

Procédure négociée sans publicité et droits d'exclusivité : une exception strictement encadrée

Par un arrêt du 9 janvier 2025, la CJUE a renforcé les conditions de recours au marché public sans publicité ni mise en concurrence préalables. L'ajout d'une nouvelle exigence pourrait avoir des conséquences pratiques non négligeables pour les marchés passés dans le secteur de l'informatique et de la maintenance des logiciels d'exploitation.

Dans cette affaire, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) est venue préciser (ou compléter...) les conditions dans lesquelles un pouvoir adjudicateur peut invoquer la protection de droits d'exclusivité pour recourir à une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalable. L'acheteur doit désormais établir que la raison tendant à la protection de droits d'exclusivité ne lui est pas imputable.

En l'espèce, le ministère des Finances de la République tchèque avait conclu en 1992, avant l'adhésion de la République tchèque à l'Union européenne, un contrat avec la société IBM, portant sur la création d'un système d'information pour l'administration fiscale. Aux termes de ce contrat non soumis aux règles européennes relatives aux marchés publics, IBM était titulaire de droits d'auteur exclusifs sur le code source dudit système. La Direction générale des finances (DGF), qui est venue se substituer au ministère en 2013, a initié le 1^{er} mars 2016, après l'adhésion de la République tchèque à l'Union européenne, une procédure négociée sans publicité préalable et a attribué le marché relatif à la maintenance du système d'information à la société IBM.

La DGF s'est alors fondée sur l'article 23, paragraphe 4, sous a) de la loi interne sur les marchés publics ayant transposé l'article 31, point 1, sous b) de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 alors applicable^[1], qui permet le recours à la procédure négociée sans publicité préalable « 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 ». Elle motivait le recours à une

Auteurs

Antonin Gras
Docteur en droit public
Avocat au barreau de Paris
Seban Avocats

Julia Mourier
Avocat au barreau de Paris
Seban Avocats

Références

CJUE 9 janvier 2025, Česká republika – Generální finanční ředitelství c/ Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, aff. C-578/23

[1] En effet, la directive 2014/24/CE ayant abrogé et remplacé la directive 2004/18/CE est entrée en vigueur le 18 avril 2016, après le lancement de la procédure de passation du marché en cause.

telle procédure par des raisons tenant (i) à la continuité technique entre le système d'information en cause et sa maintenance post-garantie et (ii) à la protection des droits d'auteur d'IBM.

L'autorité de la concurrence de la République tchèque a considéré que la DGF avait commis une infraction dès lors que les conditions de recours à une procédure négociée sans publicité préalable n'étaient pas réunies : d'une part, il n'était pas démontré que, pour des raisons techniques, le marché public ne pouvait être exécuté que par IBM ; d'autre part, la nécessité de protéger les droits exclusifs de celle-ci sur le code source aurait été la conséquence du comportement du ministère des Finances qui avait initialement conclu le marché.

Après un recours devant la Cour régionale compétente, rejeté pour les mêmes motifs, la DGF a formé un pourvoi en cassation devant la Cour administrative suprême de la République tchèque. Cette dernière a décidé de poser une question préjudicielle à la CJUE, portant sur l'appréciation de l'imputabilité de l'existence de droits d'exclusivité et plus précisément, s'il fallait tenir compte des circonstances de fait et droit dans lesquelles a été conclu le contrat initial.

La CJUE a répondu par l'affirmative, consacrant ainsi une condition non prévue par la directive 2004/18/CE (ni par l'article 32, point 2, sous b) de la directive 2014/24/CE, désormais applicable) : pour justifier le recours à la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché, au sens de cette disposition, le pouvoir adjudicateur ne peut invoquer la protection de droits d'exclusivité lorsque la raison d'une telle protection lui est imputable. La Cour précise qu'*« une telle imputabilité s'apprécie sur la base non seulement des circonstances de fait et de droit entourant la conclusion d'un contrat portant sur une première prestation, mais également de toutes celles qui caractérisent la période allant de la date de cette conclusion à celle à laquelle le pouvoir adjudicateur choisit la procédure à suivre pour la passation d'un marché public subséquent »* (point 39 de l'arrêt commenté).

Un renforcement des conditions de recours au marché public sans publicité ni mise en concurrence préalables

Par une interprétation stricte de la directive, la CJUE confirme le principe selon lequel le pouvoir adjudicateur doit, lorsqu'il conclut un marché de gré à gré avec un opérateur déterminé en raison de l'existence de droits d'exclusivité (sur des brevets d'invention, des droits d'auteur ou pour de l'exploitation et de la maintenance, par exemple), établir que cette situation d'exclusivité ne lui est pas imputable. En effet, après avoir rappelé que l'article 31 point 1, sous b) de la directive 2004/18/CE « ne prévoit pas une telle exigence » (point 28 de l'arrêt commenté), la Cour se fonde par extension sur l'article 31, point 1, sous c) selon lequel les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse – autre motif permettant le recours à une procédure négociée

sans publicité préalable – ne doivent en aucun cas être imputables au pouvoir adjudicateur.

Dès lors que le recours à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché doit revêtir un « caractère exceptionnel » (point 24 de l'arrêt commenté) et que les dérogations aux règles visant à garantir l'effectivité du droit de l'Union dans le domaine des marchés publics doivent faire l'objet d'une « interprétation stricte » (point 27 de l'arrêt commenté), la Cour va suivre les conclusions de son avocat général, selon lesquelles le silence de la directive 2004/18/CE sur l'imputabilité de la situation d'exclusivité « ne signifie toutefois pas que le pouvoir adjudicateur était libre de créer lui-même la situation d'exclusivité »^[2].

La Cour s'était déjà fondée sur des éléments subjectifs, à savoir le comportement du pouvoir adjudicateur, lorsqu'elle avait jugé que ce dernier ne pouvait se prévaloir de la spécificité technique d'un logiciel utilisé dans l'administration nationale alors qu'il n'avait pas sérieusement et activement recherché si d'autres opérateurs, différents du fournisseur auquel le marché a été attribué, étaient susceptibles de présenter un logiciel adapté^[3]. Partant de ce principe, dès lors que le pouvoir adjudicateur doit faire tout ce qui est susceptible d'être raisonnablement attendu de lui pour éviter l'application de la dérogation tenant à l'existence de droits d'exclusivité, « il serait incompatible avec cette exigence de permettre à un tel pouvoir adjudicateur d'appliquer cette disposition alors que la création ou le maintien de la situation d'exclusivité qu'il invoque à cet effet lui est imputable [...] » (point 31 de l'arrêt commenté).

Aux deux conditions « formelles »^[4] posées par la directive 2004/18/CE, relatives à (i) l'existence de raisons tenant à la protection de droits d'exclusivité et (ii) la nécessité de confier le marché un opérateur économique déterminé, vient s'ajouter une condition « matérielle » tenant à ce que la situation d'exclusivité n'ait pas été provoquée par le pouvoir adjudicateur (point 32 de l'arrêt commenté). Si la professeure Hélène Hoepffner invite à nuancer la portée de cet arrêt en ce que l'article 32 de la directive 2014/24/CE du 26 février 2014, transposé par l'article R. 2122-3 du Code de la commande publique prévoit déjà un encadrement plus strict^[5], en imposant notamment que le recours à un marché négocié sans publicité préalable n'est

[2] Conclusions de l'avocat général Campos Sánchez-Bordona sur CJUE 26 septembre 2024, Česká republika – Generální finanční ředitelství c/ Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, aff. C-578/23.

[3] CJUE 15 octobre 2009, Commission des Communautés européennes c/ République fédérale d'Allemagne, aff. C-275/08.

[4] L'avocat général Campos Sánchez-Bordona, dans ses conclusions sur l'arrêt commenté, fait en effet la distinction entre les conditions « formelles » qui correspondent à celles prévues à l'article 31, point 1, sous b), de la directive 2004/18/CE et la condition « matérielle » sur laquelle le débat s'est focalisé, tenant à ce que la situation d'exclusivité n'a pas été provoquée par le pouvoir adjudicateur.

[5] H. Hoepffner, « Passation – Limitation de la possibilité d'invoquer la protection de droits d'exclusivité pour recourir à une procédure négociée », *Contrats et Marchés publics* n° 4, comm. 95.

Dossier

Procédure négociée sans publicité et droits d'exclusivité : une exception strictement encadrée

possible que si « l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des paramètres du marché », il apparaît néanmoins que la solution de la CJUE est venue resserrer les possibilités de recours aux marché de gré à gré tenant à l'existence de droits d'exclusivité^[6].

D'autant que la condition relative à l'absence d'imputabilité de la situation d'exclusivité à l'acheteur est également rappelée au considérant 50 de la directive 2014/24/CE, qui précise que « [...] le cours 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. ». C'est donc la démonstration de l'objectivité de la situation d'exclusivité que la CJUE est venue renforcer, en exigeant que l'acheteur démontre que la situation invoquée ne lui est pas imputable.

Si la Cour n'était pas saisie du litige au fond, l'avocat général a estimé que la DGF – qui n'était pas l'acheteur initial mais celui ayant passé le marché portant sur la maintenance du logiciel – avait bien causé la situation d'exclusivité puisqu'elle n'avait pas suffisamment cherché à surmonter le refus de la société IBM de vendre ses droits sur le système d'information : « 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 » (points 63 et 64 des conclusions de l'avocat général) ; et qu'il n'avait pas sérieusement tenté de trouver de nouveaux fournisseurs pour débloquer la situation dans laquelle il se trouvait.

L'exclusivité objective, qui justifie à elle seule le recours à un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables^[7] se trouve donc davantage renforcée par la CJUE. Certes, elle est plus facilement admise lorsque l'opérateur déterminé détient ses droits d'exclusivité de droits de propriété intellectuelle^[8]. Ainsi, le juge administratif français retient que la détention d'un brevet d'invention par une seule société, couplée au fait qu'aucun autre produit ou matériel n'aurait pu satisfaire les besoins de l'acheteur, sont des circonstances qui justifient le recours à un marché sans publicité ni mise en concurrence^[9]. Ce recours est également justifié lorsque le prestataire ayant conçu un espace numérique de travail est titulaire d'un certificat attestant de ses droits d'exclusivité sur le logiciel et qu'il est également le seul à disposer des droits pour sa maintenance et son exploitation^[10].

Toutefois, la détention de droits de propriété intellectuelle n'est pas suffisante pour se prévaloir de la conclusion d'un marché sans publicité préalable. La Cour de justice l'avait rappelé dans un arrêt relatif au recours à un marché de gré à gré pour la fourniture de produits pharmaceutiques : il ne suffit pas que les produits soient protégés par des droits d'exclusivité, encore faut-il qu'ils ne puissent être fabriqués ou livrés que par un fournisseur déterminé ; et cette condition n'est considérée comme remplie que pour les produits pour lesquels il n'y a pas de concurrence sur le marché^[11]. La jurisprudence attend donc de l'acheteur qu'il recherche sur le marché l'existence de solutions alternatives ; depuis l'arrêt de la CJUE commenté, il doit également être proactif et prendre des initiatives de nature à se défaire de l'exclusivité de son prestataire et de la relation de dépendance entretenue avec ce dernier.

À ce titre, nous recommandons aux pouvoirs adjudicateurs envisageant de passer un marché sans procédure de publicité ni mise en concurrence au titre de l'article R. 2122-3, 3° du Code de la commande publique de conserver par écrit tous les éléments de fait et de droit (*sourcing*, inexistence d'offres alternatives ou économiquement raisonnables, absence d'imputabilité de l'existence de droits d'exclusivité, etc.), par exemple sous la forme d'une note, justifiant l'application de cette disposition. De manière générale, une telle note pourrait être établie pour la mise en œuvre de toute procédure sans publicité et mise en concurrence préalables. Un tel exercice permet d'ailleurs aux pouvoirs adjudicateurs de s'assurer du bien-fondé de la procédure mise en œuvre ou, du moins, de l'existence d'arguments sérieux justifiant le recours à cette procédure.

Conséquences pratiques pour les marchés passés dans le secteur de l'informatique et de la maintenance des logiciels d'exploitation

En pratique, comme le précise la professeure Hélène Hoepffner, la solution dégagée par la CJUE pourrait avoir davantage de conséquences pour le secteur informatique ou pour les contrats de maintenance des systèmes d'information de l'administration. En effet, « le changement de logiciel implique des coûts importants, un temps de paramétrage long, des interfaces à recréer, un personnel à former... sans parler de l'empreinte carbone d'un tel changement »^[12]. Ces difficultés s'expliquent par le fait que lorsqu'un pouvoir adjudicateur a besoin d'un

[6] Louise-Marie Nicolas, « Préparer et lancer un marché public informatique », *Dossiers commande publique* n° 51, mars 2025.

[7] DAJ, « Les marchés sans publicité ni mise en concurrence préalables », Fiche technique, 2020, p. 8.

[8] C'est d'ailleurs une précision qui a été ajoutée par la directive 2014/24/CE et transposée à l'article R. 2122-3 du Code de la commande publique qui mentionnent « L'existence de droits d'exclusivité, notamment de droits de propriété intellectuelle ».

[9] CE 14 janvier 1987, Département de la Meuse, req. n° 58557.

[10] CE 2 octobre 2013, Département de l'Oise, req. n° 368846 ; voir également CAA Douai 31 octobre 2002, SA Quille, req. n° 99DA01074.

[11] CJCE 3 mai 1994, Commission c/ Espagne, aff. C-328/92 ; voir également CAA Paris 11 décembre 2018, Société Steam France, req. n° 17PA01588 ; et CE 5 février 2018, Société Clear Channel France, req. n° 416581.

[12] H. Hoepffner, « Passation – Limitation de la possibilité d'invoquer la protection de droits d'exclusivité pour recourir à une procédure négociée », *Contrats et Marchés publics* n° 4, comm. 95.

logiciel informatique pour répondre à un besoin spécifique, il a recours à un opérateur économique qui institue généralement un logiciel que « lui seul est en mesure de comprendre » et « dont il détient tous les droits »^[13].

Nombre de logiciels spécifiques ont ainsi été commandés par des pouvoirs adjudicateurs dans les années 1990 ou 2000, sans qu'une attention particulière ait été portée aux droits d'exclusivité sur les codes sources. Et, parfois, les contrats portant sur ces logiciels ont été cédés entre pouvoirs adjudicateurs, au gré de leurs transformations ou des transferts de compétences ou d'activités.

En tout état de cause, il en découle une quasi-impossibilité matérielle de remettre en concurrence les marchés en cours dès lors (i) qu'en raison de la spécificité d'un logiciel informatique, il n'existe dans la plupart des cas aucune autre entreprise qui soit en capacité de fournir immédiatement un logiciel comparable, (ii) que l'acheteur n'est pas toujours en capacité d'imposer à son prestataire initial de céder ses droits à une entreprise tierce, (iii) que le prestataire initial est le plus à même d'effectuer la maintenance et le développement du logiciel et, qu'enfin (iv), la réécriture totale d'un logiciel par une entreprise concurrente, en plus d'être extrêmement chronophage, s'avère très onéreuse. Au total, les pouvoirs adjudicateurs font face à une aporie qui peut les mettre en difficulté, notamment devant les autorités de contrôle.

C'est ce que soutenait la DGF dans l'affaire commentée : IBM refusait de transférer les droits d'auteur patrimoniaux sur le code source du logiciel et le lancement d'une procédure de passation d'un marché public pour la fourniture d'un nouveau système d'information pour l'administration n'aurait pas été raisonnable sur le plan financier (point 16 de l'arrêt commenté). La juridiction de renvoi considérait 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^[14].

La Cour semble quant à elle avoir ouvert la possibilité de prendre en compte les difficultés financières liées à la remise en concurrence du prestataire pour la gestion d'un logiciel dès lors qu'elle précise que la situation d'exclusivité est considérée comme imputable à l'acheteur lorsque ce dernier « disposait de moyens réels et raisonnables du point de vue économique pour mettre fin à une telle situation » (point 31 de l'arrêt commenté). Par une interprétation *a contrario*, il pourrait être considéré que si l'acheteur parvenait à démontrer que le changement de prestataire n'est pas raisonnablement envisageable d'un point de vue économique, alors il ne peut être considéré que la situation d'exclusivité de son prestataire lui est imputable.

Les acheteurs doivent toutefois rester prudents dès lors que la Cour a déjà considéré que les justifications d'un pouvoir adjudicateur tenant aux spécificités techniques et à la nécessité d'assurer l'interopérabilité de sa flotte d'hélicoptères, afin notamment de réduire les coûts logistiques, opérationnels et de formation des pilotes n'étaient pas suffisantes pour avoir recours à un marché de gré à gré^[15].

Le risque réside également dans le fait qu'à l'instar de la juridiction de renvoi dans l'affaire commentée, il soit considéré que l'ouverture à la concurrence favoriserait sur le long terme un meilleur rapport qualité-prix de la prestation. Sur ce point, la Commission européenne avait souligné, dans un rapport de 2013 que de nombreuses entreprises, notamment publiques, étaient prisonnières de leur système de technologies de l'information et de la communication (TIC) parce que seul le fournisseur de ce système connaissait son mode de fonctionnement de manière approfondie et que cette absence de concurrence faisait augmenter les prix. La Commission préconisait « de mettre en place des services publics TIC plus efficents, capables d'évoluer et de s'adapter aux besoins futurs. Les fournisseurs de TIC pourront, dans un environnement concurrentiel, proposer aux administrations publiques des prestations offrant un bon rapport qualité-prix ainsi que des services innovants »^[16].

Si cela semble relever en pratique du vœu pieux, il est conseillé aux acheteurs de déterminer au cas par cas comment procéder à des renouvellements ou des remises en concurrence périodiques des marchés portant sur la gestion, la maintenance ou l'hébergement de solutions logicielles. Cette remise en concurrence est plus réaliste pour les acheteurs ayant anticipé les difficultés relatives aux marchés passés pour la gestion de logiciels informatiques.

À ce titre, les pouvoirs adjudicateurs pourraient avoir recours à des clauses de cession des droits d'auteur, telles que celles prévues par le CCAG-PI. L'article 35 du CCAG-PI (2021) prévoit en effet une obligation pour le titulaire d'accorder à l'acheteur les droits nécessaires pour utiliser ou faire utiliser les résultats, notamment pour les besoins d'utilisation découlant de l'objet des prestations commandées dans le cadre du marché dont le droit d'assurer ou faire assurer par tout tiers l'évolution de tous résultats, en ce compris réaliser ou faire réaliser par tout tiers, la maintenance (corrective, préventive, adaptative et évolutive) des résultats consistant en des logiciels. Si les acheteurs pourront être confrontés au refus des opérateurs économiques de soumissionner au regard de telles clauses, ces dernières permettent de s'assurer du strict respect des règles de la commande publique.

(13) J.-D. Dreyfus, « Imputabilité au pouvoir adjudicateur des circonstances invoquées pour recourir à une procédure sans publicité préalable », *AJ Collectivités Territoriales* 2025, p. 167.

(14) Conclusions de l'avocat général Campos Sánchez-Bordona sur CJUE 26 septembre 2024, précité (point 34).

(15) CJCE 8 avril 2008, Commission c/ Italie, aff. C-337/05.

(16) Communication de la Commission européenne « Lutter contre l'enfermement propriétaire : des marchés publics fondés sur des normes pour des systèmes TIC ouverts », 25 juin 2013.