

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Ressources et contraintes du droit des marchés publics dans l'utilisation des logiciels libres

De Roy, David

Published in:

Logiciels libres, services publics indépendants ? : actes du colloque organisé au Parlement de la Communauté française le 17 mars 2005

Publication date:

2005

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

De Roy, D 2005, Ressources et contraintes du droit des marchés publics dans l'utilisation des logiciels libres. dans *Logiciels libres, services publics indépendants ? : actes du colloque organisé au Parlement de la Communauté française le 17 mars 2005*. Parlement de la Communauté française , Bruxelles, pp. 27-43.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Ressources et contraintes du droit des marchés publics dans l'utilisation des logiciels libres

David DE ROY
Référéndaire près la Cour de cassation
Chercheur à la Faculté de Droit des F.U.N.D.P. (Namur)
(Centre de recherches Informatique et Droit)

Exposé dans le cadre du colloque

« *Logiciels libres, services publics indépendants ?* »

(Bruxelles, 17 mars 2005, Parlement de la Communauté française et Association francophone des Informaticiens des Services publics)

1. Les enseignements généraux relatifs à la diffusion de logiciels sous licence libre soulignent les deux principales caractéristiques de ces logiciels : d'une part, la possibilité d'une grande maîtrise de ces logiciels par leurs utilisateurs, maîtrise leur permettant notamment d'accéder aux « zones interdites » que sont les codes-sources, et donc d'adapter ces logiciels ; d'autre part, la vocation naturelle de ces logiciels à une large diffusion.

2. Dans les sphères publiques, les termes « maîtrise » et « diffusion » résonnent d'un écho particulier, puisque ces deux vertus généralement prêtées aux logiciels libres correspondent à autant de préoccupations susceptibles d'être exprimées par les pouvoirs publics : la maîtrise du logiciel permet d'échapper à la dépendance à l'égard de prestataires dont l'éventuelle défaillance serait préjudiciable à la continuité de l'action administrative¹ ; la grande capacité de diffusion du logiciel favorise la mise en place de pratiques d' *e-Government*², dont la réussite requiert l'accès, à des conditions commodes, par le plus grand nombre³.

3. Assez naturellement, un débat a été ouvert sur l'utilisation des logiciels libres par les pouvoirs publics, portant essentiellement sur la question de savoir s'il y a lieu de contraindre les administrations à utiliser exclusivement ces logiciels. S'inscrivant, en Belgique, dans le cadre (et en marge) de différentes assemblées législatives, il s'est révélé être le lieu d'expression de thèses pour le moins contraires. Sans doute significatif de l'effectivité du débat et de l'intérêt que suscite son enjeu, cet antagonisme risque de précipiter la réflexion et l'analyse dans un gouffre que séparent deux approches apparemment simplistes de la problématique : l'une diabolisant l'usage des logiciels libres, tandis que l'autre n'en donnerait qu'une vision béate et angélique. Sans exagérer ce risque, on ne peut l'occulter, ni ignorer qu'il conduit, pour chacune des thèses en présence, à éluder une partie des questions susceptibles d'être abordées.

¹ D. DE ROY, « L'irruption du logiciel libre dans le secteur public. A la découverte d'une actualité fort ancienne », *Les logiciels libres face au droit*, Bruxelles, 2005, n° 309 (*Cahiers du CRID*, n° 25).

² En ce compris l'offre de services publics « nouveaux ».

³ D. DE ROY, *op.cit.*, n^{os} 307-308.

4. Pour contribuer à alimenter l'analyse de cette problématique, nous proposons de focaliser l'attention sur l'élément-pivot autour duquel doit être organisée la réflexion : la législation relative aux marchés publics. Tout promoteur de l'idée d'utilisation des logiciels libres par les pouvoirs publics sera, en effet, contraint, de se demander ce qu'autorise cette législation, et ce qu'elle prohibe. En d'autres termes, il devra évaluer si cette législation constitue un obstacle ou un adjuvant à l'utilisation de logiciels libres par les pouvoirs publics. La réponse à cette question suppose que soient désignées les ressources ou contraintes découlant, pour les pouvoirs publics, de l'application de cette législation (A et B). Ensuite, et pour tenter de répondre à la question centrale du colloque dans lequel s'inscrit cette contribution (« Logiciels libres, services publics indépendants ? »), nous devons examiner, au travers de quelques observations ou réflexions, si une utilisation des logiciels libres conforme au cadre normatif de la passation et de l'exécution des marchés publics répond de manière adéquate au besoin d'indépendance qu'éprouvent les pouvoirs adjudicateurs dans la gestion de leurs politiques en matière informatique (C).

A) Les ressources du droit des marchés publics

5. Les ressources offertes découlent immédiatement des caractéristiques essentielles du marché public : il y a, ainsi, lieu de rappeler qu'un marché public est passé pour répondre à un besoin déterminé, suscité par l'action ou le fonctionnement du pouvoir adjudicateur. Par conséquent, les conditions du marché (objet, modalités de choix du cocontractant, clauses particulières, ...) doivent être définies en sorte que les prestations auxquelles il donnera lieu répondent de manière optimale au besoin qui en est à l'origine⁴. Pour cette raison, l'appareillage juridique de la passation et de l'exécution des marchés publics offre aux pouvoirs adjudicateurs d'importantes marges d'initiatives dans la définition du régime juridique de chaque marché et dans l'établissement d'un rapport de forces favorable à l'épanouissement des valeurs prétendument véhiculées par le modèle du logiciel libre.

1. Définition des conditions du marché

6. Au-delà (ou en dépit) de l'apparente rigidité que révèle le cadre normatif de la passation et de l'exécution des marchés publics, on ne perdra pas de vue la réelle marge de manœuvre dont dispose le pouvoir adjudicateur dans la définition des conditions spécifiques d'un marché déterminé. Telle est d'ailleurs la vocation du cahier spécial des charges ; celui-ci permet au pouvoir adjudicateur, non seulement de décrire l'objet et les caractéristiques de ce marché (n° 7), mais également de définir, dans le cas particulier d'un marché, les modalités de mise en œuvre des règles édictées par les arrêtés réglementaires et le cahier général des charges⁵ (n° 8-9).

⁴ D. DE ROY, « L'utilisation des logiciels libres par les pouvoirs publics. Réflexions sur quelques propositions récentes » (p.10), Exposé présenté lors de la journée « Le logiciel libre face au droit » organisée par le Centre de recherches Informatique et Droit des F.U.N.D.P. le 19 mars 2004, disponible à l'adresse http://www.droit-technologie.org/2_1.asp?dossier_id=134.

⁵ Si, fréquemment, l'articulation entre le cahier général et le cahier spécial des charges est appréhendée sous l'angle des dérogations que celui-ci apporte à celui-là, on ne doit pas perdre de vue qu'en certains cas, cette articulation sera conçue moins en termes de dérogations que de prolongations (D. De Roy, « L'irruption du logiciel libre... », n°339).

7. Au titre de l'objet du marché, il s'imposera notamment, dans le cas d'une licence d'utilisation de logiciel⁶, d'identifier les bénéficiaires de cette licence ; c'est donc au pouvoir adjudicateur qu'il appartiendra de désigner – par le biais d'une clause libellée en des termes choisis – les utilisateurs du logiciel concerné. C'est à lui qu'il reviendra également de concevoir les hypothèses d'évolution future de ce groupe d'utilisateurs.

8. S'agissant de mettre en œuvre les règles édictées par les arrêtés réglementaires et le cahier général des charges, on constatera avant tout que certains droits et obligations ne sont esquissés par le cahier général des charges qu'à traits grossiers que le pouvoir adjudicateur devra affiner par des clauses plus précises du cahier spécial des charges. Ainsi, est-ce notamment le cas des clauses relatives au régime des obligations de garantie⁷ ou à l'aménagement des droits de propriété intellectuelle⁸.

9. Ces exemples témoignent, à notre estime, de ce que la possibilité (voire même, plus exactement, l'obligation) d'individualiser les conditions du marché offrent au pouvoir adjudicateur une souplesse dont il pourra tirer le meilleur profit, s'il entend se ménager, au travers des marchés qu'il passe, les avantages attribués aux logiciels diffusés suivant le modèle du « libre ». En ce sens, il n'est d'ailleurs pas exclu de soutenir que la « révolution » provoquée par la vague (ou la vogue) du libre aurait pu l'être de longue date dans la sphère des pouvoirs publics et le cadre de leurs commandes⁹.

2. Induction d'un rapport de forces nouveau

10. La référence au cadre normatif de la passation et de l'exécution des marchés publics incite à rappeler que, dans la formation et l'exécution du contrat, l'initiative et la maîtrise des opérations appartiennent au pouvoir adjudicateur. C'est notamment à celui-ci qu'il appartiendra de définir les conditions auxquelles il admet la participation de soumissionnaires, conditions à l'égard desquelles ceux-ci accepteront de s'engager en cas d'attribution du marché.

11. Ici encore, en dépassant l'évidence du propos, on « découvrira » que le rapport de forces habituellement imposé, dans certains secteurs ou conditions économiques, par la déclinaison de « conditions générales de vente » peut être renversé par la définition de « conditions générales d'achat » auxquelles devront se conformer les opérateurs économiques intéressés¹⁰. Concrètement, cela signifie qu'à un régime d'utilisation de logiciel imposé par le donneur de licence (éventuellement concepteur de ce logiciel), et donc plus naturellement conforme à un modèle « propriétaire », pourra être substitué un cadre tracé par le bénéficiaire des prestations, cadre adapté aux préoccupations que peut exprimer cet utilisateur et qui s'identifient, par exemple, aux avantages offerts par le modèle « libre ». Rien n'empêche donc, en

⁶ Conçu, ou non, pour le pouvoir adjudicateur.

⁷ D. DE ROY, « L'irruption du logiciel libre... », n° 354.

⁸ *Ibid.*, n° 339.

⁹ On ajoutera que cette même démarche d'individualisation et la marge corrélative de définition des clauses du marché autorisent à soutenir que les pouvoirs adjudicateurs peuvent se montrer perméables aux mécanismes du modèle libre, sans – pour autant – s'inscrire exclusivement dans le cadre des licences généralement diffusées en la matière.

¹⁰ D. DE ROY, « L'irruption du logiciel libre... », n° 375, p.225 ; E. MONTERO, « Réflexions de synthèse – Licences de logiciel libre : du neuf avec du vieux? », *Les logiciels libres face au droit...*, n°455, p.273.

droit¹¹, qu'un cahier spécial des charges reflète les dispositions caractéristiques d'une des licences de diffusion suivant un modèle « libre » ou contienne des clauses répondant aux attentes qui expliquent l'attention portée à ce modèle.

B) Les contraintes du droit des marchés publics

1. Interdiction de spécifications techniques discriminatoires

12. L'article 85 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics fait interdiction au pouvoir adjudicateur d'introduire dans les clauses contractuelles propres à un marché déterminé des spécifications techniques mentionnant des produits d'une fabrication ou d'une provenance déterminée, ou des procédés particuliers qui ont pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises. Il ne peut être dérogé à cette interdiction que si de telles spécifications sont justifiées par l'objet du marché¹² ou s'il n'est pas possible de donner une description de l'objet du marché au moyen de spécifications autres, suffisamment précises et intelligibles pour tous les intéressés ; dans ce dernier cas, l'indication de la spécification sera autorisée, pour autant qu'elle soit accompagnée de la mention «ou équivalent »¹³. La portée de cette interdiction, particulièrement délicate en matière informatique¹⁴, et des dérogations admises a été rappelée dans une circulaire du Premier ministre du 23 juin 2004¹⁵.

13. Eu égard à la définition des « spécifications techniques »¹⁶ et aux caractéristiques du logiciel libre¹⁷, rien n'exclut, *a priori*, que le cahier spécial des charges contienne une référence au modèle du logiciel libre ; de même, rien ne s'oppose à ce que le cahier spécial des charges d'un marché ayant pour objet le développement d'un logiciel édicte des conditions d'utilisation d'un logiciel, plus proches du modèle libre que des licences « traditionnelles » d'utilisation de logiciel propriétaire ; de telles clauses seront étrangères à la notion de « spécification technique »¹⁸ et, partant, à la méfiance qu'elle peut inspirer. Pour le

¹¹ Et sans préjudice, évidemment, des comportements qu'induiront les positions économiques et stratégiques des parties concernées.

¹² Art.85, al.1^{er}.

¹³ Art.85, al.2.

¹⁴ D. DE ROY, « Les marchés publics informatiques », *Droit de l'informatique et des technologies de l'information. Chronique de jurisprudence. 1995-2001*, Bruxelles, 2003, n°205, p.203 (*Les dossiers du Journal des tribunaux*, n°41).

¹⁵ *Mon.b.*, 25 juin 2004.

¹⁶ Celles-ci sont définies à l'article 82, 1°, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 comme étant « l'ensemble des prescriptions techniques contenues notamment dans les cahiers spéciaux des charges, définissant les caractéristiques requises d'un travail, d'un matériau, d'un produit, d'une fourniture ou d'un service et permettant de caractériser un travail, un matériau, un produit, une fourniture ou un service de manière telle qu'ils répondent à l'usage auquel ils sont destinés par le pouvoir adjudicateur. Ces caractéristiques incluent les niveaux de qualité ou de propriété d'emploi, la sécurité, les dimensions, y compris les prescriptions applicables au matériau, au produit ou à la fourniture en ce qui concerne le système d'assurance de la qualité, la terminologie, les symboles, les essais et méthodes d'essai, l'emballage, le marquage et l'étiquetage. Elles incluent également les règles pour la conception et le calcul des ouvrages, les conditions d'essai, de contrôle et de réception des ouvrages ainsi que les techniques ou méthodes de construction et toutes les autres conditions de caractère technique que le pouvoir adjudicateur est à même de prescrire, par voie de réglementation générale ou particulière, en ce qui concerne les ouvrages terminés et en ce qui concerne les matériaux ou les éléments constituant ces ouvrages ».

¹⁷ Lesquelles ont davantage trait à ses conditions « juridiques » d'utilisation qu'à ses aspects techniques ou fonctionnels, ceux-ci ne les différenciant en rien du modèle « propriétaire ».

¹⁸ Cf., en sens contraire, et quoique exprimée implicitement, l'analyse de la section de législation du Conseil d'Etat, critiquant l'intervention d'un législateur régional ou communautaire qui, en voulant imposer l'utilisation

reste, la contrainte qui pèsera ainsi sur certains fournisseurs ou prestataires de services n'aura pas nécessairement pour effet de les écarter de tout accès au marché considéré : seuls les rapports de forces en présence conditionneront le jeu de la concurrence.

2. *Respect de l'égalité des soumissionnaires*

14. L'interdiction d'insérer dans le cahier spécial des charges des spécifications techniques discriminatoires constitue l'application du principe – aux effets beaucoup plus larges – d'égalité des opérateurs économiques dans l'accès à la commande publique.

15. Sans doute n'est-ce pas ici le lieu de décrire longuement la teneur ou la portée de ce principe auquel il est si souvent fait référence dans la pratique et l'étude des marchés publics. Pareille référence ne peut cependant être totalement ignorée lorsqu'il s'agit d'envisager la conformité, à ce principe cardinal du droit des marchés publics, du recours aux logiciels libres.

16. De manière générale, on observera que la définition de clauses d'un cahier spécial des charges ménageant des commodités d'utilisation de logiciels analogues à celles qu'inspire la « philosophie » du libre ne constitue pas, en soi, une source de discrimination, pas plus qu'elle ne compromet l'égalité dans l'accès des opérateurs économiques à la commande publique.

17. Cela étant, on ne perdra pas de vue que certaines pratiques peuvent chagriner ce principe d'égalité ; ainsi, en serait-il, par exemple :

1° d'un marché d'adaptation de logiciel libre « standard » déterminé, aux besoins du pouvoir adjudicateur, reposant exclusivement sur un logiciel libre dont les conditions et modalités d'utilisation ne seraient accessibles qu'à certains prestataires¹⁹ ;

2° de l'attribution d'un marché portant sur le développement d'un logiciel que le pouvoir adjudicateur entend utiliser conformément aux caractéristiques d'un logiciel libre, à un soumissionnaire préféré à un autre au seul motif que l'offre du premier repose sur des composants de logiciel libre, alors que les deux concurrents garantissent, par leur adhésion au cahier spécial des charges, les modalités d'utilisation souhaitées par le pouvoir adjudicateur.

18. Il apparaît ainsi que si le principe d'égalité appelle une attention particulière de la part du pouvoir adjudicateur²⁰, il ne constitue nullement un obstacle à l'accueil des logiciels libres dans les sphères publiques.

*
* *

des seuls logiciels libres, s'immiscerait dans la définition de spécifications techniques, définition normalement abandonnée aux soins du seul pouvoir adjudicateur (Avis n° 35.227/2 du 2 avril 2003., publié dans Ass. COCOF, Doc.Parl., n^{os} 33 et 35 (2002-2003) n^{os} 2 et 3). D. DE ROY, « L'utilisation des logiciels libres par les pouvoirs publics. Réflexions sur quelques propositions récentes »..., pp.6-7.

¹⁹ Cette hypothèse paraît toutefois peu probable au regard du haut degré d'accessibilité qui caractérise naturellement les logiciels libres.

²⁰ Comme en tout autre marché, du reste.

Conclusion intermédiaire

19. De ce que le droit des marchés publics se révèle finalement plus perméable qu'hermétique à l'accueil de pratiques « du libre » ou inspirées par ce modèle, les développements qui précèdent auront tenté d'en convaincre.

20. Dépassant toutefois l'image quelque peu lénifiante qu'affiche l'analyse succincte des aspects juridiques, l'observateur ne manquera pas de faire valoir deux éléments de réflexion à l'aune desquels seront évaluées les chances réelles d'indépendance des pouvoirs publics par le recours aux logiciels libres.

Primo. Indéniablement admise « en droit », la rédaction de clauses du cahier spécial des charges conformes à l'esprit et aux mécanismes du logiciel libre ne suffira sans doute pas à emporter l'adhésion d'un secteur rompu à d'autres modes de fonctionnement. A quoi bon tirer parti des ressources qu'offre au pouvoir adjudicateur le droit des marchés publics si une procédure de mise en concurrence se solde par un échec, soit parce qu'elle n'a suscité que l'indifférence des opérateurs économiques concernés, soit parce que ceux-ci n'ont déposé que des offres auxquelles le pouvoir adjudicateur ne peut donner suite ? C'est alors qu'il y aura lieu de jauger la détermination de la personne publique concernée à rechercher les services dont elle entend bénéficier, et ce, à la faveur d'une obstination la conduisant, le cas échéant, à recommencer les procédures d'attribution, quitte à opter pour des modes moins formalisés de consultation de la concurrence. C'est à ce prix que pourront se laisser entrevoir des relations d'affaires en lesquelles les pouvoirs publics préviendront le risque de sombrer dans un rapport de dépendance.

Secundo. La simple réception du modèle « libre » ne suffira pas à rencontrer l'idéal d'indépendance qui en est présenté comme le corollaire : si importantes que soient les ressources offertes au pouvoir adjudicateur, elles se traduiront nécessairement dans des exigences au respect desquelles est subordonnée la chance de réussite du pari de l'indépendance. La dernière partie de cette contribution devrait illustrer le propos.

*
* *

C) Le logiciel libre : panacée ou placebo ?²¹

Sans doute séduisantes, les ressources offertes aux pouvoirs publics par les logiciels libres ne pourront être pleinement valorisées que si les solutions proposées sont mises en œuvre dans le respect d'exigences tenant à la définition du régime juridique des opérations concernées ou au choix de modes de gestion pertinents.

1. Adaptation d'un logiciel libre aux besoins du pouvoir adjudicateur

21. Une chose est de se réjouir de ce que l'utilisation d'un logiciel diffusé sous licence libre permettra d'accéder au code-source de ce logiciel. Une autre est de se demander si, et

²¹ Annonce inspirée de Ph. QUERTAINMONT, « La technique du 'contrat d'administration' en vue de 'responsabiliser' des organismes de sécurité sociale : panacée ou placebo ? », *A.P.T.*, 1998, pp.277-293.

comment, le pouvoir adjudicateur tirera le meilleur parti de cet accès au code-source. Ainsi, par exemple, le recours à ce modèle de diffusion des logiciels pourrait, dans certains cas, se révéler dénué d'intérêt si le pouvoir adjudicateur ne contraint pas le prestataire de services assurant l'adaptation du logiciel libre à céder ses droits de propriétés intellectuelle sur ses prestations dans une mesure au moins équivalente à celle que ménage la licence sous laquelle est diffusé le logiciel à adapter. A défaut d'une telle précaution, le pouvoir adjudicateur tomberait alors, à l'égard de ce prestataire, dans la dépendance à laquelle il croyait pourtant échapper en développant une solution à base d'éléments d'un logiciel libre.

2. Régime des garanties

22. S'il se conçoit, dans une certaine mesure, que l'obligation de garantie d'un donneur de licence libre ou d'un concepteur de logiciel libre soit atténuée là où la diffusion large de ce logiciel empêche d'en assurer une maîtrise suffisante, les pouvoirs publics ne peuvent – en dépit de cette circonstance – se contenter d'une fiabilité aléatoire, susceptible de mettre en péril la continuité de leur action ; quelles que soient les vertus qu'on entend lui reconnaître, l'indépendance des pouvoirs publics, qui incite à recourir aux logiciels libres ne doit pas compromettre l'efficacité de leur action, dont elle constitue plutôt – faut-il le rappeler – une des facettes.

23. A cet égard, la perspective séduisante de conquérir une parcelle d'indépendance en accédant aux « zones interdites » des logiciels pourrait être assombrie par les incertitudes que pourrait faire peser sur leur utilisation le risque de défauts échappant à toute responsabilité. En ce sens, les attentes que nourrissent les promoteurs de l'utilisation des logiciels libres dans le secteur public ne pourront être rencontrées que si sont renforcées – au regard des licences libres «de droit commun » - les exigences en matière de garantie : le pouvoir adjudicateur ne doit pas, au seul motif que des (éléments de) logiciels libres sont en jeu, se sentir tenu d'exonérer tout fournisseur – ou prestataire de services – des responsabilités qui sont les siennes. A cet égard, une approche différenciée selon les hypothèses concernées s'impose :

- Si le pouvoir adjudicateur choisit de bénéficier de l'utilisation d'un logiciel libre déterminé, à l'exclusion de tout autre produit, le recours probable à la procédure négociée²² le contraindra sans doute à accepter plus facilement les conditions d'utilisation pratiquées par le concepteur (ou donneur de licence) ; à ce titre, devra-t-il admettre – conformément aux pratiques généralement répandues en ce domaine – que le concepteur bénéficie de l'exonération de garantie à l'égard de défauts éventuels.
- Si le pouvoir adjudicateur souhaite faire adapter un logiciel libre dont il dispose, et passe à cette fin un marché de services, on peut raisonnablement supposer que le prestataire de services intéressé par le bénéfice de cette commande aura pris soin, lorsqu'il fait offre, d'examiner préalablement les performances du logiciel et, partant, d'en rechercher les éventuels vices. Dans ce cas, l'exonération de garantie ne s'imposera pas nécessairement : il se conçoit, en effet, que le prestataire de services qui accepte d'assurer le développement d'un logiciel libre soit réputé connaître

²² Sur la base des articles 17, § 2, 1^o, f) ou 39, § 2, 1^o, e), de la loi du 24 décembre 1993 (prestations présentant une spécificité telle qu'elles ne peuvent être confiées qu'à un entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services déterminé).

parfaitement ce logiciel²³; toute thèse contraire conduirait à faire admettre que le prestataire de services s'engage « à la légère », voire même sans connaissance élémentaire de ce logiciel qu'il propose adapter. En toute hypothèse, et s'il fallait quand même admettre que le prestataire n'engage pas sa responsabilité à raison de vices imputables au concepteur initial ou découlant d'adaptations intermédiaires, une exonération de responsabilité devrait, à tout le moins, être conçue en termes très restrictifs, la clause rédigée à cette fin se révélant finalement moins exonératoire que limitative de responsabilité.

- Si le marché a pour objet la conception d'un logiciel sur mesure, pour lequel le pouvoir adjudicateur laisse aux candidats la possibilité (sans toutefois les y contraindre) de faire une offre intégrant des composants de logiciels libres, l'opérateur qui a choisi de recourir à ceux-ci le fait en connaissance de cause et doit assumer les risques inhérents au choix des solutions techniques qu'il entend utiliser. Il serait d'ailleurs contraire au principe d'égalité des opérateurs économiques devant la commande publique, d'exonérer certains de leur responsabilité, tandis que leurs concurrents n'y échapperaient pas, les premiers ayant probablement, par ailleurs, un avantage concurrentiel sur les seconds dès lors que l'utilisation de logiciels libres leur permet²⁴ de pratiquer des prix moins élevés, mais avec également des obligations moins contraignantes. Si, dans cette hypothèse, il fallait néanmoins admettre que la responsabilité du prestataire utilisant des logiciels libres ne s'étende pas aux vices affectant des éléments conçus avant son intervention, pareille atteinte à l'égalité des opérateurs économiques pourrait éventuellement trouver justification dans le but légitime que représente l'intérêt du pouvoir adjudicateur²⁵. Sauf à être disproportionnée (et, partant, critiquable), cette rupture d'égalité ne sera admise qu'à des conditions très strictes, à savoir pour autant que l'exonération de responsabilité ne bénéficie au prestataire de services que pour les seuls vices inhérents aux éléments conçus par un tiers.

3. Vers de nouveaux modes de gestion ?

24. La gestion de besoins communs à de nombreux utilisateurs publics doit être assurée de façon cohérente. A quoi bon savoir qu'un logiciel diffusé sous licence libre pourrait être adapté pour répondre aux besoins de la gestion comptable des communes, si chaque commune passe individuellement un marché de services ayant pour objet cette adaptation? Cette multiplicité d'initiatives gonflera plus que probablement le coût global pour l'ensemble des communes, alors qu'une initiative centralisée et prise à la faveur de conditions de diffusion propres au modèle «du libre» devrait permettre d'obvier à un tel inconvénient. C'est ici que se révélera l'intérêt de pratiques dites de «mutualisation», qui supposent une technique de diffusion de logiciels conforme au modèle du libre. L'adaptation d'un logiciel libre «standard» aux besoins d'un groupe homogène d'utilisateurs²⁶ permettrait alors d'assurer soit une répartition des frais qui leur serait bénéfique, soit une prise en charge financière ou

²³ Pour un raisonnement similaire, cf. M.-A. FLAMME, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6^e éd., 1996-1997, t. II, p. 837-839.

²⁴ On peut l'imaginer, même si ce n'est pas systématique.

²⁵ Lequel sera souvent assimilé à l'intérêt général et pourrait s'entendre de la possibilité d'obtenir le bénéfice de prestations moyennant des conditions plus intéressantes. Le raisonnement ne serait cependant pas à l'abri de toute critique.

²⁶ Ou le développement d'un logiciel « sur mesures ».

matérielle) par une autorité de tutelle ou un organisme créé pour assurer la prise en charge de l'informatique publique.

4. Le véritable défi

25. Au risque de verser dans des lieux communs, on insistera sur la nécessité d'appréhender soigneusement le régime juridique des opérations relevant des politiques développées par les pouvoirs publics pour répondre à leurs besoins en matière informatique.

Les difficultés liées à la défaillance de prestataires ou à leur résistance à toute forme de souplesse dans la gestion du marché dans le temps résultent généralement des seules clauses régissant les relations entre le pouvoir adjudicateur et l'opérateur économique concerné. Dans la rédaction de certaines clauses dépendront ainsi, par exemple, la souplesse dans la détermination des utilisateurs d'un logiciel²⁷ ou la commodité d'accès aux sources du logiciel acheté ou adapté.

26. Si ce constat paraît relever de l'évidence, on observera néanmoins qu'il n'inspire pas toujours – loin s'en faut – la pratique. Il a ainsi déjà pu être relevé à plusieurs reprises que l'infortune de certains pouvoirs publics ou les risques qu'ils couraient dans la conduite de leurs opérations informatiques étaient liés à la conception lacunaire des cahiers spéciaux de charges ou à la rédaction inadéquate des clauses²⁸.

27. Attirer une fois encore l'attention des pouvoirs adjudicateurs sur les qualités que doit afficher la rédaction de leur cahier spécial des charges est d'autant moins inutile que l'incursion du logiciel libre dans les sphères publiques n'atténue en rien ces exigences, et que – paradoxalement – la dimension juridique de leur utilisation paraît omise (ou, à tout le moins ne faire l'objet que d'une attention insuffisante) dans les recommandations diffusées en cette matière²⁹.

Conclusion

28. L'idéal d'indépendance est sans doute le principal moteur de diffusion du modèle des logiciels libres. Associé à des enjeux fort divers³⁰, cet idéal se traduit dans des préoccupations particulières lorsqu'il s'agit d'appréhender le recours aux logiciels libres, en tant qu'il permet à une personne publique de subvenir aux besoins de son propre fonctionnement ou de s'acquitter des missions d'intérêt général qui lui incombent. En ce sens, l'indépendance peut donner lieu à deux approches : l'une, microscopique, conduira à examiner si, dans une relations d'affaires déterminée, un pouvoir adjudicateur s'est ménagé à l'égard de son cocontractant une marge d'indépendance en-deçà de laquelle l'efficacité et la pérennité de son

²⁷ Et, partant, la possibilité de faire évoluer le nombre des utilisateurs en fonction de la vocation et des perspectives de diffusion (elles aussi évolutives, par hypothèse).

²⁸ A titre d'exemple, cf. not. *Verslag van het Rekenhof over outsourcing van de informaticafunctie bij het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap* (Vlaams Parlement, zitting 2002-2003, Stuk 37-A (2002-2003) – Nr. 1).

²⁹ Cf., à titre d'exemple, J. JOCHMANS et P. STRICKX, *Directives et recommandations pour l'usage de standards ouverts et/ou spécifications ouvertes dans les administrations fédérales*, Bruxelles, FEDICT, 2004.

³⁰ Certains n'hésitant pas à identifier des enjeux géo-politiques (cf. Perline et Th. NOISETTE, *La bataille du logiciel libre. Dix clés pour comprendre*, Paris, La découverte, 2004, pp.110-111).

action pourraient être compromise ; l'autre, macroscopique, incitera à se demander si les pouvoirs publics, dans la gestion de leurs marchés informatiques, définissent des politiques leur permettant de «jouer à armes égales » avec un secteur au sein duquel existe une concurrence effective, pierre angulaire du droit et de l'économie des marchés publics. Analysant ces deux dimensions de l'indépendance et la manière dont le recours aux logiciels libres permet d'y répondre, il s'agira d'éviter – nous le suggérons dès l'introduction à cette brève contribution – les clichés tant diaboliques qu'angéliques. On préférera à ces deux extrêmes un moyen terme : le regard serein sur les perspectives auxquelles ouvre le recours aux logiciels libres : perspectives séduisantes, mais... exigeantes. Tout un programme...