-rétroactivité et de sécurité juridique. Ces principes font partie de l'ordre juridique de l'Union (arrêts du 21 septembre 1983, *Deutsche Milchkontor e.a.*, C-205/82 à C-215/82, EU:C:1983:233, point [30], et du 14 juillet 1983, *Meiko – Konservenfabrik*, C-224/82, EU:C:1983:219, point 12). Une autre raison qui justifie de prendre en compte les éléments de fait et de droit au moment de la passation du marché initial est que le pouvoir adjudicateur serait aussi contraint d'avoir recours à l'une des formes plus ouvertes [à la concurrence] de la procédure de passation, alors que pour des raisons techniques ou des raisons tenant à la protection de droits d'exclusivité datant d'une époque où il n'existait pas de réglementation pertinente, seul un fournisseur déterminé serait capable de lui fournir la prestation. Ainsi que la requérante le signale également, le recours à la procédure négociée sans publication peut souvent se révéler une option sensiblement moins coûteuse qu'une procédure ouverte ou restreinte. Tandis que dans le cadre d'une procédure négociée sans publication la requérante ne peut attribuer au fournisseur initial que des services d'un volume limité, la seule autre option possible est l'attribution d'un tout nouveau système d'information si le fournisseur initial des services refuse de fournir les droits d'auteur nécessaires pour accéder au système d'information initial. Procéder ainsi prend là encore bien plus de temps. De plus, la création d'un nouveau système d'information pour la gestion des impôts de tout le pays peut prendre plusieurs années, pendant lesquelles devrait en tout état de cause fonctionner le système initial qui ne pourrait être maintenu autrement qu'avec l'assistance du fournisseur initial auquel il ne serait pas possible d'attribuer le marché dans une procédure autre qu'une procédure négociée sans publication.

- 32 À l'inverse, la solution proposée par la Cour administrative suprême dans l'arrêt *Ministerstvo financí* (point 25 de la présente ordonnance) est étayée par le fait que selon la Cour les dérogations qui permettent de recourir à la procédure négociée sans publication doivent faire l'objet d'une interprétation stricte, lesdites dérogations exhaustives ne pouvant être élargies par de nouvelles conditions, moins contraignantes (voir point 18 de la présente ordonnance). La requérante a attribué le marché public subséquent alors qu'étaient en vigueur la loi sur les marchés publics et la directive 2004/18. Elle était donc soumise à l'obligation de ne pas causer la situation d'exclusivité par ses propres actes. Entre 1992 et 2016, la requérante (ou son prédécesseur en droit) pouvait soit renégocier les clauses contractuelles relatives aux droits d'auteur patrimoniaux de sorte qu'elle puisse attribuer les marchés publics concernant le SI 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, sur le 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 (arrêt du 5 octobre 2000, Commission/France, C-337/98, EU:C:2000:543, point 37).

- 33 C'est pourquoi la Cour administrative suprême estime qu'il y a lieu de poser la question préjudicielle [suivante] [OMISSIS] à la Cour[.][OMISSIS] [reprise de la question préjudicielle]
- 34 La Cour administrative suprême considère que la réponse à [la] question préjudicielle est nécessaire non seulement pour pouvoir statuer dans la présente affaire et dans les quelques autres affaires connexes de la même requérante, mais aussi pour les autres pouvoirs adjudicateurs qui, comme dans la présente affaire, initient des procédures de passation pour des marchés publics subséquents de réparation ou de maintenance de programmes informatiques, pour lesquels ils ne disposent pas des droits d'auteur patrimoniaux nécessaires, car leur obtention ne s'imposait pas au moment de l'attribution du marché public, ou pour le moins elle n'était pas usuelle et pouvait se révéler aussi très coûteuse.

[OMISSIS]

35 [OMISSIS]

36 [OMISSIS]

[OMISSIS] [procédure nationale]

[OMISSIS]