

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Marchés publics d'informatique 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.)-(1re partie)

Montero, Etienne

Published in:

Droit de l'Informatique et des Télécoms

Publication date:

1992

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Montero, E 1992, 'Marchés publics d'informatique 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.)-(1re partie)', *Droit de l'Informatique et des Télécoms*, numéro 1, pp. 57-62.

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.

3. Les exceptions prévues aux paragraphes 1 et 2 concernent l'objet de protection cité à l'article 5 et sont sans préjudice des droits qui subsistent dans les oeuvres ou matières contenues dans la base de données.

Article 7 - Exceptions aux actes soumis à restrictions relatifs au droit d'auteur dans le contenu de la base de données

1. Les Etats membres appliquent les mêmes exceptions au droit d'auteur et aux autres droits exclusifs de l'auteur quant au contenu d'une base de données que celles qui sont appliquées dans la législation des Etats membres à ces oeuvres ou ces matières en ce qui concerne le droit de citation et les illustrations à des fins d'enseignement pour autant que ces utilisations soient conformes aux bons usages.

2. Si la législation des Etats membres ou les dispositions contractuelles conclues avec le titulaire du droit permettent à l'utilisateur d'une base de données d'effectuer certains actes qui sont autorisés en dérogation aux droits exclusifs de l'auteur sur le contenu d'une base de données, l'exécution de ces actes ne constitue pas une violation du droit d'auteur dans la base de données elle-même prévue à l'article 5.

Article 8 - Actes soumis à restriction concernant le contenu d'une base de données - Droit d'empêcher l'extraction déloyale du contenu

1. Nonobstant le droit prévu à l'article 2 parag. 5 d'interdire l'extraction et la réutilisation non autorisées du contenu de la base de données, si les oeuvres ou les matières contenues dans une base de données rendue accessible au public ne peuvent être créées, rassemblées ou obtenues d'une autre source, le droit d'extraction et de réutilisation de tout ou partie des oeuvres en matières contenues à des fins commerciales devra faire l'objet de licences à des conditions équitables et non discriminatoires.

2. Des licences doivent également être accordées sous des conditions équitables et non discriminatoires permettant d'extraire et de réutiliser le contenu d'une base de données si celle-ci est rendue accessible au public par une autorité publique qui est établie aux fins de rassembler et de disséminer l'information soit en vertu de dispositions législatives ou réglementaires, soit en vertu d'une obligation générale de disséminer l'information.

3. Les Etats membres prévoient des mesures d'arbitrage appropriées entre les parties concernant de telles licences.

4. L'utilisateur légitime d'une base de données peut, sans autorisation du producteur de la base, extraire et réutiliser des parties non substantielles ou de matières d'une base de données à des fins commerciales pour autant qu'il indique la source.

5. L'utilisateur légitime d'une base de données peut, sans autorisation du producteur de la base de données, et sans indiquer la source, extraire et réutiliser des parties non substantielles d'oeuvres ou de matières tirées de cette base de données pour son usage privé et personnel.

6. Les dispositions de cet article s'appliquent seulement dans la mesure où l'extraction et la réutilisation ne sont pas en conflit avec des droits ou des obligations existants, notamment en ce qui concerne la législation ou les engagements internationaux des Etats membres ou de la Communauté concernant la protection des données personnelles, le respect de la vie privée, la sécurité ou la confidentialité.

Article 9 - Durée de protection

1. La durée de protection de la base de données par le droit d'auteur sera celle prévue pour les oeuvres littéraires, sans préjudice à une harmonisation communautaire éventuelle de la durée de protection du droit d'auteur ou des droits voisins.

2. Des modifications non substantielles au choix ou à la disposition du contenu d'une base de données ne font pas courir un nouveau délai de protection de la base.

3. Le droit d'empêcher l'extraction déloyale du contenu d'une base de données dure à partir de sa création jusqu'à une période de dix ans à compter de la date à laquelle la base de données est licitement rendue accessible au public pour la première fois. La durée de protection accordée en vertu de ce paragraphe est calculée à partir du 1er janvier de l'année qui suit la première mise à disposition de la base de données.

4. Des modifications non substantielles au contenu d'une base de données ne font pas courir un nouveau délai de protection de la base par le droit d'empêcher l'extraction déloyale du contenu.

Article 10 - Sanctions

Les Etats membres prévoient des sanctions appropriées contre la violation des droits prévus par la présente Directive.

Article 11 - Bénéficiaires du droit d'empêcher l'extraction déloyale du contenu d'une base de données

1. La protection prévue par la présente

Directive au contenu d'une base de données contre l'extraction ou la réutilisation déloyale est accordée aux bases de données dont le créateur est ressortissant de la Communauté ou a sa résidence habituelle dans un des Etats membres de la Communauté.

2. Lorsque les bases de données sont créées dans les conditions prévues à l'article 3 parag. 4 de la présente Directive, l'article 11 parag. 1 s'applique également aux sociétés et aux entreprises constituées en conformité avec la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté. Si une société ou entreprise constituée en conformité avec la législation d'un Etat membre n'a que son siège statutaire sur le territoire de la Communauté, ses opérations doivent avoir un lien réel et continu avec l'économie d'un Etat membre.

3. Les accords étendant le droit contre l'extraction déloyale pour la protection du contenu de bases de données créées dans des pays tiers et qui ne sont pas couvertes par les dispositions des paragraphes 1 et 2, sont conclus par le Conseil sur proposition de la Commission. La durée de protection accordée aux bases de données en vertu de cette procédure ne dépasse pas celle prévue à l'article 9 parag. 3 de la présente Directive.

Article 12 - Maintien d'autres dispositions

1. Les dispositions de la présente Directive n'affectent pas le droit d'auteur ou d'autres droits subsistants dans les oeuvres ou les matières incorporées dans une base de données, ni les autres dispositions légales concernant notamment les brevets, les marques, les dessins et modèles, la concurrence déloyale, le secret des affaires, la confidentialité, la protection des données personnelles et le respect de la vie privée ou le droit des contrats applicable à la base de données et à son contenu.

2. Les dispositions de la présente Directive sont également applicables aux bases de données créées avant l'entrée en vigueur de la présente Directive, sans préjudice des actes conclus et des droits acquis avant cette date.

Article 13 - Dispositions finales

1. Etats membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive avant le 1er janvier 1993.

Lorsque les Etats membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une réf-

rence à la présente Directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les Etats membres.

2. Les Etats membres communiquent à la Commission le texte des dispositions de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente Directive.

Article 14

Les Etats membres sont destinataires de la présente Directive.

Marchés publics d'informatique 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)

Résumé. L'emprise exercée par les pouvoirs publics sur le secteur public de l'informatique fait l'objet de vives critiques dans divers pays européens. La question d'une saine concurrence entre firmes privées et entreprises "contrôlées" par le secteur public est posée. Les contraintes inhérentes aux réglementations des marchés publics sont fréquemment mises en cause.

Dans ce contexte, l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 5 décembre 1989 est significatif. La Cour se montre soucieuse de contribuer à la suppression des obstacles à une véritable ouverture des commandes publiques à la concurrence européenne. L'arrêt commenté opte résolument pour une interprétation extensive et une application décidée des directives "marchés publics" en vigueur.

Summary. The control exercised by the authorities on the public data sector is strongly criticised in several European countries. It gives rise to the question of healthy competition between private firms and "controlled" companies in the public sector. The constraints arising from public procurement regulations are often cited.

In this context, the decision rendered by the Court of justice of the European Communities on 5th December 1989 is significant. The Court is anxious to move towards the dismantling of any barriers to European competition and thereby

provoke a real liberalisation of public contract. The above decision places the Court firmly in favour of a broad interpretation and proper application of the existing public procurement directives.

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 (1). 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.

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'ASBL 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 prépondérants 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 "parapubliques" 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 prépa-

rer, 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 "écramer" 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 (2) - 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 pas par ailleurs 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 ou de réglementation des marchés publics.

Enfin, notons encore que l'absence de statut spécifique pour les informaticiens de la fonction publique 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 (6).

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 (7). 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 "réservier 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 CEE, 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 CEE 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 oeuvre 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 d'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".

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 avantageées par rapport aux sociétés étrangères mais toutes les sociétés avantageées 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

certaines 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 l'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 juridiques 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. Il existe 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 CEE 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 étrangères à l'exercice de l'autorité publique.

(à suivre)

Etienne MONTERO

Assistant au Centre de Recherches
Informatique et Droit (CRID)
Facultés Universitaires
Notre-Dame de la Paix (Namur)

(* Cet article a déjà été publié dans la revue belge *L'Entreprise et le Droit*, n° 1/92, p. 17 à 28.

(1) Pour un examen de la situation belge du 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 juridiques 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. Il existe 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).

(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 légalement 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 CRID 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", *APT*, 1979-1980, p. 199-226 ; "Les marchés informatiques des pouvoirs publics", *Entr. et Dr.*, 4, 1985, p. 270-290.

(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. Maisi, *Droit de l'informatique et des télécommunications*, Li-

tec, Paris, 1989, p. 49, n° 61 ; voy. aussi en particulier : E. de Cannart d'Amale, "Le devoir de conseil du fournisseur en informatique", *RDCB*, 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.

(6) Pour plus de détails concernant la situation belge, voy. notre étude déjà citée : *L'informatisation des pouvoirs publics : monopoles ou libre concurrence ?*

(7) Dans notre étude précitée, nous examinons également la situation de l'informatique publique en Belgique au regard des principes qui gouvernent le droit public économique : les principes de liberté du commerce et de l'industrie, de légalité, de spécialité et d'égalité.

(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. Inasti*, 143/87 et (affaires jointes) *Inasti/Wolf, NV Microtherm Europe/Dorchain et PVB A. Almare*.

(9) V. J. Hoorens, *Les contrats de développement de logiciel sur mesure*, Story-Scientia, Bruxelles, 1986, p. 165-166, p. 182 ; *Infopre*, *Les contrats de prestations intellectuelles en informatique*, Guide de l'utilisateur, Ceise, 1982, p. 121-123 ; X. Linont de Bellefonds et A. Hollande, *Droit de l'informatique*, Masson, 1984, p. 60-62 ; p. 173-174.

(10) 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 logiciel : 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 originaire 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 deman-

des nouvelles : le besoin d'obtenir la connexion du système à un réseau existant, une accélération dans l'écriture du logiciel 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.

(11) V. l'arrêt *Reyners* 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".

UK, fraude informatique : computer misuse and unauthorised access

Background

The Computer Misuse Act ('The Act') described as "an Act to make provision for securing computer material against unauthorised access or modification ; and for connected purposes," came into force on 29th August 1990 (as discussed in 1990-4 issue p. 81) created three major new offences :

Section 1. "Unauthorised access to computer material". This offence is designed to criminalise the activity of computer "hacking". The offence is drafted to cover the "outside" hacker, i.e. a person working from a distance who endeavours to gain access to a programme or data held in a computer and the "insider" hacker, e.g. an employee who may have limited authorisation to use a computer but knowingly exceeds that authority. Under the Act, "Access of any kind by any person to any programme or data held in a computer is unauthorised if -

(a) he is not himself entitled to control access of the kind in question to the programme or data ; and

(b) he does not have consent to access by him of the kind in question to the programme or data from any person who is so entitled."

Section 2 : "Unauthorised access with intent to commit or facilitate the commission of

further offences". This is an aggravated form of Section 1 in that it consists of the commission of conduct sufficient to establish the first offence, together with an intention to commit or facilitate the commission of one of a range of further more serious offences, e.g. A person gains unauthorised access to computer material in order to commit theft by redirecting funds to his own bank account or to obtain confidential material for the perpetration of blackmail.

Section 3 : "Unauthorised modification of computer material". This offence is designed to cover cases of deliberate erasure or corruption of programmes or data including the introduction of a "virus" or "worm" into the computer.

The importance of this area of law in relation to the European perspective is clear (as discussed in 1990/4 issue) in the light of the Guidelines issued by the Council of Europe Committee which stated the necessity for a uniform European criminal policy in legislating for computer crime.

Recent Development

Two recent cases (including the first to be heard under the Act) involving unauthorised access to computers have revealed a divergence of judicial approaches.

A decision in July 1991 was the first criminal prosecution under Section 2 of the Act which, if upheld on appeal, will severely limit the Act's application and has caused great concern amongst those involved in anti-hacking legislation.

The defendant was a former employee who visited the premises of his erstwhile employer to purchase equipment and allegedly committed the offence when he accessed his employer's computerised till to secure a 70 % discount to be entered against his sale invoice. He pleaded not guilty to two counts, in particular, of securing unauthorised access to a computer with the intention of entering a false account, contrary to Section 2 of the 1990 Act. The judge ruled that the purpose of Section 1 was to criminalise the practice of hacking which, generally speaking, means using one computer to obtain access to a second computer or other remote systems and that the offence under Section 1 "causing a computer to perform any function" does not occur when only one computer or system was involved. This restrictive interpretation imposes restrictions on the legislation which were not intended by the Law Commission. Computer misuse (as contemplated by the Law Commission) does not necessarily involve more than one computer.