

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'utilisation des logiciels libres par les pouvoirs publics

De Roy, David

Published in:
www.droit-technologie.org

Publication date:
2004

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

De Roy, D 2004, 'L'utilisation des logiciels libres par les pouvoirs publics: réflexions sur quelques propositions récentes' *www.droit-technologie.org* . <<http://www.droit-technologie.org>>

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.



Présente :

L'utilisation des logiciels libres par les pouvoirs publics
Réflexions sur quelques propositions récentes

Par

DAVID DE ROY
Référéndaire près la Cour de cassation
Chercheur au Centre de Recherches informatique et Droit
(F.U.N.D.P.)

Date de mise en ligne : 15 november2004

L'utilisation des logiciels libres par les pouvoirs publics Réflexions sur quelques propositions récentes*

David DE ROY
Référéndaire près la Cour de cassation
Chercheur au Centre de Recherches
Informatique et Droit (F.U.N.D.P.)

Depuis quelque temps, l'utilisation massive de logiciels libres par les pouvoirs publics fait débat et anime les sphères politiques, administratives, économiques et scientifiques. Qu'elle suscite l'enthousiasme ou la réticence, cette perspective (encore assez floue) est renforcée par diverses expériences dont les acteurs concernés par ce débat tirent parti au soutien de thèses contraires.

Certaines initiatives sont prises, qui méritent d'être examinées à l'écart de cette effervescence. Ainsi en est-il, en Belgique, de propositions de lois, décrets ou ordonnances déposées au cours des deux dernières années et qui tendent à imposer aux administrations l'utilisation de logiciels libres.

C'est à formuler quelques brèves réflexions inspirées par une lecture rapide de ces propositions que sera consacrée la présente intervention.

Les propositions

Sans détailler ici l'ensemble des propositions soumises aux assemblées parlementaires concernées¹, ni les différences qu'elles présentent, on relèvera, de manière générale, qu'elles visent à imposer le recours aux logiciels libres, formats de données ouverts et protocoles de communication ouverts aux administrations relevant de l'entité invitée à légiférer ; il n'est fait exception à cette obligation que dans les cas où il n'existerait pas de solutions reposant sur ces logiciels libres.

* Ce texte constitue la version (légèrement) remaniée d'un exposé présenté lors de la journée d'études « 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.

¹ Les développements proposés dans la présente note sont essentiellement inspirés par deux propositions déposées devant l'Assemblée de la Commission communautaire française, qui ont donné lieu à d'importants débats en Commission du Budget, de l'Administration, des Relations internationales et des Compétences résiduelles, ainsi qu'à un avis de la section de législation du Conseil d'Etat; les documents auxquels ont donné lieu ces travaux permettent de mieux cerner la problématique; c'est pour cette raison qu'une attention plus particulière est portée à ces propositions (33 et 35 (2002-2003) n^{os} 2 et 3).

Ces administrations sont, en outre, tenues, d'assurer la préservation du caractère « libre » du logiciel, et ce, en dépit des modifications et adaptations qu'elles auraient pu y (faire) apporter.

Par ailleurs, les services informatiques concernés sont chargés de diverses tâches concourant à promouvoir l'utilisation et la diffusion de ces logiciels.

Enfin, le texte délègue généralement au gouvernement concerné le soin de déterminer les modalités concrètes de mise en œuvre des dispositions édictées, tout en ménageant parfois un délai dont l'écoulement permettra aux administrations concernées d'envisager les adaptations que requièrent ces exigences nouvelles.

Les considérations émises à l'appui de ces différentes propositions laissent apparaître les objectifs poursuivis par leurs auteurs² : il s'agirait, d'une part, de promouvoir un accès plus large du citoyen à l'information publique, et, d'autre part, d'assurer la pérennité de celle-ci, en prévenant les risques de dépendance des administrations à l'égard de quelques fournisseurs de logiciels propriétaires et en favorisant l'usage de standards permettant une conversion plus facile des données ; ces propositions seraient également motivées par la perspective d'un développement de la concurrence que susciterait la commande de services informatiques nouveaux.

Observations

Des enjeux séduisants

Les objectifs poursuivis par les auteurs des propositions de lois, décrets ou ordonnances doivent évidemment susciter l'intérêt, tant à raison des valeurs susceptibles d'être mises en jeu³ que par l'éclairage auquel ces propositions soumettent la nécessité d'une bonne gestion des marchés publics informatiques. Ce secteur informatique est l'un des domaines où l'action des pouvoirs publics peut être extrêmement compromise à raison de relations mal gérées avec un fournisseur ou un prestataire de services dans le cadre d'un marché public : la dépendance du pouvoir adjudicateur provoquée par des conditions contractuelles inadéquates peut produire de conséquences néfastes, notamment en cas de défaillance du cocontractant du pouvoir adjudicateur. A cet égard, le souci, affiché en l'espèce, d'assurer la pérennité des données publiques révèle plus largement l'importance d'une prévention des risques inhérents à ces cas de défaillance. Ne serait-ce que par l'attention portée à cette problématique, les propositions examinées appellent de toute évidence l'approbation.

² Pour un aperçu des différents objectifs poursuivis au travers de ces propositions, cfr. not. les exposés des auteurs des propositions soumises aux débats de la Commission du Budget de l'Assemblée de la Commission communautaire française (33 et 35 (2002-2003) n°2, pp.5-8)

³ L'accès du citoyen à l'information publique constitue une des évolutions les plus marquantes des rapports entre le citoyen et les pouvoirs publics au cours des dernières années.

Compétence en matière de législation relative aux marchés publics

Le texte arrêté par la Commission du Budget de l'Assemblée de la Commission communautaire française, sur la base des propositions déposées devant cette assemblée a été déféré à la section de législation du Conseil d'Etat qui, dans un avis n° 35.227/2 du 28 mai 2003⁴, a épinglé le risque de contradiction entre la proposition de décret et les règles répartitrices de compétences entre l'Etat fédéral et les entités fédérées.

Le Conseil d'Etat rappelle qu'en vertu de l'article 6, §1^{er}, VI, alinéa 4, 1° de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, l'Etat fédéral est compétent pour fixer les règles générales en matière de marchés publics⁵ ; il interprète cette disposition à la lumière de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage⁶.

La section de législation examine ensuite les dispositions légales et réglementaires dont l'application pourrait être affectée par le décret soumis à examen : il s'agit essentiellement de l'article 22 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services⁷ et des articles 82 à 85 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics ; ces dispositions ont précisément trait aux spécifications techniques et normes : elles visent notamment à souligner le rôle joué par le pouvoir adjudicateur dans la définition des spécifications auxquelles répond l'objet du marché (art. 83), et à prévenir le risque du recours à des spécifications techniques qui auraient pour effet de porter atteinte au jeu de la concurrence (art. 85).

Sur la base de ces développements, la section de législation observe que les dispositions en projet tendent - en imposant le recours systématique aux logiciels libres, formats de données ouverts et protocoles de communication ouverts - à fixer des règles générales et abstraites en matière de spécifications techniques, alors que la Commission communautaire française ne dispose « pas de la compétence pour fixer des règles générales, ni même complémentaires, en matière de marchés publics » et

⁴ Cf. également les avis n°s 36.409/2 et 36.410/2 du 26 janvier 2004 sur des propositions d'ordonnances relatives à l'utilisation de logiciels libres et standards ouverts, par les administrations de la Région de Bruxelles-Capitale (Cons. Rég. Brx.-Cap., Doc.A – 285/1 et 287/1 – 2001/2002).

⁵ Sur la répartition des compétences en matière de marchés publics, cfr. D. BATSELÉ, Ph. FLAMME et Ph. QUERTAINMONT, *Initiation aux marchés publics*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2001, n°s 11-14, pp.11-14 (et références citées); R. ERGEC, « L'Union économique et les marchés publics », *Journ. Trib.*, 1994, pp.241-246.

⁶ Cfr. not. les arrêts n° 79/92 du 23 décembre 1992 et 6/96 du 18 janvier 1996.

⁷ “Le Roi règle les modalités d'utilisation des spécifications techniques, des normes et des agréments techniques”

que, par conséquent, « elle est tenue au respect des règles générales fixées en la matière par l'autorité fédérale ».

Cet avis appelle trois observations.

1° Avant tout, et de manière générale, on notera qu'en se référant à l'autorité de la Cour d'arbitrage, la section de législation du Conseil d'Etat rappelle indirectement combien le label de constitutionnalité de dispositions légales (adoptées ou en projet) est susceptible d'être influencé par les interventions successivement en amont et en aval du Conseil d'Etat et de la Cour d'arbitrage⁸ : de la même manière que la section de législation – en s'autorisant de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage – attire ici l'attention du législateur sur les risques de censure ultérieure, toute personne intéressée à la censure de la disposition en projet trouvera en cet avis les premiers – mais sans doute pas les seuls⁹ – éléments sur lesquels elle fondera un recours éventuel. La perspective de voir s'engager dans les voies juridictionnelles les rapports de force sous-tendant actuellement l'effervescence en la matière ne saurait donc être négligée.

2° Par ailleurs, cet avis du Conseil d'Etat – en ce qu'il a trait à la compétence de la COCOF, et d'elle seule – n'épuise pas toutes les questions que pourrait susciter la compétence des différents législateurs en matière de recours obligatoire aux logiciels libres, par les pouvoirs publics.

Ainsi, se demandera-t-on si un législateur régional ne pourrait, au titre de la compétence qui lui est attribuée en matière de politique économique, édicter des règles qui apparaîtraient comme complémentaires à celles, générales, que peut établir l'autorité fédérale¹⁰ : l'enjeu de politique économique susceptible d'être vanté en l'espèce serait une plus grande ouverture du marché des commandes publiques informatiques aux P.M.E.¹¹. La section de législation n'adopte toutefois pas une approche différente à l'égard de propositions de décrets qui viseraient les administrations de la Région de Bruxelles-Capital¹²

⁸ Sur l'articulation des contrôles respectivement exercés par la section de législation du Conseil d'Etat et la Cour d'arbitrage, on consultera avec grand profit l'étude de P. VANDERNACHT et X. DELGRANGE, « Ebauche d'une comparaison des contrôles préventif de la section de législation du Conseil d'Etat et curatif de la Cour d'arbitrage », *Le Conseil d'Etat de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp.101-157 (*Collection de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles*).

⁹ On relèvera notamment que le risque de violation des articles 10 et 11 de la Constitution (cfr. ci-après), susceptible d'entraîner également une censure par la Cour d'arbitrage, n'a pas été évoqué par le Conseil d'Etat. Il en va de même de la violation éventuelle des règles de compétence en matière de propriété intellectuelle (cfr. ci-après).

¹⁰ C. Arb., arrêt n° 32/92 du 23 avril 1992 (point B.3.4).

¹¹ Sur ce que le souci d'assurer un plus grand accès des P.M.E. aux marchés publics relève, au titre de la politique économique, de la compétence des régions, cfr. l'avis rendu le 24 septembre 1992 par la section de législation du Conseil d'Etat sur l'avant-projet qui allait devenir la loi du 24 décembre 1993 (Doc. Parl. Sénat, s.o. 1992-1993, n° 656-1, p.126).

¹² Cf. avis n°s 36.409/2 et 36.410/2 précités.

De même, si seul le législateur fédéral devait être reconnu compétent pour adopter des dispositions ayant un objet similaire à la proposition examinée, surgirait alors la question du champ d'application de ces dispositions : celles-ci devraient – nous semble-t-il – s'appliquer à l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs, et non – comme tendent à le faire admettre les propositions en ce sens¹³ – aux seules administrations fédérales. L'exigence d'unicité de la législation relative aux marchés publics et la préoccupation sous-jacente de préservation de l'union économique requièrent que les modifications et/ou dérogations qui y sont apportées ne ménagent pas *a priori* de distinction selon les entités (fédérales ou fédérées) auxquelles elles seraient applicables. Cette pétition de principe – qui semble découler de la conception défendue par le Conseil d'Etat dans l'avis précité – devrait toutefois être assortie d'un limite, concernant les entités considérées comme pouvoirs adjudicateurs au sens de la loi du 24 décembre 1993, mais qui ne constituent pas pour autant des autorités administratives¹⁴. Cette limite est imposée par le respect des principes d'égalité et de non-discrimination au regard desquels les dispositions en projet pourraient être contrôlées par la Cour d'arbitrage¹⁵ : si les objectifs que ces mesures entendent servir sont principalement une meilleure gestion de l'information publique¹⁶ et un accès optimal à celle-ci pour le citoyen, les pouvoirs adjudicateurs dont question ci-dessus y sont étrangers ; la différence de traitement entre fournisseurs¹⁷, qu'établiraient les dispositions en projet, ne saurait donc – pour cette catégorie de pouvoirs adjudicateurs – être justifiée par de tels objectifs.

3° Si l'on s'empresse d'adhérer à l'analyse du Conseil d'Etat dont la section de législation critique toute proposition suivant laquelle un législateur empiéterait, par des mesures générales, sur les parcelles d'appréciation laissées aux pouvoirs adjudicateurs¹⁸, on se demandera si les articles 22 de la loi du 24 décembre 1993 et 82 à 85 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 offrent à cette critique un ancrage adéquat : dès lors que le logiciel libre se laisse caractériser moins par une configuration *technique* particulière que par des conditions *juridiques* d'utilisation, il n'est pas certain – mais le débat est probablement ouvert – que soient ici en jeu des spécifications techniques. Une critique similaire eût pu être formulée au regard des dispositions contenues aux articles 1^{er}, §1^{er}, al.2, de la loi du 24 décembre 1993 et 2, 2°, de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution

¹³ Cfr. Doc. Parl. Sénat (s.e. 2003, 3-23/1 et 3-216/1) et Ch. Repr. (s.e. 2003, DOC 51 0244/001).

¹⁴ Sur le décalage qui apparaît ainsi en certains cas entre les notions de « pouvoir adjudicateur » et d'« autorité administrative », cfr. D. DE ROY, « L'application du droit des marchés publics aux a.s.b.l. subventionnées », *Journ. Trib.*, 2001, pp.228-230 ; ID., Etre ou ne pas être ... autorité administrative. Vers de nouvelles questions existentielles pour les a.s.b.l. satellites des institutions communales ? », *Rev. Dr. Com.*, 2002, pp.212-215 ; ID., « Les entreprises publiques, leurs filiales et la législation sur les marchés publics. Une première approche... », *Entr. Dr.*, 2001, p.249.

¹⁵ Cfr. ci-après.

¹⁶ Au travers de préoccupations liées au coût et à la pérennité.

¹⁷ Selon qu'ils commercialisent des logiciels propriétaires ou de logiciels libres.

¹⁸ Cf. ci-dessous, les considérations relatives à "L'individualisation du marché".

des marchés publics et des concessions de travaux publics, dispositions desquelles ressortent les compétences et pouvoirs attribués au Roi (autorité fédérale) et à chaque pouvoir adjudicateur, respectivement pour la définition des règles générales d'exécution des marchés et la définition des clauses particulières de chaque marché.

Compétence en matière de propriété intellectuelle

Le texte de la proposition de décret COCOF, adopté par la commission compétente, fait interdiction aux administrations concernées de limiter l'usage des logiciels libres, des formats de données ouverts et des protocoles de communication ouverts qu'elles utilisent, de telle sorte qu'ils ne répondent plus à la définition qui en est donnée, même lorsque ces administrations y apportent des améliorations ou des modifications (article 4).

Il s'agit, en quelque sorte, d'assurer que le caractère « libre » affiché en amont de l'utilisation par une administration ne soit pas altéré en aval et continue donc à bénéficier aux utilisateurs futurs de ces produits (éventuellement adaptés). Cette précaution est sans doute traduite dans diverses licences d'utilisation de logiciels libres ; la disposition en projet viserait donc les produits dont la licence d'utilisation ne garantit pas ce maintien du caractère « libre »¹⁹.

En imposant, dans ces cas, à l'auteur de modifications et/ou adaptations une renonciation à ses droits²⁰, on se demandera si les propositions contenant une telle disposition ne portent pas atteinte à la compétence exclusive du législateur fédéral en matière de propriété intellectuelle (L. sp . 8 août 1980, art. 6, §1^{er}, VI, alinéa 5, 7^o). Le risque d'objections éventuelles en ce sens pourrait être prévenu en faisant reposer les propositions sur une définition plus stricte du logiciel libre, définition ne considérant comme tel que le logiciel dont la licence d'utilisation impose à l'utilisateur de préserver, en cas de diffusion ultérieure du logiciel modifié, le caractère « libre », par le recours à une licence identique²¹.

*
* *

¹⁹ Doc parl. Ass. COCOF, 33 (2001-2002) n°1, p.4

²⁰ Renonciation à laquelle il n'aurait pas consenti, par le biais de la licence, en accédant au logiciel libre.

²¹ Il semble d'ailleurs que les notions du « logiciel libre » et d' « Open source », telles qu'appréhendées par la littérature consacrée à cette problématique, traduisent cette préoccupation de maintien du caractère « libre » du logiciel dans l'hypothèse d'une diffusion faisant suite à des adaptations ou modifications. Cfr., à ce propos, Ph. LAURENT, *Logiciels libres : « Le droit d'auteur contre le droit d'auteur »*, pp.10-13, (K.U.B., Mémoire V.A.O. in intellectuelle rechten), 2002-2003, accessible sur le site <http://www.droit-technologie.org>.

Au-delà des incertitudes que laisse subsister la question des compétences respectives des différents législateurs en cette matière, les propositions actuellement diffusées au sein des assemblées parlementaires appellent, de toute évidence, d'autres observations.

Confrontation aux principes d'égalité et de non-discrimination

La référence à l'article 85 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 permet de réaffirmer le souci d'assurer – dans l'attribution des commandes publiques – le jeu d'une concurrence effective. Cette préoccupation n'est jamais très éloignée des principes d'égalité et de non-discrimination²² ; il est en effet difficile de prétendre assurer une concurrence suffisante, sans garantir l'égalité « en droit » des entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services.

Si une situation discriminatoire résulte d'un texte légal, celui-ci est exposé au risque de censures²³ par la Cour d'arbitrage.

En l'espèce, ce risque de censure au nom du principe d'égalité n'a sans doute pas été évoqué par la section de législation du Conseil d'Etat dans l'avis précité ; il ne peut toutefois être totalement exclu, dès lors qu'en imposant le recours exclusif au logiciel libre, les dispositions en projet prohibent l'utilisation de logiciels propriétaires par les administrations et ménagent donc une distinction entre fournisseurs (ou prestataires de services) selon qu'ils commercialisent l'une ou l'autre de ces catégories de logiciels.

Nous nous abstenons de consacrer ici de fastidieux développements aux modalités d'exercice du contrôle de constitutionnalité axé sur les principes d'égalité et de non-discrimination, nous bornant à rappeler brièvement que ce contrôle est appréhendé suivant une démarche immuable, dont rend compte une formule adhérent à l'interprétation de ces principes d'égalité et de non-discrimination : « les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause; le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ».

Sans nous livrer à un exercice divinatoire de détection des résultats auxquels donneraient lieu, le cas échéant, les vérifications posées par la Cour d'arbitrage, nous ne nous attarderons brièvement que sur la dernière de ces vérifications, à savoir le test

²² D. BATSELÉ, Ph. FLAMME et Ph. QUERTAINMONT, *op.cit.*, n^{os} 55-57, pp.68-71.

²³ Directe, par la voie du recours en annulation ; indirecte, par celle de la question préjudicielle.

de proportionnalité : celui-ci amènerait, en l'espèce, à se demander si l' « éviction » dont feraient l'objet les fournisseurs de logiciels propriétaires ne les atteindrait pas de manière excessive dans leur jouissance de la liberté de commerce et d'industrie. En ne préjugant pas de la réponse qu'apporterait la Cour d'arbitrage à cette question, on ne peut manquer d'observer que les dispositions en projet excluent *a priori* – et de manière générale et abstraite – le recours aux logiciels propriétaires, sans qu'il soit désormais possible de vérifier, au cas par cas, si certains d'entre eux-ci ne pourraient pas être acquis dans des conditions permettant d'atteindre les objectifs poursuivis au travers de la promotion du recours aux logiciels libres. Un exemple illustrera notre propos :

Hypothèse d'acquisition d'un logiciel d'exploitation et de consultation de données cartographiques.

Le pouvoir adjudicateur est animé par deux préoccupations :

⇒ Assurer une utilisation du logiciel permettant aux usagers du service d'information géographique (visiteurs du site dédié à ce service) de consulter aisément ces données.

⇒ Ne pas compromettre le fonctionnement du service en cas de défaillance du fournisseur du logiciel (ou du prestataire de service).

Le pouvoir adjudicateur examine préalablement la faisabilité de deux formules :

1/ Acquisition d'un logiciel propriétaire « sur mesures » dont l'utilisation serait admise (et rendue possible) pour les visiteurs du site d'information²⁴, et dont le code source ne serait rendu accessible qu'en certaines circonstances²⁵ et selon certaines modalités²⁶.

2/ Acquisition et adaptation d'un logiciel libre : le prestataire de services (adaptateur du logiciel libre – concepteur de l'œuvre dérivée) va proposer un prix en sachant qu'il ne garde aucune maîtrise de ses droits à raison de la diffusion de la diffusion ultérieure du logiciel et que cette diffusion peut être très large.

Rien n'exclut *a priori* que ces deux solutions soient concurrentielles.

Confrontation aux caractéristiques du droit des marchés publics

²⁴ Eventuellement moyennant un coût tenant compte « forfaitairement » de ce large accès.

²⁵ Faillite du fournisseur, par exemple.

²⁶ Dépôt du code source chez un tiers de confiance.

Au-delà des réflexions qu'inspire la constitutionnalité des dispositions en projet, on relèvera que celles-ci tranchent singulièrement avec certaines des caractéristiques fondamentales du cadre normatif des marchés publics, particulièrement lorsque ce cadre est appliqué aux commandes publiques informatiques. Diverses observations méritent d'être formulées cet égard.

L'individualisation du marché

Avant tout, il y a 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'origine.

Cette idée d'« individualisation » du marché va déteindre sur son régime juridique : elle explique que la législation relative aux marchés publics présente un degré de généralité assez élevé²⁷, tandis que le pouvoir adjudicateur se voit reconnaître, à bien des égards, un important pouvoir discrétionnaire dans la mise en œuvre des règles applicables : il lui appartient de déterminer l'objet du marché ; de choisir le mode d'attribution ; de préciser les critères de sélection des entrepreneurs ou de choix des offres ; de définir, par des clauses administratives et techniques appropriées, les modalités d'exécution du marché, et, enfin, d'inclure d'éventuelles spécifications techniques et normes. Cet important pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur a encore été confirmé par la réforme tendant à intégrer les moyens électroniques dans la législation relative aux marchés publics²⁸ : son appréciation discrétionnaire sera désormais étendue au choix des supports d'information et moyens de communication qu'il établira avec les entrepreneurs, fournisseurs et prestataires de services.

Les développements qui précèdent témoignent de ce qu'il ne se conçoit nullement d'édicter des directives générales visant à imposer des comportements précis, là où ceux-ci ne peuvent être déterminés que par des choix circonstanciés²⁹. Les dispositions en projet ont pour effet d'anéantir la souplesse ménagée à bon escient en faveur du pouvoir adjudicateur.

²⁷ Généralité parfois très relative, certes ...

²⁸ Arrêté royal du 18 février 2004 modifiant, en ce qui concerne l'interdiction d'accès à certains marchés et l'introduction de moyens électroniques, un certain nombre d'arrêtés royaux pris en exécution de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et services (*M.B.*, 27 février 2004). Sur cette réforme, cfr. D. DE ROY, « Vers des marchés publics « en ligne » ? L'arrêté royal du 18 février 2004 introduisant les moyens électroniques dans la législation relative aux marchés publics », à paraître dans *Journ. Trib.*, 2004.

²⁹ Cette analyse était suggérée par la section de législation du Conseil d'Etat, bien que l'observation formulée par celle-ci avait principalement trait à la confrontation des dispositions en projet aux règles de compétence.

Les spécificités des marchés publics informatiques

Ce qui a été exposé ci-dessus en des termes généraux trouve, dans le domaine spécifique des marchés publics informatiques, une illustration évidente.

D'une part, certains auteurs ont attiré l'attention sur ce qu'un cadre de dispositions légales et réglementaires (dispositions revêtant un caractère général, abstrait et impersonnel) ne constituait pas toujours une réponse adaptée aux difficultés que peut susciter la passation de marchés affichant une grande complexité technique ; étaient notamment visés les marchés informatiques³⁰. Les dispositions en projet ont pour principal effet de renforcer ce poids des dispositions légales dans le domaine des commandes informatiques.

D'autre part, on ne perdra pas de vue que les enseignements relatifs aux contrats informatiques de droit commun attirent l'attention sur le soin qu'appellent la définition des besoins, la recherche des solutions et leur traduction dans un cadre contractuel adapté³¹. L'écho de ces enseignements résonne également dans les études relatives à la spécificité des marchés public informatiques³². Au contraire, l'application de règles visant *in abstracto* à imposer le recours à certains équipements tend à dénier l'importance des analyses circonstanciées, en présentant comme adéquate une solution définie *a priori* et en termes généraux.

Les nouvelles technologies et l'évolution du droit

La vocation de la règle de droit générale et impersonnelle à régir tous les aspects d'un domaine qu'elle est censée encadrer est remise en question lorsque certains enjeux connaissent d'incessants bouleversements technologiques ou économiques qui requièrent de nombreuses et rapides adaptations des régimes juridiques ; ce constat explique l'évolution vers un mode particulier de création du droit, selon lequel – pour faire bref – la loi pose certains principes, tout en laissant le soin à des autorités qu'elle désigne d'édicter les mesures qui en assureront la mise en œuvre. Cette technique, dite de « régulation » est particulièrement connue, pour d'évidentes raisons, dans le domaine des nouvelles technologies³³.

Cette considération générale, à première vue éloignée de notre propos, témoigne, à tout le moins, de ce qu'une tendance à renforcer l'emprise de la législation (en ce

³⁰ D. BATSELÉ, Ph. FLAMME et Ph. QUERTAINMONT *op.cit.*, p.72, note 106(et réf. citées).

³¹ E. MONTERO, Informatique, réseaux et contrats, Namur, F.U.N.D.P., 2002-2003, pp.9-12 ; Lamy. *Droit de l'informatique et des réseaux*, sous la dir. de M. VIVANT, Paris, Lamy, 2003, n^{os} 763-778.

³² D. BATSELÉ, Ph. FLAMME et Ph. QUERTAINMONT, *op.cit.*, n^{os} 260-262, pp.256-258.

³³ D. DE ROY et R. QUECK, « De la téléphonie vocale aux offres publiques d'acquisition – Vers un « droit de la régulation » ? », *Journ. trib.*, 2003, n^{os} 10-15, pp.555-556. ; Th. VERBIEST et E. WÉRY, *Le droit de l'internet et de la société de l'information. Droits européen, belge et français*, Bruxelles, Larcier, 2001, pp.519 et suiv.

qu'elle peut se révéler générale, abstraite et impersonnelle) paraît manifestement étrangère aux réalités que doivent rencontrer les marchés publics informatiques et nuit à la souplesse (relative) que ménage actuellement, en cette matière, la législation relative aux marchés publics³⁴.

Alternatives

Les réserves qu'appellent les propositions soumises aux assemblées législatives ne peuvent avoir pour effet de taire l'importance des enjeux qu'elles invitent à appréhender, ni de clore – avant même qu'il ne soit réellement ouvert – le débat relatif à l'utilisation des logiciels libres par les pouvoirs publics. Il serait, en effet, regrettable que soit ainsi perdue, ou insuffisamment exploitée, l'occasion (si rare) d'une réflexion sur la gestion des commandes publiques informatiques et sur la manière dont le droit peut faire œuvre utile en cette matière.

A l'heure actuelle – et sans même songer à encombrer l'arsenal législatif de nouvelles armes d'un maniement délicat – des moyens permettent de contraindre les administrations, sinon à utiliser des logiciels libres, à définir tout au moins les solutions rencontrant les préoccupations qui animent les auteurs des propositions.

Ainsi, dès lors que ces préoccupations ressortissent plus largement à la notion d'*intérêt général*, elles pourront guider les contrôles exercés sur les marchés publics au titre de cet intérêt général. On songera en particulier au contrôle de l'Inspection des Finances, ou aux diverses formes du contrôle de tutelle sur les organismes décentralisés ou les pouvoirs publics subordonnés. Ces contrôles permettront de vérifier – particulièrement lorsqu'ils portent sur l'élaboration du cahier spécial des charges – si le pouvoir adjudicateur, en définissant l'objet du marché et ses modalités d'exécution, a veillé, par exemple, à ne pas se placer à l'égard du fournisseur (ou prestataire de services) dans un rapport de dépendance qui compromettrait le fonctionnement du système en cas de défaillance de ce fournisseur³⁵.

L'efficacité de cette incitation à la bonne gestion des marchés publics informatiques ne requiert pas le déploiement de moyens démesurés : il suffit³⁶ que ces

³⁴ Souplesse correspondant aux parts d'appréciation discrétionnaire réservées aux pouvoirs adjudicateurs.

³⁵ On observera d'ailleurs que ces préoccupations sont assez proches de celles qui ont inspiré les directives récemment communiquées aux administrations fédérales pour l'usage de standards ouverts et/ou spécifications ouvertes (J. JOCHMANS et P. STRICKX, *Directives et recommandations pour l'usage de standards ouverts et/ou spécifications ouvertes dans les administrations fédérales*, disponible à l'adresse

http://www.belgium.be/eportal/ShowDoc/fed_ict/imported_content/pdf/StandardsOuvertsFEDICT.pdf?contentHome=entapp.BEA_personalization.eGovWebCacheDocumentManager.fr [mise en ligne le 6 octobre 2004] spéc. p.7).

³⁶ Si l'on ose s'exprimer de la sorte...

préoccupations ressortissant à la notion d'intérêt général soient exprimées comme telles et présentées comme ayant vocation à guider les contrôles d'opportunité ou de bonne gestion ; les « lieux » d'expression ne manquent pas : déclaration de politique gouvernementale, circulaire adressée aux pouvoirs locaux, contrat de gestion avec une entreprise publique³⁷, ...

*
* *

Certes, la vision que nous développons au titre de ces « alternatives » apparaîtra sans doute très théorique, voire lénifiante, à celles et ceux qui, quotidiennement, doivent faire face à des difficultés concrètes. Notre propos visait simplement à suggérer que la recherche de l'idéal de bonne gestion des marchés publics informatiques³⁸ ne doit pas être engagée à tout prix dans la voie législative. Pour le surplus, on se demandera évidemment si les moyens dont disposent les pouvoirs adjudicateurs leur permettent effectivement d'avoir égard à cet idéal ... avec ou sans intervention d'un législateur.

³⁷ On sait en effet que lorsque l'entreprise publique est liée à l'entité de laquelle elle émane par un contrat de gestion, le contrôle de tutelle s'exercera par référence non plus à l'intérêt général, mais au contrat de gestion, lequel pourrait préciser – pourquoi pas ? – certaines modalités de passation des marchés de l'entreprise publique, au regard desquels le contrôle de tutelle serait exercé. D. DE ROY, « La nature juridique des contrats de gestion d'entreprises publiques : à la recherche de l'introuvable ? », *Journ. Trib.*, 2002, p.397.

³⁸ En lequel se retrouvent et s'identifient toutes les préoccupations à l'origine des propositions de lois, décrets ou ordonnances.