

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Informatique publique et concurrence

Montero, Etienne

Published in:
L'Entreprise et le Droit

Publication date:
1992

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Montero, E 1992, 'Informatique publique et concurrence: réflexions en marge de l'arrêt du 5 décembre 1989 de la Cour de Justice des Communautés européennes (Com. C/ Rép. Italienne) - II', *L'Entreprise et le Droit*, numéro 3, pp. 63-69.

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.

Informatique publique et concurrence: réflexions en marge de l'arrêt du 5 décembre 1989 de la Cour de Justice des Communautés européennes (Commission c/République d'Italie)

1. L'emprise qu'exerce, dans de nombreux pays européens, le secteur public sur les marchés informatiques des pouvoirs publics est bien connu des entreprises privées intéressées à ces marchés.

D'aucuns se plaignent d'un manque de transparence dans l'attribution des marchés informatiques, imputable à l'absence de publicité et de mise en concurrence préalables (1).

Ce constat nous amène à réfléchir sur les conditions dans lesquelles se réalise l'informatisation des pouvoirs publics. A cet effet, nous aurons à soulever la question de la concurrence que livrent des sociétés "contrôlées" par le secteur public aux entreprises privées.

2. Il existe sans doute de nombreux arguments d'opportunité, de nature technique notamment, en faveur de l'apparition du secteur public sur le marché des produits informatiques (spécialement dans le domaine des services et des logiciels). Ainsi, diverses sociétés se sont constituées, surtout aux niveaux régional et local, qui revêtent le plus souvent la forme d'A.S.B.L. et sont dotées d'un conseil d'administration caractérisé par la présence de membres issus des organes politiques du pouvoir public dont elles émanent.

Si tel n'est pas précisément le cas, d'autres caractéristiques aboutissent en fait au même résultat, à savoir la création d'une relation privilégiée entre la société informatique et le pouvoir public dont elle est issue. Cette "maîtrise de fait" du pouvoir adjudicateur sur l'entreprise peut résulter de la détention de la majorité du capital mais aussi d'autres mécanismes tels que des pouvoirs d'intervention prépondérant dans la gestion de l'entreprise, un droit de nomination, ...

Le malaise qui s'ensuit est patent: quand bien même le pouvoir adjudicateur lancerait un appel d'offres (qui implique une publicité et une mise en concurrence), l'égalité dans l'accès aux commandes publiques est encore loin d'être garantie. Les conditions de concurrence entre entreprises "para-publiques" s'occupant d'informatique et les entreprises privées risquent d'être faussées. En effet, grâce à leurs relations privilégiées avec le pouvoir adjudicateur, les sociétés "contrôlées" jouissent d'informations privilégiées. Anticipativement mises au parfum d'un marché à conclure, elles peuvent déjà se préparer, disposant d'un délai plus important pour élaborer leur soumission de réponse. Elles sont également en mesure de soumissionner à un prix moindre que leurs concurrents du secteur privé, car elles peuvent espérer tirer parti de leurs relations privilégiées pour obtenir ultérieurement un supplément de prix (via la maintenance par exemple).

Le monopole détenu par des entreprises publiques sur l'informatisation de certains pouvoirs publics les conduit parfois aussi à surestimer certains marchés. Les entreprises avantagées peuvent ensuite "écrémer" les bénéfices ainsi réalisés au moment de se lancer à la conquête du secteur privé dans des conditions de concurrence déloyale avec les entreprises de ce secteur (subvention croisée).

3. Divers sont les motifs pour lesquels -en Belgique mais aussi dans d'autres pays- le secteur public a estimé qu'il avait un rôle à jouer lorsque le client est une administration publique:

- la préférence accordée à un interlocuteur privilégié qui connaisse bien la structure de fonctionnement de l'administration concernée et les tâches à informatiser;
- la possibilité de pouvoir rechercher en commun la meilleure solution informatique, ce qui implique qu'un certain dialogue puisse s'instaurer au départ des différentes options proposées par le fournisseur;
- le souci de maintenir la confidentialité de certaines données détenues par l'administration;
- l'intérêt que peut présenter, pour la continuité du service public, le fait de n'avoir qu'un seul vis-à-vis dont le pouvoir public a par ailleurs la maîtrise.

4. Eu égard à ces différents points, il faut noter que notre législation sur les marchés publics ne présente pas la souplesse nécessaire à la passation et à l'exécution des marchés informatiques.

Les procédures de passation qu'elle met en place ferment pratiquement la voie à toute possibilité de dialogue et de négociation (2).

Les procédures de coordination et de contrôle existant en matière d'informatique publique se caractérisent par leur longueur et leur rigidité (3). Elles cadrent mal avec le caractère tellement évolutif du secteur informatique: des produits nouveaux sont continuellement lancés sur le marché si bien que, lorsque la procédure arrive à son terme, le produit informatique acquis risque déjà d'être obsolète.

D'autre part, la loi du 14 juillet 1976, relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, et ses arrêtés d'exécution, ont essentiellement été pensés en termes de travaux. Cette législation est par conséquent relativement inadaptée aux marchés informatiques. Songeons simplement à la difficulté que peut engendrer l'obligation de remettre un prix forfaitaire pour la réalisation d'un système informatique. En effet, les auteurs du cahier des charges ne peuvent généralement s'exprimer qu'en termes *fonctionnels*, laissant précisément aux soumissionnaires le soin de proposer une *solution* et d'apporter les spécifications techniques (4).

D'un autre côté, de nombreuses dispositions du Cahier général des charges établi par l'arrêté ministériel du 10 août 1977 sont inappropriées aux marchés informatiques. Qu'il nous suffise d'évoquer les dispositions relatives à la vérification des produits ou encore certains "moyens d'action de l'administration" (5). Il n'y a par ailleurs pas dans le Cahier général des charges de "clauses spécifiques" aux marchés de services comme elles existent pour les marchés de travaux ou de fournitures. Or, les marchés informatiques s'analysent le plus souvent comme des marchés de services au sens de réglementation des marchés publics.

Enfin, notons encore que l'absence de statut spécifique pour les informaticiens de la fonction

publique (6) ne favorise en rien l'indépendance des pouvoirs publics dans la gestion de l'informatique.

Parmi d'autres, les difficultés épinglées expliquent sans doute certaines options faites en matière d'informatique publique par le législateur ou par certains pouvoirs régionaux ou locaux (7).

5. Etant donné le droit existant, les solutions adoptées n'en sont pas pour autant nécessairement toujours légitimes. La situation que nous nous sommes efforcés d'esquisser jusqu'ici fait problème, notamment au regard du droit communautaire. L'arrêt rendu par la Cour de Justice des Communautés européennes le 5 décembre 1989 dans l'affaire Commission c. Italie est, dans ce contexte, particulièrement important sur le plan des principes. Il répond en effet tout à tour aux nombreux arguments invoqués par l'Italie à l'appui d'une législation destinée à "réserver la possibilité de conclure avec l'Etat italien des conventions pour l'élaboration de systèmes informatiques pour le compte de l'administration publique aux seules sociétés dans lesquelles l'Etat ou le secteur public détient une participation majoritaire ou totale".

Cet arrêt est donc tout à fait significatif pour notre problématique. Reprenons à présent l'essentiel de ses développements comme fil conducteur pour la suite de nos réflexions.

6. Le recours introduit par la Commission, en vertu de l'article 169 du traité C.E.E., visait à faire constater qu'en adoptant une législation destinée à réserver la possibilité de conclure avec l'Etat italien des conventions pour l'élaboration de systèmes informatiques pour le compte de l'administration publique aux seules sociétés dans lesquelles l'Etat ou le secteur public détient une participation majoritaire ou totale, de façon directe ou indirecte, la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 52 et 59 du traité C.E.E. ainsi que de la directive 77/62 du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures.

Parmi les dispositions incriminées, nous ne citerons qu'un seul exemple: le décret-loi n° 8 du 30 janvier 1976, devenu après modifications la loi n° 60 du 27 mars 1976, qui fixe des règles pour la mise en œuvre du système informatique du Ministère des Finances et le fonctionnement du fichier fiscal central, dispose en son article 3 que:

"aux termes d'une convention spéciale, conclue pour la période de temps nécessaire au bon fonctionnement du système informatique visé à l'article premier du présent décret et pour une durée maximum de cinq ans, peuvent être confiées à une société spécialisée:

- a) la réalisation du système informatique (...);
- b) la gestion technique du système informatique, notamment: les activités de recherche et de développement nécessaires à la schématisation de procédures, telles qu'elles sont définies par les centres informatiques, ainsi qu'à la transformation ultérieure en ensembles d'instructions constituant les programmes machine; la définition de la structure des archives et des mécanismes de l'accès aux informations qu'elles contiennent en application des procédures effectuées par les installations centrales; la planification et l'exécution de toutes les opérations nécessaires au fonctionnement des installations centrales selon les exigences imposées par les services centraux et périphériques".

(6) Cette étude était déjà rédigée depuis longtemps et remise à la rédaction lorsqu'ont été publiés au Moniteur les arrêtés royaux suivants:
- l'arrêté royal du 26 septembre 1991 créant et organisant un Bureau-conseil en informatique, *M.B.*, 28 décembre 1991, 29755.
- l'arrêté royal du 26 septembre 1991 relatif à la politique d'informatisation dans les services publics, *M.B.*, 28 décembre 1991, 29761, qui abroge et remplace l'arrêté du 12 mai 1981 relatif à l'organisation, la coordination et le contrôle de l'informatique dans les services publics. Ces nouveaux arrêtés permettent d'ores et déjà de nuancer, dans un sens positif, notre propos. Nous invitons le lecteur à s'y référer.
(7) Pour plus de détails concernant la situation belge, voy. notre étude (réalisée avec M. BAUDHUIJN): *L'informatisation des pouvoirs publics: monopoles ou libre concurrence?* Rapport I.N.S.E.A., 1991.

(2) Dans l'état actuel de la réglementation des marchés publics, il n'est pas permis de négocier l'offre, sauf en gré à gré lorsqu'il est également possible d'y recourir (ce qui est rarement le cas en cette matière; cf. E. MONTERO, *Les marchés publics d'acquisition de logiciels*, Cahiers du C.R.I.D. n° 5, Story-Scientia, Bruxelles, 1990, première partie).

(3) Sur ces procédures, cf. J.M. VAN BOL, "Les structures de direction de l'informatique dans les services publics", A.P.T., 1979-1980, p. 199-226; "Les marchés informatiques des pouvoirs publics", *Entr. et Dr.*, 4, 1985, p. 270-290; voir la note 6.

(4) L'expérience enseigne qu'en matière informatique, le concours du fournisseur est précieux pour aider le client à identifier ses besoins, à les exprimer au mieux et à définir la solution qui convient. La jurisprudence relative aux contrats (privés) informatiques a particulièrement mis en évidence la nécessité qu'en cette matière, plus qu'en tout autre domaine, "un dialogue" s'instaure "entre le fournisseur et l'utilisateur". Ainsi, l'action de la jurisprudence s'est centrée autour de deux obligations: le "devoir de conseil" mis à charge du fournisseur et le "devoir de collaboration" incombant à l'utilisateur (Cf. J. HUET et H. MAISL, *Droit de l'informatique et des télécommunications*, Litec, Paris, 1989, p. 49, n° 61; voy. aussi en particulier: E. de CANNART, "Le devoir de conseil du fournisseur en informatique", *R.D.C.B.*, 1989, p. 568-584). On ne peut donc s'étonner des difficultés suscitées en la matière par l'interdiction de négocier dans le cadre des procédures de passation des marchés publics (avec la réserve du gré à gré).

(5) Cf. E. MONTERO, *Les marchés ...*, op.cit., seconde partie, n° 11, p. 87-97 et n° 20, p. 191-197.

7. Selon la Commission, bien qu'indistinctement applicables aux entreprises italiennes et aux entreprises d'autres Etats membres, les lois et décrets-lois litigieux seraient discriminatoires et constitueraient une entrave à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services prévues par les articles 52 et 59 du traité.

L'Etat italien répondit à cela que les lois et décrets-lois en cause ne font aucune distinction en raison de la nationalité des sociétés qui peuvent conclure pareilles conventions. L'Etat italien fit valoir qu'il participe d'une façon majoritaire ou totale non seulement au capital de sociétés italiennes mais aussi à celui de sociétés d'autres Etats membres, de sorte que les unes et les autres, sans discrimination aucune, peuvent concourir à l'informatisation des administrations publiques.

Conforme à sa jurisprudence sur la notion de discrimination indirecte (8), la Cour accueillit les arguments de la Commission et de l'avocat général, au sens où c'est le critère de la participation publique italienne qui a pour effet (indirect) que seules les entreprises de ce secteur ont accès à ces commandes publiques. A cet égard, la Cour rappela que "le principe d'égalité de traitement, dont les articles 52 et 59 du traité sont une expression particulière, prohibe non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction aboutissent en fait au même résultat." La Cour constate à ce propos que les lois et décrets-lois litigieux, bien qu'indistinctement applicables à toute société italienne ou étrangère, favorisent essentiellement les sociétés italiennes. La Cour souligne, comme l'avait indiqué la Commission sans d'ailleurs être contredite par l'Etat défendeur, qu'il n'existe pas, à l'heure actuelle dans le domaine de l'informatique, des sociétés d'autres Etats membres dont le capital soit détenu en totalité ou en majorité par le secteur public italien.

Ces sociétés sont en fait toutes des sociétés constituées en Italie ou ayant leur siège en Italie. En conclusion, comme le relève l'avocat général, toutes les sociétés italiennes ne sont pas avantagées par rapport aux sociétés étrangères mais toutes les sociétés avantagées par cette législation sont italiennes.

8. Pour justifier l'exigence de la participation publique, le gouvernement italien invoque d'autres arguments étroitement liés à la spécificité des produits informatiques.

9. Ainsi, l'Etat italien fait valoir que pour certains types d'activités impliquant de traiter des données de nature confidentielle, l'Etat doit pouvoir s'adresser à une entreprise susceptible de jouir de toute sa confiance. A cet argument, la Cour répond avec raison que pour protéger la confidentialité des données, il était possible d'adopter des mesures moins restrictives pour la liberté d'établissement et la libre prestation de services que celles visées en l'espèce, notamment en imposant au personnel des sociétés concernées une obligation de secret dont la violation pouvait être assortie de sanctions pénales. Ces clauses de confidentialité ou de secret, imposées par ailleurs aux sous-traitants et aux préposés du cocontractant, sont classiques dans les contrats informatiques (9). Comme le relève la Cour, rien ne permet de penser que les mêmes obligations ne pourraient être remplies aussi efficacement par le personnel de sociétés sans participation publique italienne.

10. L'Etat italien invoque aussi la nécessité pour les pouvoirs publics de contrôler l'exécution des contrats de façon à pouvoir adapter à l'évolution des facteurs imprévisibles au moment de la signature des contrats. La Cour répond à cela que le gouvernement italien disposait des moyens juridiques nécessaires pour adapter l'exécution des contrats aux circonstances futures et imprévisibles. Il nous semble en effet tout à fait possible d'inscrire au contrat un ensemble de garanties juri-

diques destinées à se ménager la possibilité de faire évoluer le système informatique. De nombreuses clauses ont été imaginées par la pratique pour obtenir, dès la conclusion du contrat, l'engagement de l'adjudicataire à répondre aux demandes nouvelles du pouvoir adjudicateur. Nous songeons aux clauses d'extensibilité, de continuité ou encore de portabilité des applications sur une configuration étendue. Existente également, dans le cadre de la maintenance, les engagements dits de maintenance-adaptation (par lesquels l'adjudicataire s'oblige à faire évoluer les logiciels en fonction des changements du contexte réglementaire ou technique: nouvelle législation, nouveau système d'exploitation, ajout d'une unité de disque,...) ou de maintenance-évolution (l'adjudicataire s'engage à répondre à toute demande nouvelle de l'administration par la remise d'une offre comprenant un devis, une estimation du délai de réalisation,...) (10).

11. Le défendeur soutient en outre que les activités inhérentes au fonctionnement des systèmes informatiques en cause participent à l'exercice de l'autorité publique au sens de l'article 55 du Traité de Rome. A cet égard, la Cour rappelle que l'exception à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services prévues par l'article 55, 1^{er} alinéa et par l'article 66 du traité C.E.E. doit être restreinte à celles des activités visées par les articles 52 et 59 qui, par elles-mêmes, comportent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique (11). La Cour estime que tel n'est pas le cas en l'espèce, les activités en cause relatives à l'acquisition et la gestion de moyens informatiques étant de nature technique et partant étrangère à l'exercice de l'autorité publique.

12. La Commission reproche encore à l'Etat italien la méconnaissance des prescriptions de la directive 77/62 en ce qui concerne l'acquisition par l'administration des systèmes informatiques. Il est fait grief au défendeur de ne pas avoir observé les procédures de passation prévues par la directive et de ne pas avoir rempli les obligations prévues par l'article 9 de la directive qui impose une publicité à l'échelon communautaire, moyennant la publication d'un avis d'information dans le Supplément au Journal Officiel des Communautés européennes.

Ces griefs ont été accueillis par la Cour, qui a donc bien dû admettre en amont l'applicabilité aux marchés en cause de la directive 77/62 du 21 décembre 1976. A cet endroit, nous ne partageons pas entièrement l'analyse qui est faite par la Cour.

La double question sous-jacente est, nous semble-t-il, d'une part, celle du champ d'application *ratione materiae* de la directive 77/62 et, d'autre part, celle de son champ d'application *ratione summae*.

La directive 77/62, rappelons-le, concerne exclusivement les marchés publics de fournitures. Aux termes de l'article 1^{er}, a) de la directive, par marchés de fournitures, il faut entendre "les contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un fournisseur (personne physique ou morale), d'une part, et, d'autre part, un des pouvoirs adjudicateurs définis sous b) et portant sur la livraison

)) Sur ces questions, v. notre ouvrage, *Les marchés publics de logiciels*, op.cit., n° 10, p. 81-86; n° 18, p. 166-179; v. aussi G. DEWULF, M. SCHAUSS, R. LESUISSE, *La maintenance de logiciels: aspects juridiques et techniques*, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, n° 3, Bruxelles, Story Scientia, 1989;

En Belgique, l'administration jouit par ailleurs du pouvoir d'ordonner unilatéralement des modifications aux conditions initiales du marché. (v. l'article 8 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services). Il s'agit là "d'un droit originnaire et inaliénable de la puissance publique, justifié par la nécessité d'adapter en toutes circonstances le service public aux besoins changeants de la collectivité" (M.-A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 1969, n° 668). Ainsi, "à condition de ne pas modifier l'objet du contrat et moyennant juste compensation s'il y a lieu" (v. l'article 8 précité), le pouvoir adjudicateur est, le cas échéant, en droit d'obtenir de son cocontractant qu'il honore certaines demandes nouvelles: le besoin d'obtenir la connexion du système à un réseau existant, une accélération dans l'écriture du contrat sur mesure afin de réduire le délai de réalisation, le besoin de réécrire les interfaces du logiciel d'application pour qu'il soit compatible avec une modification de son environnement suite à des changements imposés par le constructeur du matériel ou du logiciel de base, etc.

) V. l'arrêt Reynens du 21 juin 1974, 2/74, Rec., p. 631.

Dans son arrêt du 15 mars 1988, Commission c/Grèce, 147/86, la Cour avait souligné en ce qui concerne l'exception en faveur des activités participant à l'exercice de l'autorité publique: "qu'en tant que dérogation à la règle fondamentale de la liberté d'établissement (et, par le biais de l'article 66, de celle de la libre prestation de services) l'article 55 du traité doit recevoir une interprétation qui limite sa portée à ce qui est strictement nécessaire pour sauvegarder les intérêts que cette disposition permet aux Etats membres de protéger".

(8) V. notamment l'arrêt du 29 octobre 1980, Boussac Saint-Frères, 22/80, Rec., p. 3427.

V. aussi l'arrêt du 12 février 1987, Commission c. Belgique, 221/85, Rec., p. 719; les arrêts du 7 juillet 1988, Stanton c/I.N.A.S.T.I., 143/87 et (affaires jointes) I.N.A.S.T.I./Wolf, NV Microtherm Europe/Dorchain et P.V.B.A. Almare.

(9) V. J. HOORENS, *Les contrats de développement de logiciels sur mesure*, Story Scientia, Bruxelles, 1986, p. 165-166, p. 182; INFOREP, *Les contrats de prestations intellectuelles en informatique. Guide de l'utilisateur*, Celse, 1982, p. 121-123; X. LINANT de BELLEFONDS et A. HOLLANDE, *Droit de l'informatique*, Masson, 1984, p. 60-62; p. 173-174.

des produits. Cette livraison peut comporter, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation" (12).

Ainsi, pour conclure à l'inapplication de la directive, le gouvernement italien objecte qu'un système informatique comporte, outre l'acquisition du matériel, la création de logiciels, la planification, l'installation, la maintenance, la mise en œuvre du système sur le plan technique et parfois sa gestion. L'interdépendance de ces activités exigerait, de l'avis du défendeur, que l'entière responsabilité de la réalisation des systèmes informatiques soit attribuée à une seule société. Le gouvernement italien en conclut que la directive serait inapplicable "compte tenu du fait que le matériel est un élément accessoire dans la réalisation d'un système informatique". En effet, toujours selon l'Etat italien, la notion de marché public de fournitures ne concerne que les contrats portant à titre principal sur la livraison de produits (13).

En réalité, c'est la question de la qualification de ces contrats complexes qui se pose, question d'autant plus ardue qu'est incertaine et floue la frontière qui départage les marchés de fournitures des marchés de services. L'enjeu est grand puisque: si le marché doit être qualifié de marché de fournitures, la directive (et les obligations qu'elle met à charge des pouvoirs adjudicateurs) lui est applicable; si, par contre, il s'agit d'un marché de services, bon nombre de "contraintes" disparaissent, étant donné qu'aucune directive "services" n'a été adoptée à ce jour au niveau des instances européennes.

La Cour nous paraît aller vite en besogne dans le traitement de cette question délicate. Son raisonnement est le suivant:

"L'acquisition de l'équipement nécessaire à la réalisation d'un système informatique est dissociable des activités relatives à la conception et à la gestion de celui-ci. En effet, le gouvernement italien aurait pu s'adresser à des sociétés spécialisées dans l'établissement de logiciels pour la conception des systèmes informatiques en cause et, en respectant la directive, acquérir l'équipement matériel conforme aux spécifications techniques définies par ces sociétés".

Si la solution est ingénieuse, elle risque cependant de poser problème sur le plan juridique, sans compter qu'elle n'est pas parfaitement satisfaisante sur le plan technique.

Examinons tout d'abord le point de vue juridique. La Cour propose en fait de scinder le marché en deux marchés distincts: un marché portant sur l'acquisition des équipements et qui serait soumis à la directive "fournitures" (obligation d'une publicité au J.O.C.E., obligation d'utiliser les procédures de passation existantes, etc.) et un second marché de services ayant pour objet la conception du système, le développement des logiciels ...

Cette solution comporte certaines limites dans la mesure où, selon la législation européenne elle-même, le fractionnement délibéré du marché en vue de se trouver sous le seuil financier d'application et de se soustraire ainsi à l'application des directives est strictement interdit. La récente directive du 22 mars 1988 énonce à ce propos un ensemble de règles dissuasives (v. article 6 de la

directive; v. aussi l'article 2 de l'arrêté royal du 8 décembre 1988 relatif à la mise en concurrence dans le cadre des Communautés européennes de certains marchés publics de fournitures).

Autrement dit, la systématisation de la méthodologie préconisée par la Cour pourrait conduire, dans certains cas, à échapper au champ d'application rationne summae des directives (14). Force est donc de constater que la solution est impraticable chaque fois que le fractionnement a pour conséquence que la valeur du marché d'acquisition des équipements est inférieure au seuil d'application de la directive "fournitures" (15).

D'autre part, en proposant "d'acquérir l'équipement conforme aux spécifications techniques définies par les sociétés chargées de la conception des systèmes", la Cour incite pour ainsi dire à recourir à des spécifications techniques à effet discriminatoire. Or de telles spécifications sont formellement prohibées par l'article 7, paragraphe 2 de la directive du 21 décembre 1976 (16).

Lorsqu'on acquiert une solution informatique (hardware et software), et à défaut de n'avoir qu'un seul fournisseur, il est difficile de procéder autrement que par référence à certains standards bien précis. Il est, en effet, indispensable de veiller à la compatibilité des différents éléments du système. S'il est possible de les "acquérir séparément" (17), il nous semble plus contestable de devoir alors se résoudre à l'interdiction "de mentionner au cahier spécial des charges des spécifications techniques mentionnant des produits d'une fabrication ou d'une provenance déterminée, ou des produits particuliers qui ont pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises".

En outre, dans la pratique, la solution adoptée par la Cour risque de poser problème étant donné la réticence des sociétés informatiques à rendre publiques les normes techniques. La politique de certaines firmes consiste notamment à ne pas divulguer aux concurrents les modifications faisant partie de l'architecture existante des systèmes d'ordinateurs avant leur livraison, plaçant ainsi dans une situation désavantageuse les fabricants d'équipements compatibles avec les machines des premiers (18).

Nous doutons donc que la solution de la Cour ait valeur de principe de sorte qu'elle puisse faire jurisprudence; d'autant plus qu'elle est techniquement problématique. En effet, en cas de pannes ou de dysfonctionnements du système (dus par exemple à des problèmes d'incompatibilité), la détermination des responsabilités est plus délicate lorsqu'il y a pluralité de fournisseurs (19).

La Cour se montre en fait soucieuse de contribuer à la suppression des obstacles à une véritable ouverture des commandes publiques à la concurrence européenne. En ce sens, les dispositions italiennes sont déclarées contraires non seulement aux articles 52 et 59 du Traité de Rome – ce qui s'entend fort bien – mais aussi à la directive 77/62 – ce qui est plus délicat à établir. Conformément à sa ligne jurisprudentielle, la Cour a cependant opté pour une interprétation extensive et une application décidée des directives en vigueur, dont les insuffisances et l'inefficacité n'ont pas

(12) Notons que, par l'adoption de la directive du 22 mars 1988, cette définition a été élargie afin de mettre la législation communautaire en concordance avec le protocole du 2 février 1987 approuvé par le Conseil des Ministres des Communautés européennes le 16 novembre 1987, portant modification de l'accord du GATT relatif aux marchés publics. Ainsi, aux termes de l'article 2 de la directive du 22 mars 1988, "les marchés publics de fournitures sont des contrats conclus par écrit à titre onéreux ayant pour objet l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, de produits entre un fournisseur (personne physique ou morale), d'une part, et d'autre part un des pouvoirs adjudicateurs définis au point b). La livraison des produits peut comporter, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation".

(13) Dans son arrêt du 22 septembre 1988, Commission contre l'Irlande, 45/87, la Cour a écarté l'argument du gouvernement irlandais selon lequel devrait échapper à l'interdiction de l'article 30, les importations de marchandises même accessoires, effectuées dans le cadre de marchés publics de travaux. La Cour a expressément déclaré que: "Le fait qu'un marché public de travaux concerne la prestation de services ne peut donc avoir pour conséquence de soustraire aux interdictions de l'article 30 une limitation des matériaux à utiliser inscrite dans un avis d'appel d'offres".

De l'avis de l'avocat général, cet argument est applicable en l'espèce, en ce sens que le fait qu'une livraison de marchandises s'insère dans le cadre d'activités exercées au titre soit de l'article 52, soit de l'article 59 du Traité ne permet pas de soustraire ces marchandises aux interdictions de l'article 30. A notre avis, cette analyse est incontestable s'agissant de dispositions du Traité de Rome mais est à distinguer de la question de savoir si la directive "marchés publics de fournitures" est applicable en l'espèce.

(14) Notons cependant que ce ne serait pas facile à démontrer.

(15) D'autant plus qu'il n'y a pas lieu d'exclure a priori que, dans certains cas, un tel marché d'acquisition de système informatique puisse être globalement qualifié de marché de fournitures. Ainsi, il n'est pas rare que les contrats informatiques "clés en main" soient qualifiés de vente (cf. P. et Y. POUILLET, "Les contrats informatiques. Réflexions sur 10 ans de jurisprudence belge et française", *J.T.*, 1982, p. 4, n° 9 et l'analyse faite par G. VINEY, "La responsabilité des entreprises prestataires de conseils", *J.C.P.*, 1975, I, 2750, n° 38). Le raisonnement qui préside à une telle qualification dans le domaine des contrats privés est aisément transposable aux marchés publics, donnant lieu à la qualification de marché de fournitures.

(16) V. aussi l'article 4 § 2 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 et la circulaire du Premier Ministre du 7 novembre 1980 (*M.B.*, 18 novembre 1980, p. 13083) concernant l'interdiction de mentionner dans le cahier spécial des charges des spécifications techniques limitant ou excluant la concurrence.

(17) La Cour est d'accord avec le gouvernement italien pour estimer que "le matériel et le logiciel, précédés de la nécessaire conception du système, sont des éléments indispensables et indissociables aux fins de la réalisation d'un système informatique", mais, selon la Cour, cela ne signifie pas qu'il soit impossible de les acquérir séparément.

(18) V. l'arrêt du 11 novembre 1981, I.B.M./Commission, 60/81, *Rec.*, 1981, p. 2639.

(19) Pour un exposé des inconvénients et dangers suscités par la multiplicité de prestataires, et sur certaines solutions proposées pour y remédier, v. M. COIPEL et Y. POUILLET, "Introduction aux concepts juridiques" in *Le droit des "contrats informatiques". Principes - Applications*, Précis de la Faculté de Droit de Namur, 4, 1983, p. 29-53, spécialement p. 41 à 53.

manqué d'être soulignées (20). Les pouvoirs adjudicateurs ont intérêt à en tenir compte avant de décider de qualifier leur marché informatique de marché de services, aux fins ou avec l'effet d'échapper à la réglementation européenne.

13. Le Gouvernement italien fait valoir également que les activités confiées aux sociétés spécialisées choisies pour la réalisation des systèmes informatiques en cause constituent l'exercice d'une activité de *service public* (21). Les conventions conclues entre l'Etat et ces sociétés seraient par conséquent exclues du domaine d'application de la directive en vertu de l'article 2, paragraphe 3. La Cour rejette cet argument au motif que "les fournitures d'équipements nécessaires à la réalisation d'un système informatique ainsi que la conception et la gestion de celui-ci permettent à l'administration de réaliser la mission qui lui est confiée sans constituer elles-mêmes un service public".

Cette prise de position du juge communautaire appelle quelques commentaires.

Il semblerait, à suivre la Cour sur ce point, qu'elle tente de récuser la possibilité pour les pouvoirs politiques nationaux d'ériger *n'importe quelle tâche* en service public, avec la conséquence d'échapper au domaine d'application des directives communautaires "marchés publics".

Reprenons succinctement les éléments essentiels du problème. En droit interne, rien ne paraît s'opposer à ce qu'un pouvoir public mette en place une entreprise publique (22) investie d'une mission de service public. Encore convient-il alors de s'interroger sur la nature des relations juridiques nouées entre l'un et l'autre. Quelle est en définitive la nature des "conventions" conclues entre deux personnes publiques? S'agit-il de simples accords dépourvus de toute forme de publicité et mise en concurrence ou ces "conventions" sont-elles de véritables marchés? La question est importante car s'il y a un marché public, l'ensemble de la réglementation des marchés publics est d'application ainsi que les directives communautaires adoptées en la matière (23).

Il n'est pas de notre propos, dans le cadre limité de cette note, de vider cette question particulièrement délicate et controversée. Plus modestement, notre dessein est de faire apparaître la fermeté et l'originalité de la position de la Cour européenne en la matière.

Elle est proche, il est vrai, de l'opinion défendue par certains auteurs. "En fait", écrit le professeur Flamme, "toute personne publique est libre d'exercer une activité entrant dans son objet social en régie (24), sans obligation de se procurer auprès de tiers les biens et services qui lui sont nécessaires". Et de commenter là-dessus "... ne serait-ce pas une sorte d'exploitation en régie pour une personne publique que de demander le concours d'une autre personne publique, après avoir en quelque sorte éliminé a priori tout recours au secteur privé et donc exclu tout 'marché public'?" (25, 26) Mais il nuance aussitôt cette analyse par une double considération (i) (ii):

(20) V. notamment M.-A. et Ph. FLAMME, "Vers l'Europe des marchés publics? (A propos de la directive "fournitures" du 22 mars 1988)", *R.M.C.*, n° 320, 1988, p. 455-479.

(21) L'Etat italien a fait valoir l'argument selon lequel, à travers la réalisation des systèmes informatiques, il poursuit des buts qui ne sont pas uniquement économiques, mais qui concernent aussi l'intérêt public: la lutte contre l'évasion fiscale et la criminalité organisée (ministère des finances), le contrôle de l'utilisation des crédits du "fondo nazionale", les actions thérapeutiques en matière de toxicomanie et la répression des fraudes dans le domaine pharmaceutique (ministère de la santé), et la répression des fraudes en matière agricole (ministère de l'agriculture). Il s'agit là, d'après l'Etat italien, d'exigences de l'ordre public, de la sécurité publique et de la santé publique que l'Etat doit protéger (Cf. Rapport d'audience présenté dans l'affaire C-3/88, Commission c. République italienne).

(22) Nous utilisons ce terme conformément à la définition qu'en a donné l'O.C.D.E., suivant laquelle il faut entendre par entreprises publiques les organismes exerçant une activité commerciale et économique dans lesquelles les pouvoirs publics détiennent une participation décisive (50 % et plus) et/ou ceux qui sont contrôlés par le secteur public par le jeu notamment des nominations ou l'existence de commissaires du gouvernement; v. également la thèse de D. DEOM, *Le statut juridique des entreprises publiques*, Story-Scientia, Bruxelles, 1990.

(23) Notons que la question est résolue si un "contrat de gestion" (concession) a été conclu entre le pouvoir public et son partenaire privé. Un tel contrat échappe à la réglementation sur les marchés publics ainsi qu'en a décidé le Conseil d'Etat (cf. l'arrêt n° 11.262 du 28 mai 1965, R.A.A.C.E., 1965, p. 534). Il s'agissait en l'espèce de la concession de la distribution de l'énergie électrique pour le territoire de la ville d'Anvers. Dans le domaine de l'informatique publique, comme exemple de "contrat de gestion", on songe aux conventions passées entre le Registre national ou les centres régionaux d'informatique et les communes pour l'exécution de certains travaux informatiques.

(24) Un service public est exploité en régie lorsque l'autorité administrative concernée en assure elle-même le fonctionnement avec son personnel et au moyen de ses propres biens.

(25) *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, Confédération Nationale de la Construction, Bruxelles, 1986, p. 105, n° 25.

(26) M. P.J. DELAHAUT va même plus loin "n'imaginant pas qu'une personne publique recourt, pour ses besoins, à un autre agent que celui que la collectivité publique a justement créé ou agréé à cette fin" ("La notion d'égalité dans les marchés publics", *A.P.T.*, 1981, p. 184; Cf. aussi J.P. HAINAUT, "Les intercommunales et le régime juridique des modes de passation des marchés de travaux", *Mouv. comm.*, 1961, p. 58-62.

(i) Si effectivement l'exercice d'une activité en régie exclut tout "marché", c'est – semble-t-il – à condition que les relations économiques ainsi réalisées se nouent entre des services non personnalisés au sein d'une seule et même personne publique (27). Tel serait un des enseignements à la Fédération nationale des entrepreneurs routiers à l'Intercommunale liégeoise de voirie (28). Sans revenir sur les faits de la cause (29), nous retenons de cet arrêt qu'il remet en cause l'opinion jus-qu'alors défendue par le Conseil d'Etat, selon laquelle les conventions conclues entre deux personnes publiques ne sont pas des marchés publics (30).

(ii) Ne sont pas des marchés, les conventions par lesquelles un pouvoir public confie à une personne publique – distincte de l'autorité qui l'a créée et dotée de la personnalité juridique – une *mission publique par nature* et qui par conséquent échappe nécessairement à toute mise en concurrence (31). Par contre, lorsque les prestations concernées (travaux, fournitures, services) sont susceptibles d'être procurées aussi bien par le secteur privé que par le secteur public, dans un domaine livré à la concurrence, il semble que les conventions conclues entre personnes publiques soient alors des "marchés".

Autrement dit, il y aurait des *tâches* qui, *par nature*, constituent des services publics tandis que d'autres ne mériteraient pas cette appellation.

L'accent est mis sur l'activité concernée, ce qui n'est pas sans faire songer à la distinction entre service public organique et service public fonctionnel (32). Or pendant longtemps, la doctrine a associé les notions de "service public" et "puissance publique". Seul existait en somme le service public organique: institutions de droit public qui, dans un régime de puissance publique, n'exerçaient par hypothèse que des missions d'intérêt général. Le couple "service public-puissance publique" a connu, faut-il le dire, bien des déboires (33) et se trouve aujourd'hui franchement menacé. Le concept de "service public fonctionnel" tend à s'imposer, ... et le binôme classique à se disloquer. Il est reconnu qu'un service public organique peut exercer des activités à caractère concurrentiel, n'étant pas à considérer comme assimilables à des missions de service public. Cette distinction entre activités de service public et activités concurrentielles est l'une des clés de voûte de la nouvelle loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (34). Cette dernière paraît donc bien consacrer la notion de service public fonctionnel, et en ce sens, elle peut être vue comme "rompant avec une longue tradition de la doctrine juridique, qui qualifiait d'office de service public toutes les activités exercées par des institutions de droit public" (35).

Il faut remarquer qu'au niveau national, si un contrôle juridictionnel est théoriquement possible, il faut reconnaître qu'il est enserré dans des limites très étroites.

Plusieurs situations peuvent se présenter, qui donnent ouverture à des recours différents.

(27) Cf. M.-A. FLAMME, *Traité des marchés publics*, n° 126.

(28) L'arrêt est d'autant plus significatif qu'il a été rendu sur avis contraire du Ministère public et qu'il rompt avec une jurisprudence antérieure (Cf. C.E., 19 avril 1956, n° 5972, R.J.D.A., 1957, p. 22; 18 janvier 1963, n° 9817, *Rec.*, p. 44; 16 mai 1975, n° 17.013, *Rec.*, p. 421; sur cette jurisprudence, voy. aussi: M.-A. FLAMME, "Du contrôle de la passation des marchés de travaux publics par les communes et de l'incidence du socialisme municipal sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie", *R.J.D.A.*, 1959, p. 266.

(29) Cet arrêt a fait l'objet de plusieurs commentaires: Ph. QUERTAINMONT, "La concurrence du secteur public aux entreprises privées", *A.P.T.*, 2-3/1982, p. 149 et s., n° 71 et s.; P.J. DELAHAUT, note (critique) sous C.E., 2 décembre 1981, *A.P.T.*, 1983, p. 79-90.

(30) Etant d'authentiques marchés, ces "conventions" sont dès lors soumises aux réglementations belge et communautaire des marchés publics.

(31) Cf. Commentaire pratique, op. cit., p. 105, n° 25; par exemple, par une convention du 26 mai 1965, l'Etat belge a confié à la S.T.I.B. la direction générale de l'étude et de l'exécution du réseau d'ouvrages d'infrastructure des transports urbains, de même que la passation des marchés pour compte et aux frais de l'Etat.

(32) Cf. notam. GANSHOF van der MEERSCH, Conclusions précédant Cass., 22 octobre 1970, *Paç.*, 1971, I, p. 144-167.

(33) Cf. notam. S. REGOURD, "Le service public et la doctrine: pour un plaidoyer dans le procès en cours", *Rev. de droit public*, 1987, p. 5 et s.; J.B. GEFROY, "Service public et prérogatives de puissance publique. Réflexions sur les déboires d'un couple célèbre", *Rev. de droit public*, 1987, p. 49 et s.

(34) *M.B.*, 27 mars 1991, p. 6155.

(35) D. DEOM, "La réforme des entreprises publiques", *L'Année de la consommation* 1990, p. 155.

