

PARTIE V

L'IRRUPTION DU LOGICIEL LIBRE DANS LE SECTEUR PUBLIC. A LA DÉCOUVERTE D'UNE ACTUALITÉ FORT ANCIENNE

David DE ROY

INTRODUCTION

305. Les contributions à caractère général présentées dans cet ouvrage ont fort utilement situé les repères du droit commun au regard desquels pouvaient être observés la vogue, les pratiques, les conceptions, voire même les idéaux, du « libre ».

Au cœur du débat auquel invitent la communauté du libre et, par réaction, ses détracteurs, s'inscrit un thème particulier, celui de la diffusion du logiciel libre dans le secteur public. A ce propos, deux questions surgissent immédiatement : quel attrait peuvent présenter l'utilisation et la diffusion de logiciels libres dans le secteur public ? Cet idéal sera-t-il exclusivement servi par le logiciel libre ou peut-il l'être par les pratiques traditionnelles de marchés publics informatiques ? C'est principalement autour de ces deux questions que sera articulée la présente contribution. La première partie nous offrira l'occasion de présenter brièvement les enjeux auxquels est si intimement associée l'utilisation de logiciels libres, au point que certains aient estimé utile de légiférer pour contraindre les autorités publiques à conformer leurs politiques d'achats et d'équipements informatiques à cette nouvelle donne. Dans la seconde partie, nous essaierons d'identifier quelques-uns des traits caractéristiques du régime juridique de l'acquisition et de l'utilisation de logiciels libres par les pouvoirs publics ; cet aperçu, sans doute largement incomplet, nous amènera, au hasard de certaines des questions examinées, à évaluer l'originalité des solutions proposées par le modèle du logiciel libre, au regard des ressources que l'application de la législation relative aux marchés publics permet d'offrir depuis bien longtemps.

CHAPITRE 1 : ENJEUX ET ATTRAIT DU RECOURS AU LOGICIEL LIBRE

306. Divers arguments ont été avancés pour faire reconnaître l'intérêt (voire même la nécessité) d'un recours au logiciels libres. Sans prendre ici le parti d'adhérer à ces thèses ou d'exprimer quelque méfiance à leur égard, on identifiera brièvement les facteurs qui peuvent justifier un certain engouement pour le modèle du libre. On se demandera également si ces arguments suffisent à contraindre l'utilisation exclusive de logiciels libres par les pouvoirs publics.

Section 1 : L'accessibilité du logiciel

307. Un logiciel peut être affecté au soutien d'activités se traduisant par des échanges entre les administrations, d'une part, et les citoyens et entreprises, d'autre part. Par conséquent, il s'avérera utile⁴⁷⁶, voire nécessaire⁴⁷⁷, que les parties concernées disposent toutes d'instruments identiques ou, à tout le moins, compatibles.

Dès lors que certains logiciels présentent des configurations très spécifiques et, pour cette raison, ne font pas l'objet d'une importante distribution sur le marché⁴⁷⁸, il s'impose que le pouvoir public en assure une diffusion suffisante parmi les usagers concernés. A cet égard, la licence de logiciel libre offre – on l'a signalé précédemment (*supra*, n° 304) – un cadre juridique approprié.

⁴⁷⁶ Ainsi a-t-il été soutenu que la fiabilité d'un système de vote électronique mis en œuvre lors d'élections passe notamment par une transparence des procédures mises en places et des instruments informatiques utilisés. Cette exigence suppose que les logiciels soient accessibles aux électeurs, ce qui se traduit notamment par la possibilité d'une diffusion large du code source. Cf. à ce propos, C.E., arrêt n° 95.677 du 21 mai 2001, *Antoun c/ E.B.*

⁴⁷⁷ Tel sera, par exemple, le cas lorsqu'un pouvoir adjudicateur souhaite dématérialiser les procédures liées à l'attribution d'un marché public ; il est probable que, pour réaliser cet objectif, le pouvoir adjudicateur doive mettre à disposition des opérateurs économiques intéressés des logiciels qui leur permettront d'établir et d'échanger certains documents.

⁴⁷⁸ Ou, du moins, d'une distribution telle qu'ils puissent être acquis à des conditions relativement acceptables par les publics concernés.

Section 2 : Une plus grande diffusion au sein d'un groupe d'utilisateurs

308. Dans un ordre d'idées assez proche des considérations qui précèdent, on notera que certains logiciels ont vocation à satisfaire des besoins éprouvés par un nombre parfois considérable d'entités et d'utilisateurs qui, par ailleurs, ne peuvent toujours être aisément identifiés au préalable. Ainsi peut-il en être, par exemple, d'un logiciel de comptabilisation des engagements budgétaires d'une Communauté ou d'une Région, qui doit être accessible (du moins, en consultation) à un nombre élevé d'agents des départements concernés ; ce nombre d'utilisateurs peut augmenter au fil du temps d'exploitation du logiciel ; les conditions d'utilisation de celui-ci devront donc répondre à un impératif de souplesse. Un autre exemple serait celui d'un logiciel de gestion des procédures dématérialisées de marchés, qui aurait vocation à être utilisé par un ensemble de pouvoirs adjudicateurs éprouvant des besoins similaires⁴⁷⁹.

Ici encore, comme en témoignent ces deux exemples, la nécessité d'une diffusion large et conçue avec souplesse paraît s'accommoder des solutions qu'offre le recours au logiciel libre.

Section 3 : La pérennité de la solution informatique

309. Dès lors que l'utilisation et la diffusion sous licence libre garantissent généralement l'accès aux sources du logiciel, l'utilisateur pourra assurer la maintenance et les développements ultérieurs par ses soins ou grâce à l'intervention d'un prestataire, qui ne sera pas nécessairement le donneur de licence ou le concepteur du logiciel. L'utilisateur évite ainsi une situation de dépendance à l'égard de ce concepteur, situation qui peut s'avérer préjudiciable notamment en cas de défaillance de ce dernier⁴⁸⁰.

⁴⁷⁹ On pourrait alors imaginer que ce logiciel soit développé, soit par l'administration régionale chargée de la tutelle sur les pouvoirs locaux au profit des communes, provinces et intercommunales, soit par un organisme para-régional compétent en matière de nouvelles technologies de l'information et de la communication, au profit de cet ensemble d'utilisateurs que seraient les pouvoirs adjudicateurs.

⁴⁸⁰ On se souviendra, à cet égard, de la mésaventure connue par de nombreuses communes à la suite de la déclaration de faillite d'un prestataire de services qui avait conçu leur logiciel de comptabilité, logiciel dont la maintenance ne pouvait plus être assurée dès lors que l'accès au code source n'avait pas été ménagé aux utilisateurs (E. WERY, « La faillite d'un fournisseur informatique met en péril la continuité du service public », www.droit-technologie.org)

Section 4 : Le véritable enjeu

310. Ainsi que l'observateur aura déjà pu le percevoir, la spécificité du logiciel libre tient moins à ses caractéristiques techniques et fonctionnelles qu'au régime juridique de son utilisation (*supra* n° 30 *in fine*). C'est dans la définition de droits et obligations originaux⁴⁸¹ que réside l'attrait de la diffusion sous licence libre. Cela étant, et au risque d'altérer l'enthousiasme ambiant, on observera que les modalités d'accès aux sources du logiciel et les garanties de pouvoir assurer une large diffusion de celui-ci peuvent être offertes par les instruments juridiques « traditionnels » d'utilisation des logiciels, sans qu'il faille nécessairement recourir à une licence libre. Dans un système juridique caractérisé par les principes d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle, rien n'exclut – même si cela ne correspond pas à la pratique la plus largement répandue⁴⁸² – que soient insérées dans une licence de logiciel propriétaire des clauses permettant de rencontrer les préoccupations rappelées ci-dessus. C'est ici que les rapports de force entre les opérateurs économiques et pouvoirs adjudicateurs concernés trouveront probablement un lieu d'expression idéal.

311. Dès lors que le véritable enjeu du recours au logiciel libre réside dans la recherche de conditions d'utilisation de logiciels, qui répondent aux attentes des pouvoirs adjudicateurs, l'observateur comprendra aisément que la présente contribution n'a nullement pour objet d'amener à prendre position en faveur de ou contre l'utilisation de logiciels libres dans le secteur public ; tout au plus, vise-t-elle à faire état de quelques éléments d'information ou de réflexion qui permettront – du moins, peut-on l'espérer – aux pouvoirs adjudicateurs d'intégrer dans leurs pratiques d'achat et de développement de logiciels quelques-unes des caractéristiques contribuant aujourd'hui à assurer un certain attrait du modèle « libre ».

Section 5 : Faut-il contraindre les pouvoirs publics à utiliser des logiciels libres ?

312. La définition de conditions et modalités optimales d'utilisation de logiciels relève de la plus élémentaire des préoccupations de bonne gestion qui doit animer une autorité publique ; à ce titre, ce souci relève de toute évidence des composantes de l'« intérêt général » dont cette autorité publique est le dépositaire, voire même le promoteur. Il n'est donc pas surprenant que soit

⁴⁸¹ Au regard des pratiques ordinaires.

⁴⁸² Surtout pour les « progiciels » ou logiciels standard.

entretenu, depuis quelque temps, une réflexion sur l'opportunité de contraindre les pouvoirs publics à l'utilisation systématique de logiciels libres.

313. Nous ne nous attarderons pas longuement, dans le cadre de la présente contribution, sur ce débat qui a déjà retenu notre attention par ailleurs⁴⁸³ : relevant alors que le recours à la contrainte par voie législative pouvait se heurter à certaines objections, notamment d'ordre constitutionnel, et ne correspondait pas à la nécessaire individualisation des conditions de chaque marché public, particulièrement en matière informatique, nous avons alors suggéré l'existence de voies alternatives dans lesquelles pourrait être engagée une meilleure gestion des marchés publics informatiques ; au-delà des termes très généraux en lesquels nous avons décrit ces alternatives, on relèvera dès à présent que cette meilleure gestion des marchés publics informatiques passe notamment par la définition de clauses, dans les cahiers spéciaux de charges, qui permettent de rencontrer les préoccupations d'accessibilité et de pérennité exprimées par les auteurs des propositions déposées récemment en cette matière. L'intérêt que représentent précisément le choix et l'insertion de telles clauses sera souligné à de nombreuses reprises dans les développements qui suivent.

CHAPITRE 2 : RÉGIME JURIDIQUE DE L'UTILISATION DE LOGICIELS LIBRES PAR LES POUVOIRS PUBLICS

314. La pratique du recours au logiciel libre incite à en situer l'examen dans une perspective dynamique : le logiciel que j'utilise a un passé qui me tient plus ou moins éloigné de son concepteur, tandis que par l'utilisation que j'en ai et celle qu'en auront, à ma suite, d'autres utilisateurs, un certain avenir lui est assuré. Au risque de se laisser surprendre par le jeu d'analyses aussi grossières que réductrices, on serait rapidement tenté de voir dans le logiciel libre un « organisme vivant », bien plus qu'un produit à vocation économique. Cette dimension évolutive du logiciel domine également le débat relatif à son utilisation dans le secteur public, puisque – comme on l'a souligné – l'un des enjeux pris en considération est précisément celui de la diffusion du logiciel parmi plusieurs générations d'utilisateurs.

Ces considérations sans doute quelque peu éthérées justifient que, dans l'étude du régime juridique de l'utilisation de logiciels libres par les pouvoirs publics, il

⁴⁸³ D. DE ROY, « L'utilisation des logiciels libres par les pouvoirs publics. Réflexions sur quelques propositions récentes », 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, disponible à l'adresse http://www.droit-technologie.org/2_1.asp?dossier_id=134

faillie distinguer deux phases : pour faire simple⁴⁸⁴, si l'on identifie comme référence l'acquisition ou le développement d'un logiciel libre, on considérera, en amont, les conditions, circonstances et étapes d'acquisition, de conception ou de développement de ce logiciel ; en aval, les modalités d'utilisation de ce logiciel, particulièrement lorsque celle-ci recouvre leur diffusion auprès d'utilisateurs « tiers », tels que d'autres pouvoirs publics ou des usagers de service public (personnes physiques, entreprises, associations, ...). Pour chacune de ces deux phases, nous examinerons l'applicabilité des législations relatives aux marchés publics et au commerce électronique, ainsi que des licences de logiciels libres⁴⁸⁵.

Avant de tenter de caractériser le régime juridique propre à chacune de ces deux phases, il nous a semblé indispensable d'identifier quelques hypothèses d'acquisition et de développement d'un logiciel par une autorité publique.

Section 1 : Hypothèses d'acquisition et de développement d'un logiciel

315. L'utilisation de logiciels libres par les pouvoirs publics n'est pas soumise à un régime juridique monolithique⁴⁸⁶ : celui-ci est déterminé, particulièrement en ce qui concerne l'applicabilité de la législation relative aux marchés publics, selon les circonstances dans lesquelles une solution informatique fait appel à des (composantes de) logiciels libres.

Eu égard à l'approche nécessairement contingente que cette situation impose d'envisager, il nous a paru utile d'identifier certaines hypothèses dans lesquelles une autorité fera, ou non, reposer (totalement ou partiellement) sur des logiciels libres la recherche et la commande de solutions informatiques requises par les nécessités de son fonctionnement ou l'accomplissement des missions qui lui sont dévolues.

Huit hypothèses ont ainsi été identifiées⁴⁸⁷ :

⁴⁸⁴ Il est évident que toutes les solutions informatiques reposant sur l'utilisation de logiciels libres ne sauraient correspondre à la vision linéaire et simple que nous prétendons offrir dans la présente contribution.

⁴⁸⁵ S'agissant de la phase située en amont, l'applicabilité des licences de logiciel libre sera envisagée simultanément aux développements consacrés à la législation relative aux marchés publics, à raison de la nécessaire articulation entre les deux instruments contractuels que sont cette licence et le cahier spécial des charges.

⁴⁸⁶ A l'instar de l'utilisation de tout autre logiciel, d'ailleurs.

⁴⁸⁷ L'admissibilité de ces hypothèses au regard du droit des marchés publics n'est nullement envisagée à ce stade ; elle sera, le cas échéant, éprouvée ultérieurement, au fil des

- Une personne publique acquiert gratuitement un logiciel libre que ses agents utiliseront sans qu'aucune adaptation soit requise (hyp. n° 1). Cette acquisition peut également être faite à titre onéreux (hyp. n° 2).
- L'acquisition du logiciel libre, à titre gratuit (hyp. n° 3) ou onéreux (hyp. n° 4), devra être suivie d'une adaptation de ce logiciel, pour répondre aux besoins spécifiques éprouvés par la personne publique. Cette adaptation sera assurée par la personne publique, en régie (à savoir à l'intervention des membres du personnel affectés à la gestion des moyens informatiques)⁴⁸⁸.
- L'adaptation du logiciel libre acquis à titre gratuit (hyp. n° 5) ou onéreux (hyp. n° 6) sera assurée par un tiers prestataire de services dans le cadre d'un contrat passé à titre onéreux⁴⁸⁹ avec la personne publique.
- Un prestataire de services se voit commander le développement d'une solution informatique pour laquelle la personne publique lui impose de recourir à un logiciel libre (hyp. n° 7) dont il assurera l'adaptation⁴⁹⁰.
- Un prestataire de services se voit commander le développement d'une solution informatique qui, à sa meilleure convenance, reposera, ou non, sur l'utilisation de composants de logiciels libres, mais en sachant cependant que le résultat de sa prestation sera ultérieurement utilisé suivant des modalités caractéristiques du modèle du « libre » (hyp. n° 8) ; ainsi, par exemple, la personne publique se ménage-t-elle la possibilité d'accéder au code-source du logiciel et de faire bénéficier largement de celui-ci de nombreux utilisateurs.

316. Cet aperçu appelle d'emblée quelques observations :

développements consacrés à l'application de cette législation régissant la commande publique.

⁴⁸⁸ A cette hypothèse d'adaptation du logiciel par les membres du personnel relevant de cette autorité doit être assimilé le cas de figure où les prestations sont assurées par un organisme de droit public doté d'une personnalité juridique distincte mais dont les modalités de fonctionnement sont telles qu'il est placé sous la dépendance économique et fonctionnelle de l'organisme au bénéfice duquel il effectue ces prestations, en manière telle qu'on ne peut pas véritablement parler de prestataire « tiers » et que, pour cette raison, les relations d'affaires entre les deux organismes ainsi concernés échapperont à l'application de la législation relative aux marchés publics (*infra*, n° 323). Sur cette technique, dite de « prestations *in house* », cf. not. D. DE ROY, « Les entreprises publiques, leurs filiales et la législation sur les marchés publics. Une première approche... », *Entr. Dr.*, 2001, p. 231-250, spéc. p. 244-246 ; Ph. TERNEYRE, « Vade-mecum sur les marchés publics *in house* », *Rec. Dalloz*, 2002, p. 669-670.

⁴⁸⁹ Le caractère onéreux est ici retenu à titre d'hypothèse, mais sera probablement rencontré dans l'immense majorité des cas.

⁴⁹⁰ Ce cas de figure est, à vrai dire, fort proche des hypothèses n° 5 et 6, dont elle ne se distingue que par la circonstance que le pouvoir public concerné n'a pas acquis un logiciel libre préalablement. Il semblerait que, dans la pratique, l'hypothèse n° 7 soit plus réaliste que les hypothèses n° 5 et 6.

- Les hypothèses décrites ne reflètent ni la très grande diversité des situations dans lesquelles des personnes publiques peuvent commander des services informatiques, ni les nombreuses modalités suivant lesquelles la gestion des besoins informatiques peut être appréhendée⁴⁹¹. Les situations imaginées ci-dessus l'ont été à titre purement exemplatif, de manière à illustrer, dans la suite de cette contribution, l'importance des questions que l'étude du régime juridique imposera de traiter.
- Telles qu'envisagées ci-dessus, ces hypothèses ne donnent qu'une vue partielle de l'utilisation de logiciels libres par les pouvoirs publics : elles ne permettent d'appréhender que la phase antérieure à (ou située en amont de) l'utilisation d'un logiciel libre (ou développé à partir de composants de logiciels libres). Ainsi que nous l'avons annoncé, l'étude du régime juridique contraindra à prendre également en considération une phase située en aval de la conception, de l'acquisition ou du développement du logiciel, c'est-à-dire lorsque l'utilisation du logiciel libre recouvre notamment sa diffusion auprès de tiers et qu'il convient dès lors d'identifier les droits et obligations respectifs des parties concernées. Nous avons toutefois estimé, pour les besoins de la présente contribution, que cette phase de diffusion ultérieure pouvait être caractérisée en termes généraux (utilisation par des tiers, publics ou privés) sans qu'il faille nécessairement la décliner suivant les nombreuses modalités en lesquelles elle pourrait être rencontrée. Pour cette raison, nous n'avons pas envisagé les hypothèses énumérées ci-dessus dans leur articulation avec cette phase située en aval ; celle-ci sera abordée ultérieurement en termes assez simples.

⁴⁹¹ Il relève d'ailleurs d'une « bonne gestion » de choisir des solutions « sur mesure », qui, par définition, résistent à toute tentative de recensement.

Section 2 : Les conditions d'acquisition, de conception et de développement de logiciels « libres »⁴⁹²

*Sous-section 1 : Législation relative aux marchés publics*⁴⁹³

§ 1. Législation relative aux marchés publics – Généralités

317. L'acquisition, le développement ou d'adaptation de logiciels (libres ou non) de même que la commande de services informatiques connexes s'inscrivent dans le cadre d'une relation contractuelle entre un « client » et un fournisseur ou un prestataire de services. Soumise, à première vue, aux règles civiles des obligations, en général, ou du droit des contrats spéciaux, en particulier, cette opération sera toutefois régie par une législation spécifique lorsque le client est une autorité publique⁴⁹⁴. Ce client, alors qualifié de « pouvoir adjudicateur », sera tenu de respecter la législation relative aux marchés publics, encadrant tant la formation que l'exécution des contrats relevant de la notion de « marché public » (*infra*, n^{os} 320-323).

318. La législation relative aux marchés publics, qui assure – en droit belge – la transposition de directives européennes⁴⁹⁵, se décline essentiellement en une

⁴⁹² Ce titre ne doit pas faire illusion : ainsi qu'a déjà pu le suggérer l'aperçu des hypothèses imaginées, il ne s'agit pas de considérer *a priori* que toute solution repose nécessairement sur l'utilisation de logiciels libres. Il n'est pas exclu de faire développer un logiciel indépendamment de toute référence au « libre », tout en ménageant les conditions d'une diffusion ultérieure correspondant aux caractéristiques du modèle libre (cf. not. hyp. n^o 8).

⁴⁹³ Sur la législation belge relative aux marchés publics, on se référera utilement aux contributions et ouvrages suivants : D. BATSELE, Ph. FLAMME et Ph. QUERTAINMONT, *Initiation aux marchés publics*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2001 ; C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachten. Klassieke sectoren*, Anvers, Maklu, 2001-2002 ; D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, 2^e éd., Bruges, Die Keure, 1997 ; M.-A. FLAMME, Ph. MATHEÏ, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et Cl. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6^e éd., Bruxelles, Confédération nationale de la Construction, 1996 (ci-après désigné *Commentaire pratique...*) ; P. THIEL, *Mémento des marchés publics*, 3^e éd., Bruxelles, Kluwer, 2003.

⁴⁹⁴ Nous recourons ici à l'expression « autorité publique » pour faire bref, tout en étant conscient de son caractère simpliste. Sur la notion, plus précise, de « pouvoir adjudicateur » et le champ d'application *ratione personae* de la législation relative aux marchés publics, cf. not. D. BATSELE, Ph. FLAMME et Ph. QUERTAINMONT, *op. cit.*, p. 53-64 ; *Commentaire pratique...*, t.1A, p. 84-99 ; 408-415 ; 461-464.

⁴⁹⁵ Directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (*J.O.C.E.*, L 209/1, 24 juillet 1992) ; directive 93/36/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (*J.O.C.E.*, L 199/1, 9 août 1993) ; directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics

loi « de base » du 24 décembre 1993⁴⁹⁶, et en arrêtés royaux d'exécution, qui régissent la passation⁴⁹⁷ ou l'exécution⁴⁹⁸ des marchés publics. S'agissant de l'exécution des marchés publics, il convient de relever que l'arrêté royal du 26 septembre 1996 est prolongé, en annexe, par un cahier général des charges qui, avec le cahier spécial des charges, et, éventuellement, d'autres documents, précisent les règles et conditions d'exécution d'un marché⁴⁹⁹. Cette législation relative aux marchés publics sera, plus que probablement, appelée à évoluer, sous l'effet de nouvelles directives récemment adoptées en cette matière⁵⁰⁰.

319. Pour faire bref, on retiendra que la législation relative aux marchés publics vise à assortir la formation et l'exécution de certains contrats que sont ces marchés publics, de formalités répondant à deux préoccupations : d'une part, l'égalité des « opérateurs économiques »⁵⁰¹ dans l'accès à cette manne providentielle que représente la commande publique ; d'autre part, la sauvegarde des intérêts financiers, économiques ou opérationnels du pouvoir adjudicateur, lesquels – eu égard au caractère « public » de ce client – s'identifient généralement avec l'intérêt général, ou n'en sont jamais très éloignés. Ces deux idéaux sont servis par des mécanismes et procédures dont la législation relative aux marchés publics établit le principe et fixe les modalités de mise en œuvre ; ainsi en est-il, par exemple, de la transparence des opérations, de l'objectivation

de travaux (*J.O.C.E.*, L 199/54, 9 août 1993); directive 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (*J.O.C.E.*, L 199/84, 9 août 1993). Ces directives ont fait l'objet de diverses modifications.

⁴⁹⁶ Loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

⁴⁹⁷ Arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de service et aux concessions de travaux publics ; arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications; arrêté royal du 18 juin 1996 relatif à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

⁴⁹⁸ Arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics.

⁴⁹⁹ Arrêté royal du 26 septembre 1996, art. 2 ; cf. également D. BATSELE, Ph. FLAMME et Ph. QUERTAINMONT, *op. cit.*, p.205-208.

⁵⁰⁰ Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux ; Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (publiées au *J.O.U.E.* L 134 du 30 avril 2004).

⁵⁰¹ L'expression générique « opérateurs économiques » permet, dans un souci de simplification, de viser aussi bien les entrepreneurs ou les fournisseurs que les prestataires de services ; elle est diffusée notamment par la directive 2004/18 (référéncée ci-avant, note 500).

de l'examen des candidatures et/ou offres, ou encore de l'interdiction de recourir – particulièrement dans les conditions « techniques » du marché – à des spécifications qui auraient pour effet d'écartier automatiquement de l'accès au marché certains opérateurs économiques.

§ 2. *Législation relative aux marchés publics – applicabilité*

A. Applicabilité de la loi du 24 décembre 1993 – Notion de « marché public »

320. L'applicabilité de la législation relative aux marchés publics dépendra notamment⁵⁰² de la qualification de l'opération concernée : l'acquisition et le développement de logiciels peuvent-ils être considérés comme relevant de la notion légale de « marché public » ?

321. Le législateur a reconnu, pour chaque catégorie de marchés que représentent respectivement les travaux, les fournitures et les services, une définition particulière ; les définitions font l'objet de l'article 5 de la loi du 24 décembre 1993 ; deux caractéristiques communes les rapprochent, auxquelles nous nous attarderons dans un premier temps : d'une part, le marché public y est décrit comme un contrat à titre onéreux ; d'autre part, les prestations qui en sont l'objet seront assurées par un tiers avec lequel contracte le pouvoir adjudicateur et qui, selon les cas, sera un entrepreneur, un fournisseur ou un prestataire de services.

322. Dans certains cas – on l'a vu – le logiciel libre peut être acquis à titre gratuit⁵⁰³ ; cette acquisition sera donc étrangère à la notion de « marché public » et échappera, par conséquent, à l'application de la législation y relative, puisque le marché public se laisse caractériser avant tout par son caractère onéreux.

323. De même, si le logiciel, acquis à titre gratuit ou onéreux, fait l'objet d'adaptations par les soins et à l'intervention de préposés du pouvoir adjudicateur ou d'entités intimement liées à celui-ci, le développement du

⁵⁰² Pour rappel, il faut également tenir compte du critère d'applicabilité *ratione personae* que conditionne la notion de « pouvoir adjudicateur » ; cf., à ce propos, les références citées à la note 494. Pour le surplus, les modalités d'application de cette législation peuvent être déterminées par des considérations tenant au montant estimé de la commande et à la nature des missions pour l'accomplissement desquelles la passation du marché est envisagée (cf. not. art. 1^{er} et 46 de la loi du 24 décembre 1993 ; D. DE ROY, « La notion d'entreprise publique dans le droit belge des marchés publics », *Entr.Dr.*, 2001, p. 17-19).

⁵⁰³ Hypothèses n^{os} 1, 3 et 5.

logiciel ne pourra – faute d’une (véritable) relation contractuelle entre le pouvoir public et une autre partie – être considéré comme un marché public⁵⁰⁴.

B. Applicabilité de la loi du 24 décembre 1993 et des arrêtés d’exécution – Travaux, fournitures ou services ?

324. La loi du 24 décembre 1993 ménage une distinction entre les marchés, selon qu’ils ont pour objet des travaux, des fournitures ou des services. Cette répartition en trois catégories mérite d’être d’autant plus soulignée qu’elle est à l’origine d’un régime juridique différencié : l’applicabilité de certaines règles – relatives tant à la passation qu’à l’exécution – est conditionnée par l’objet du marché et l’appartenance à l’une de ces trois catégories. Ceci explique l’importance que revêt une qualification du marché au regard des trois catégories précitées, là où – en droit commun – l’acquisition et l’utilisation de logiciels libres peuvent être envisagées dans des conditions telles qu’il soit permis de parler de « contrats innommés » (*supra*, n° 231) pour éviter les difficultés du recours aux figures bien connues du droit civil (vente, louage de chose ou d’ouvrage, ...) ⁵⁰⁵.

1) Les marchés publics d’acquisition de logiciels : généralités

325. La tentative de qualification des marchés publics d’acquisition de logiciels que nous proposons repose avant tout sur une lecture des définitions légales de chaque catégorie de marchés (1). Elle doit être prolongée par quelques éléments de réflexion qu’appellent, d’une part, les enseignements traditionnels en la matière (2) et, d’autre part, certaines évolutions (3).

a) Dispositions légales

326. Sans qu’il soit utile de s’y attarder longuement, la définition que donne l’article 5 de la loi, du *marché public de travaux* incite à en exclure assez rapidement les prestations informatiques auxquelles est consacrée la présente contribution ⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴ Hypothèses n°s 3 et 4.

⁵⁰⁵ Sans préjudice de ce qui sera dit de la pertinence d’une référence à ces contrats de droit civil (cf. *infra*, n° 333).

⁵⁰⁶ Le marché public de travaux est, en effet, défini comme étant le « contrat à titre onéreux conclu entre un entrepreneur et un pouvoir adjudicateur et ayant pour objet :

327. Le *marché public de fournitures* est, toujours selon l'article 5 précité, « le contrat à titre onéreux conclu entre un fournisseur et un pouvoir adjudicateur et ayant pour objet l'acquisition, par contrat d'achat ou d'entreprise, la location, la location-vente ou le crédit-bail, avec ou sans options d'achat, de produits. Ce contrat peut comporter à titre accessoire des travaux de pose et d'installation ». Les termes de cette définition suggèrent comment le législateur a évité d'enfermer la notion de « fournitures » dans une figure juridique bien déterminée (la vente, par exemple), préférant viser sous ce vocable toutes les hypothèses de mise à disposition de produits dans une finalité économique. Cette conception particulièrement large permettra, dans la mesure précisée ci-après (*supra*, n^{os} 331-332), de faire relever de la catégorie des « fournitures » l'acquisition d'un logiciel libre, même si, par ailleurs, la proximité avec le contrat de vente pouvait être sujette à controverse (*supra* n^o 220-225).

328. Le *marché public de services* est « le contrat à titre onéreux conclu entre un prestataire de services et un pouvoir adjudicateur et ayant pour objet des services visés dans l'annexe 2 de la loi »⁵⁰⁷. Cette annexe, vise, en regard de la catégorie A.7., les « Services informatiques et services connexes ». Une circulaire du Premier ministre, prise le 2 décembre 1997⁵⁰⁸, permet notamment d'identifier les prestations relevant de cette catégorie. Parmi les nombreux types de prestations ainsi visés par référence à la nomenclature CPC, on relèvera les « Services de consultation en matière d'installation des matériels informatiques », les « Services de réalisation de logiciels »⁵⁰⁹, les « Services de consultation en matière de systèmes et de logiciels », les « Services de

* soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception de travaux relatifs à une des activités visées à l'annexe 1 de la loi ou d'un ouvrage ;

* soit de faire réaliser par quelque moyen que ce soit un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur.

L'ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique ».

⁵⁰⁷ Cette disposition habilite, par ailleurs, le Roi à adapter l'annexe 2 de la loi selon les modifications apportées par la Commission des Communautés européennes aux services visés dans cette annexe.

⁵⁰⁸ M.B., 13 déc. 1997.

⁵⁰⁹ « Tous les services incluant des services de consultation en matière d'élaboration et de réalisation de logiciels. Le terme " logiciel " peut se définir comme le jeu d'instructions nécessaires pour faire fonctionner les ordinateurs et les faire communiquer entre eux. Plusieurs programmes différents peuvent être mis au point en vue d'applications spécifiques (logiciels d'application) et l'utilisateur peut soit utiliser des programmes standard immédiatement disponibles (logiciels standardisés), soit demander la mise au point de programmes spécifiques destinés à répondre à des besoins précis (logiciels personnalisés), soit recourir à une combinaison de ces deux types de programmes ».

conception de systèmes »⁵¹⁰, les « Services de maintenance de systèmes »⁵¹¹, la formation des membres du personnel du pouvoir adjudicateur ou, plus généralement, de toute entité utilisatrice...

b) L'enseignement traditionnel

329. Dès avant même l'adoption de ces dispositions, mais en s'inspirant de certains courants qui en étaient à l'origine, E. MONTERO proposait de retenir des qualifications différenciées d'acquisition de logiciels, selon chacune des trois catégories dont ceux-ci peuvent relever⁵¹² :

- la vente d'un *progiciel*⁵¹³ relève de la catégorie des marchés de fournitures ; la même solution doit être retenue pour le marché de licence de progiciel. Cette qualification s'imposerait dès lors que la prestation de l'opérateur économique est la « mise à disposition » du logiciel.
- Le développement d'un *logiciel sur mesure*⁵¹⁴ doit être qualifié de « marché de services ». « Le centre de l'opération est bien une prestation immatérielle : le développement et l'écriture du logiciel sur mesure. Le résultat de ce travail intellectuel est certes livré sous une forme tangible (disques, disquettes, bandes magnétiques...) mais le transfert du produit – du support – est ici aussi accessoire, et accidentel par rapport à l'effort intellectuel déployé »⁵¹⁵.
- La qualification de l'acquisition d'un *progiciel adapté* dépendra de l'importance relative des modifications appelées à affecter ce progiciel et, partant, de la part des prestations intellectuelles dans la valeur totale des prestations dont fait l'objet le marché : il s'agira donc, selon les cas, d'un marché de fournitures ou de services⁵¹⁶.

⁵¹⁰ « Les services de conception comprennent la recherche de solutions aux problèmes techniques en matière de méthodologie, d'assurance qualité, de choix des progiciels ou des nouvelles technologies, etc. »

⁵¹¹ « Les services de maintenance comprennent les services d'assistance technique et de consultations concernant les programmes en usage, la réécriture ou la modification de programmes ou de systèmes existants ainsi que la mise à jour de la documentation et des manuels relatifs aux logiciels. Entrent, également dans la présente classe, les travaux spécialisés comme les conversions ».

⁵¹² E. MONTERO, *Les marchés publics d'acquisition de logiciels. Guide juridique d'aide à la rédaction des cahiers des charges*, Cahiers du CRID, n° 5, Bruxelles, Kluwer, 1990, p. 4-10.

⁵¹³ Ou « logiciel standard ». « Standardisés avant d'être vendus, [ces progiciels] ont la particularité d'être distribués en grand nombre » (*Ibid.*, p. 4).

⁵¹⁴ « Les logiciels spécifiques ou logiciels sur mesure présentent [...] l'avantage d'avoir été développés spécialement pour satisfaire aux besoins propres de l'utilisateur [...] » (*Ibid.*, p.5).

⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 9.

⁵¹⁶ « Si le logiciel standard qui sert de base à l'élaboration du logiciel sur mesure est fourni moyennant une modification minimale, il y a marché de fournitures. Si par contre, le

330. Ces qualifications sont donc conditionnées par la proximité de chaque opération avec l'une des figures juridiques que constituent respectivement les contrats de vente ou d'entreprise (voire de louage de services). Pour séduisante qu'elle soit⁵¹⁷ (puisque reposant sur un critère dont la mise en œuvre est relativement commode⁵¹⁸), cette approche devrait – nous semble-t-il – être revue à la lumière des conceptions nouvelles véhiculées par la loi du 24 décembre 1993.

c) Vers une remise en cause ?

331. Dans les approches qu'elles préconisent des trois catégories de marchés publics, la loi du 24 décembre 1993 et les directives européennes dont elle assure la transposition ont fait prévaloir la dimension *économique* du marché sur ses caractéristiques *juridiques*. S'agissant, par exemple, des marchés de travaux ou de fournitures, c'est la « mise à disposition » (pour répondre à un besoin justifiant la commande) d'un ouvrage ou d'un produit qui est déterminante pour qualifier l'opération, tandis que sont indifférents les droits et obligations des parties au contrat, ou la nature des droits du pouvoir adjudicateur à l'égard de l'ouvrage ou du produit concerné⁵¹⁹. Dans cette perspective de qualification au regard des notions de « travaux », de « fournitures » ou de « services », le rapprochement avec les contrats spéciaux du droit civil ne s'impose plus à tout prix⁵²⁰. Pour cette raison, la référence à des prestations immatérielles, à l'exclusion de tout transfert « principal » d'un bien mobilier, ne paraît plus déterminante.

332. S'agissant des marchés ayant pour objet l'acquisition de logiciels, il ne paraît plus indiqué, au regard des considérations qui précèdent, de distinguer selon que sont en cause des progiciels, des logiciels sur mesure ou des progiciels adaptés : le but visé dans chaque cas sera la *mise à disposition* d'un logiciel, et ce, indépendamment de la catégorie dont il relève ; eu égard à l'importance que revêt ainsi cette mise à disposition, la qualification de *marché de fournitures*

développement du logiciel sur mesure suppose un travail important d'adaptation du progiciel de départ, il faut conclure à un marché de services » (*Ibid.*, p. 9).

⁵¹⁷ Ainsi qu'en témoigne notamment l'heureuse fortune qu'elle a connue (*Commentaire pratique...*, t.1A, p. 117 et t. 2 p. 799 et P. TEERLINCK, « Overheidsopdrachten inzake informatisering », *Entr. Dr.*, 2003, p. 9-11.).

⁵¹⁸ La « part de création » que comporte le marché.

⁵¹⁹ A cet égard, on se référera utilement à l'analyse que donnent des définitions concernées M.-A. et Ph. FLAMME, « La loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics : révolution ou européanisation ? », *J.T.*, 1994, p. 389-391.

⁵²⁰ Même si, comme on le verra ultérieurement, ce rapprochement reste nécessaire pour déterminer certains aspects du régime juridique des marchés, que ne gouvernent ni la loi du 24 décembre 1993, ni ses arrêtés d'exécution.

nous paraît devoir être retenue, quel que soit le volume de prestations (particulièrement intellectuelles) à charge de l'opérateur.

333. Pour le surplus, le mode de raisonnement proposé ne fera nullement obstacle à ce qu'il soit fait référence aux contrats du droit civil, là où certains aspects ne sont pas (suffisamment régis) par la législation (spécifique) des marchés publics⁵²¹.

2) Les marchés publics d'acquisition de logiciels : le cas des logiciels libres

334. Sur la base des développements qui précèdent, la qualification de « marché de fournitures » nous paraît devoir être retenue pour :

- l'acquisition d'un logiciel libre, sans adaptation ou développement ultérieurs (hyp. n°s 1 et 2) ;
- l'adaptation d'un logiciel libre « préexistant » aux besoins spécifiques du pouvoir adjudicateur (hyp. n°s 5, 6 et 7);
- la conception d'un logiciel dont les conditions d'utilisation répondront aux caractéristiques des licences de logiciel libre (hyp. n° 8).

La circonstance que puissent être prévues, à titre accessoire, des prestations de maintenance ou de formation⁵²² serait sans incidence sur cette qualification.

335. Par contre, si le marché a pour objet les seuls aspects de développement et de maintenance⁵²³, confiés dans un contrat distinct et à un autre prestataire, le (ou les) marché(s) considéré(s) pourra (pourront) être qualifié(s) de *marché(s) de services*.

C. Applicabilité du cahier général des charges et faculté de dérogation

1) Applicabilité du cahier général des charges

⁵²¹ Cf. not. ci-après, le régime des garanties (n°s 354-358).

⁵²² Lesquelles prestations peuvent, du reste, être considérées comme liées – du moins dans une certaine mesure – aux obligations d'un fournisseur : la maintenance relevant de l'obligation de garantie, tandis que la formation s'apparenterait au devoir de conseil.

⁵²³ Hypothèse envisageable si le fournisseur d'origine devient défaillant ou si le pouvoir adjudicateur souhaite s'assurer la collaboration d'un autre prestataire pour prévenir tout risque de dépendance économique, fonctionnelle ou technique à l'égard du fournisseur.

336. L'applicabilité du cahier général des charges sera essentiellement conditionnée par le montant estimé du marché que le pouvoir adjudicateur envisage de passer.

- Le cahier général des charges est applicable aux marchés dont le montant estimé (hors T.V.A.) est égal ou supérieur à 22.000 €⁵²⁴.
- Le cahier général des charges n'est pas applicable aux marchés dont le montant estimé (hors T.V.A.) est égal ou inférieur à 5.500 €⁵²⁵. Cette inapplicabilité permettra d'obvier aux difficultés que susciterait éventuellement l'articulation du cahier général des charges et de licence de logiciel libre⁵²⁶.
- Le cahier général des charges peut être rendu applicable totalement ou partiellement, en vertu du cahier spécial des charges aux marchés dont le montant estimé (hors T.V.A) est compris entre 5.500 et 22.000 € (hors T.V.A.)⁵²⁷. Ainsi qu'on l'imagine aisément, une décision du pouvoir adjudicateur sur l'applicabilité du cahier général des charges pourra, le cas échéant, être conditionnée par les impératifs liés aux effets d'une licence de logiciel libre.

337. Notant l'importance qu'attache l'arrêté royal du 26 septembre 1996 au « montant estimé » du marché, une observation nous paraît s'imposer, qui devra être réitérée aussi souvent que la législation relative aux marchés publics comporte une référence à cette notion de « montant estimé »⁵²⁸.

L'estimation du montant d'un marché représente généralement un exercice délicat, tant par ses enjeux qu'à raison des aléas qu'il comporte. La démarche se révélera encore plus périlleuse dans le cadre d'un marché informatique pour lequel des (éléments de) logiciels libres pourraient être utilisés ou, à tout le moins, mis dans la balance concurrentielle avec des logiciels propriétaires : dès lors que, pour certains marchés, le pouvoir adjudicateur laisse aux concurrents le choix des solutions que ceux-ci préconisent, la probabilité de rencontrer les

⁵²⁴ Arrêté royal du 26 septembre 1996, art. 3, § 1^{er}.

⁵²⁵ Arrêté royal du 26 septembre 1996, art. 3, § 3. Rien n'empêche cependant qu'un pouvoir adjudicateur choisisse d'en appliquer indirectement (c'est-à-dire par le cahier spécial des charges) les dispositions.

⁵²⁶ Le risque en est cependant très réduit (*infra*, n° 339).

⁵²⁷ Arrêté royal du 26 septembre 1996, art. 3, § 2. L'article 3, § 2, dispose toutefois, en la première phrase de son alinéa 2, que si le cahier spécial des charges « ne rend pas le cahier général des charges applicable dans son intégralité, les articles 10, § 2, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 30, § 2, 36 et 41 sont néanmoins d'application au marché considéré ».

⁵²⁸ Tel sera, par exemple, le cas lorsqu'il s'agit de déterminer l'importance de la publicité dont fait l'objet le marché (publicité européenne ou nationale) ou pour justifier le recours à une procédure négociée sans publicité préalable (loi du 24 décembre 1993, art.17, § 2, 1^o, a), et 39, § 2, 1^o, a)).

niveaux de prix peu comparables sera élevée. Ainsi, à l'instar de l'hypothèse n° 8, on imaginera que le pouvoir adjudicateur envisage d'inviter – dans le cadre d'un appel d'offres ou d'une procédure négociée – à faire offre pour un logiciel rencontrant des fonctionnalités précisément identifiées⁵²⁹ ; il laisse toutefois aux opérateurs économiques intéressés la possibilité de proposer un logiciel spécialement conçu pour l'occasion ou d'adapter aux besoins définis dans le cahier spécial des charges un logiciel libre préexistant. Il n'est pas exclu que les montants que laissent augurer ces deux cas de figure seront sensiblement différents. On sera naturellement enclin à encourager le pouvoir adjudicateur à retenir pour « montant estimé » l'estimation la plus élevée⁵³⁰ ; le réalisme conduira cependant à douter de l'efficacité d'un tel exercice d'estimation lorsqu'il se révèle à ce point aléatoire.

2) Faculté de dérogation

338. L'arrêté royal du 26 septembre 1996 reconnaît au pouvoir adjudicateur la faculté de déroger aux dispositions du cahier général des charges⁵³¹. Cette reconnaissance de principe est toutefois assortie de précisions (ou conditions). Avant tout, la faculté de dérogation ne peut être exercée que « dans la mesure rendue indispensable par les exigences particulières du marché » ; le pouvoir adjudicateur doit donc pouvoir démontrer l'utilité et la pertinence de cette dérogation, de même que son adéquation aux caractéristiques du marché. Ensuite, la liste des dispositions auxquelles il est dérogé doit figurer en tête du cahier spécial des charges. Enfin, les dérogations apportées à certaines dispositions du cahier général des charges, visées à l'article 3 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996, doivent faire l'objet d'une motivation formelle dans le cahier spécial des charges.

339. S'agissant de l'acquisition et/ou de l'adaptation de logiciels libres par les pouvoirs publics, l'intérêt de rappeler cette faculté de dérogation s'inscrit essentiellement dans la perspective de l'articulation entre le cahier spécial des charges et une licence d'utilisation de logiciel libre. Ainsi qu'il ressortira de exposés ultérieurs, les clauses du cahier général des charges susceptibles d'être directement confrontées aux mécanismes caractéristiques des licences d'utilisation des logiciels libres feront l'objet sans doute moins de dérogations que de prolongations (*infra* n^{os} 354 et 359).

⁵²⁹ On peut songer, par exemple, à l'enregistrement et au traitement des données relatives à la présence du personnel ou de visiteurs dans les locaux du pouvoir adjudicateur.

⁵³⁰ Les pratiques de sous-estimation inspirant généralement la suspicion !

⁵³¹ Art. 3, §1^{er}, al. 2.

§ 3. Législation relative aux marchés publics – Questions particulières

A. Référence au logiciel libre

340. La perspective de recours à un logiciel libre peut éveiller la méfiance, et ce, tant au regard du respect des principes d'égalité et de non-discrimination des opérateurs économiques devant les marchés publics, qu'à raison de l'interdiction de mentionner dans les clauses d'un marché des spécifications techniques limitant ou excluant le jeu normal de la concurrence. La référence à l'utilisation d'un logiciel libre, que contiendront éventuellement les documents du marché, peut donc se révéler très délicate. Pour apprécier l'admissibilité d'une telle référence, il nous paraît utile, dans un premier temps, de cerner la portée de l'interdiction de mentionner des spécifications techniques et, ensuite, d'en examiner l'incidence sur différentes hypothèses auxquelles le praticien peut être confronté.

1) Interdiction de mentionner des spécifications techniques

341. En vertu de l'article 85 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, « il est interdit d'introduire dans les clauses contractuelles propres à un marché déterminé, des spécifications techniques mentionnant des produits d'une fabrication ou d'une provenance déterminée, ou des procédés particuliers qui ont pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ». Il ne peut être dérogé à cette interdiction que si de telles spécifications sont justifiées par l'objet du marché⁵³² ou s'il n'est pas possible de donner une description de l'objet du marché au moyen de spécifications autres, suffisamment précises et intelligibles pour tous les intéressés ; dans ce dernier cas, l'indication de la spécification sera autorisée, pour autant qu'elle soit accompagnée de la mention « ou équivalent »⁵³³. La portée de cette interdiction de principe et des dérogation admises a été rappelée dans une circulaire du Premier ministre du 23 juin 2004⁵³⁴.

342. Eu égard à la définition des « spécifications techniques »⁵³⁵ et aux caractéristiques du logiciel libre⁵³⁶, rien n'exclut *a priori* que le cahier spécial

⁵³² Art. 85, al.1^{er}.

⁵³³ Art. 85, al.2.

⁵³⁴ M. B., 25 juin 2004.

⁵³⁵ Celles-ci sont définies à l'article 82, 1^o, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 comme étant « l'ensemble des prescriptions techniques contenues notamment dans les cahiers spéciaux des charges, définissant les caractéristiques requises d'un travail, d'un matériau, d'un produit, d'une fourniture ou d'un service et permettant de caractériser un travail, un matériau, un produit, une fourniture ou un service de manière telle qu'ils répondent à l'usage auquel ils sont destinés par le pouvoir adjudicateur. Ces caractéristiques incluent les niveaux de qualité ou de propriété d'emploi, la sécurité, les dimensions, y compris les prescriptions applicables

des charges contienne une référence au modèle du logiciel libre⁵³⁷; de même, rien ne s'oppose à ce que le cahier spécial des charges d'un marché ayant pour objet le développement d'un logiciel édicte des conditions d'utilisation du logiciel, plus proches du modèle libre que des licences « traditionnelles » d'utilisation de logiciel propriétaire; de telles clauses seront étrangères à la notion de « spécification technique »⁵³⁸ et, partant, à la méfiance qu'elle peut inspirer. Pour le reste, la contrainte qui pèsera ainsi sur certains fournisseurs ou prestataires de services n'aura pas nécessairement pour effet de les écarter de tout accès au marché considéré: seuls les rapports de forces en présence conditionneront le jeu de la concurrence.

au matériau, au produit ou à la fourniture en ce qui concerne le système d'assurance de la qualité, la terminologie, les symboles, les essais et méthodes d'essai, l'emballage, le marquage et l'étiquetage. Elles incluent également les règles pour la conception et le calcul des ouvrages, les conditions d'essai, de contrôle et de réception des ouvrages ainsi que les techniques ou méthodes de construction et toutes les autres conditions de caractère technique que le pouvoir adjudicateur est à même de prescrire, par voie de réglementation générale ou particulière, en ce qui concerne les ouvrages terminés et en ce qui concerne les matériaux ou les éléments constituant ces ouvrages ».

⁵³⁶ Lesquelles – on l'a déjà signalé (*supra* n° 310) – ont davantage trait à ses conditions « juridiques » d'utilisation qu'à ses aspects techniques ou fonctionnels, ceux-ci ne le différenciant en rien du modèle « propriétaire » (*supra* n° 30 *in fine*).

⁵³⁷ Ainsi pourrait-on imaginer que le cahier spécial des charges d'un marché ayant pour objet le développement d'un logiciel répondant à des besoins très spécifiques du pouvoir adjudicateur invite les candidats et/ou soumissionnaires à faire offre sur la base d'un logiciel libre préexistant, qu'ils choisiraient et conformeraient aux besoins spécifiques de ce pouvoir adjudicateur, besoins définis par ce même cahier spécial des charges. Une telle manière de procéder ne serait pas contraire au prescrit de l'article 85 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, puisqu'il n'y aurait aucune référence exclusive à un produit déterminé (logiciel « burobazar », par exemple), mais à un « genre » de produit, caractérisé, non par des éléments techniques, mais par des conditions d'utilisation. La seule objection que cette pratique pourrait éventuellement soulever tiendrait au caractère excessif de l'obligation de recourir à des éléments de logiciel libre comme base du produit développé pour le pouvoir adjudicateur, alors que des candidats pourraient être disposés à concevoir un produit dont les conditions d'utilisation correspondraient aux souhaits du pouvoir adjudicateur, mais qui ne reposeraient sur aucune composante de logiciel libre. Pour prévenir le risque de critiques en la matière, le pouvoir adjudicateur choisira d'édicter, par le biais de clauses adéquates, les conditions d'utilisation du logiciel dont il entend bénéficier (accès au code source, identification large des utilisateurs et possibilité de diffusion ultérieure, ...) et, pour le surplus, laissera aux candidats et/ou soumissionnaires le choix des moyens qu'ils entendent mettre en œuvre, à charge pour eux de faire apparaître, le cas échéant, le recours à un logiciel libre.

⁵³⁸ Voyez, en sens contraire et quoique exprimée implicitement, l'analyse de la section de législation du Conseil d'Etat, critiquant l'intervention d'un législateur régional ou communautaire qui, en voulant imposer l'utilisation des seuls logiciels libres, s'immiscerait dans la définition de spécifications techniques, définition normalement abandonnée aux soins du seul pouvoir adjudicateur (Avis n° 35.227/2 du 2 avril 2003, publié dans Ass. COCOF, Doc. parl., n°s 33 et 35 (2002-2003) n°s 2 et 3).

2) Applications

343. Les obligations (ou interdictions) que font peser sur le pouvoir adjudicateur les articles 82 à 85 et les principes d'égalité et de non-discrimination seront perçues différemment selon l'objet du marché considéré.

344. Si l'objet du marché consiste exclusivement en prestations de maintenance ou d'adaptation sur un produit (un logiciel libre, par hypothèse) dont le pouvoir adjudicateur dispose déjà et qu'il rend accessible au soumissionnaire qui a obtenu le marché, la référence à ce produit, contenue dans le cahier spécial des charges, n'est nullement critiquable ; l'opinion contraire amènerait inévitablement à justifier des solutions aux effets aussi désastreux que ceux redoutés au travers de l'indication de spécifications techniques⁵³⁹.

345. Si le marché tend à faire développer un logiciel pour répondre à certains besoins spécifiques énoncés par le cahier spécial des charges, la référence à un logiciel libre (non identifié) dont le soumissionnaire s'engagerait à assurer l'adaptation ne paraît pas critiquable; s'agissant de la référence à un logiciel libre précisément identifié, elle devra probablement être critiquée au nom des principes d'égalité et de non-discrimination si ce logiciel n'est pas (facilement) accessible au soumissionnaire ; au contraire, elle devrait échapper à toute objection si ce logiciel est largement diffusé ou peut être mis à disposition du soumissionnaire par le pouvoir adjudicateur⁵⁴⁰.

346. Des développements qui précèdent, il ressort que l'interdiction de mentionner des spécifications techniques représente moins un empêchement dirimant et général à l'insertion de toute référence à un logiciel libre qu'un signal auquel le pouvoir adjudicateur doit être attentif dans la définition de l'objet d'un marché et des conditions de sa mise en concurrence.

⁵³⁹ Ainsi, par exemple, refuser, au nom des exigences de l'article 85 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, la référence à un produit déterminé conduirait à faire obstacle à la mise en concurrence d'un marché qui aurait pour objet la maintenance de ce produit et créerait, au profit du concepteur de celui-ci, un véritable monopole sur la maintenance de ce produit. On a pu suggérer précédemment qu'un tel monopole n'est nullement souhaitable, à raison de la situation de dépendance dans laquelle il cantonnerait le pouvoir adjudicateur à l'égard du concepteur du produit et des risques qu'une éventuelle défaillance de ce concepteur ferait courir au pouvoir adjudicateur.

⁵⁴⁰ Cf. hyp. n^{os} 5 et 6 ; cette situation est d'ailleurs fort proche de celle où sont uniquement en jeu des prestations de maintenance ou d'adaptation.

B. Choix du mode de passation du marché⁵⁴¹

347. On rappellera, pour faire bref⁵⁴², que l'attribution d'un marché peut intervenir selon un des trois modes que sont l'adjudication⁵⁴³, l'appel d'offres⁵⁴⁴ ou la procédure négociée⁵⁴⁵. Pour chacune de ces procédures, différentes modalités de mise en concurrence et de diffusion publicitaire pourront être conçues⁵⁴⁶.

348. De manière générale, les questions suscitées par le choix du mode de passation ne différeront pas, pour l'acquisition ou le développement de logiciels libres, de celles que peut susciter l'acquisition de tout autre logiciel. On se bornera donc à une seule observation, ayant directement trait à la problématique qui retient notre attention : si, en vue de l'attribution d'un marché de développement d'un logiciel, le pouvoir adjudicateur opte pour un appel d'offres, il choisira éventuellement d'intégrer certains critères d'attribution permettant d'évaluer la qualité de l'offre au regard des caractéristiques d'un logiciel diffusé suivant le modèle du « libre » (conditions de diffusion ultérieure du logiciel, accès au code source, ...). Sans doute, l'appel d'offres apparaît-il ainsi comme un mode d'attribution séduisant. Cette perspective ne doit cependant pas faire illusion, car il se peut qu'aucun des soumissionnaires ne fasse offre à des conditions s'approchant des caractéristiques du « libre ». Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur serait réduit à renoncer à l'attribution du marché⁵⁴⁷ ou à retenir une offre dont l'auteur n'a pris aucun engagement susceptible de rencontrer les préoccupations d'accessibilité et de pérennité exprimées par le pouvoir adjudicateur. Pour prévenir ce risque et les inconvénients que sa réalisation causerait, on suggérera au pouvoir adjudicateur de traduire ses préoccupations en termes d'obligations qui incomberont à son

⁵⁴¹ D. BATSELE, Ph. FLAMME et Ph. QUERTAINMONT, *op. cit.*, p. 175-192.

⁵⁴² Ainsi, ne tiendrons-nous pas compte de modes d'attribution reposant sur l'organisation de concours (D. BATSELE, Ph. FLAMME et Ph. QUERTAINMONT, *op. cit.*, p. 189-191).

⁵⁴³ L'adjudication est la procédure qui conduit à attribuer le marché au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse (cf. not. loi du 24 décembre 1993, art.15).

⁵⁴⁴ L'appel d'offres est la procédure qui conduit à attribuer le marché au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus intéressante, en tenant compte des critères qui doivent être mentionnés dans le cahier spécial des charges ou dans l'avis de marché (cf. not. loi du 24 décembre 1993, art. 16).

⁵⁴⁵ Comme sa dénomination le suggère, la « procédure négociée » constitue un mode non formalisé d'attribution de la commande, dans lequel les termes, conditions et modalités du marché sont négociés avec un ou plusieurs candidats. Le recours à ce mode d'attribution n'est autorisé que dans certaines hypothèses visées par la loi (loi du 24 décembre 1993 art. 17 et 39).

⁵⁴⁶ Ainsi, les procédures seront-elles « ouvertes » ou « restreintes » (loi du 24 décembre 1993, art. 14) ; de même, la diffusion publicitaire devra-t-elle être assurée aux niveaux belge ou européen, selon l'importance des marchés en projet.

⁵⁴⁷ Ce qui le contraindrait à lancer une nouvelle procédure.

cocontractant et auxquelles celui-ci aura accepté d'adhérer en faisant offre conformément au cahier spécial des charges. L'insertion de clauses adéquates dans le cahier spécial des charges permettra ainsi au pouvoir adjudicateur d'atteindre, en principe plus aisément⁵⁴⁸, les objectifs qu'il a définis en termes d'accessibilité et de pérennité du logiciel.

C. Recours aux variantes en appel d'offres⁵⁴⁹

349. Les praticiens de la commande publique connaissent les difficultés inhérentes à la technique des variantes admises ou imposées dans le cadre d'un appel d'offres ; il n'ignorent, par contre, pas les ressources qu'elle peut offrir au pouvoir adjudicateur. Sans s'attarder longuement sur la question, on notera que le recours aux variantes peut présenter un intérêt propre à la matière qui fait l'objet de la présente contribution. Ainsi peut-il être tiré profit de cette technique lorsque, dans un marché ayant pour objet le développement d'un logiciel répondant aux besoins spécifiques du pouvoir adjudicateur, le soumissionnaire laisse apparaître, au titre de suggestion, une offre reposant sur une solution technique qui intègre des composants de logiciel libre, alors que l'utilisation de tels composants n'aurait été ni imposée, ni recommandée par le pouvoir adjudicateur. Dans ce cas, il sera utile de laisser apparaître cette spécificité de l'offre, dont le pouvoir adjudicateur appréciera ainsi les mérites en connaissance de cause ; ainsi, pourra-t-il percevoir la justification d'un prix sensiblement plus avantageux.

D. Licence d'utilisation et cahier spécial des charges

350. La prise en considération d'une licence d'utilisation de logiciel libre va, dans certains cas⁵⁵⁰, contraindre le praticien à s'interroger sur la compatibilité de cette licence avec un autre instrument contractuel, propre aux marchés publics : le cahier spécial des charges.

351. La question peut, à première vue, sembler d'autant plus délicate que l'élaboration et l'utilisation de chacun de ces deux instruments peuvent être à l'origine de rapports de force assez contradictoires : la licence est imposée au « client » par le donneur de licence, tandis que la rédaction des clauses du cahier

⁵⁴⁸ Ce qui n'empêchera évidemment pas les candidats éventuels de renoncer à déposer une offre dans le cadre d'un marché dont les conditions ne les agréent pas, ou de faire offre à des conditions (de prix, par exemple) difficilement acceptables pour le pouvoir adjudicateur.

⁵⁴⁹ D. BATSELE, Ph. FLAMME et Ph. QUERTAINMONT, *op. cit.*, p. 179 ; *Commentaire pratique...*, t.1A, p. 285-294.

⁵⁵⁰ Hyp. n° 7.

spécial des charges relève, en principe⁵⁵¹, de la seule initiative du « client » qu'est le pouvoir adjudicateur. De manière générale, d'ailleurs, la maîtrise du rapport établi dans le cadre d'un marché public entre l'opérateur économique et le pouvoir adjudicateur doit appartenir à ce dernier⁵⁵².

352. Par ailleurs, et même à supposer qu'aucune incompatibilité ne soit détectée, l'utilisation simultanée de plusieurs instruments contractuels ne facilite assurément pas la lisibilité du régime juridique de l'opération concernée.

353. Pour obvier à de tels inconvénients, il s'impose de recommander l'utilisation d'un seul instrument, adhérent, par la rédaction de clauses appropriées, aux intérêts (déclarés ou présumés) respectifs et aux réalités économiques en jeu. On préconisera ainsi le recours au seul cahier spécial des charges⁵⁵³ dans lequel seront intégrées certaines clauses caractéristiques des licences de logiciels libres. Néanmoins, pour claire et précise que puisse paraître cette proposition, quelques précisions méritent d'être apportées.

1° Si le pouvoir adjudicateur souhaite acquérir un logiciel libre « standard »⁵⁵⁴ bien déterminé, à l'exclusion de tout autre produit, le recours probablement inévitable à la procédure négociée va sans doute permettre au fournisseur d'imposer les clauses de la licence sous laquelle est distribué le logiciel. Cette position de force du fournisseur peut d'ailleurs conduire à imposer des conditions tranchant manifestement avec certains principes gouvernant le droit des marchés publics ; ainsi, peut-on imaginer que le fournisseur impose un paiement préalable à la délivrance du logiciel ou à l'octroi de la licence d'utilisation, alors qu'en matière de marchés publics, il ne peut y avoir de paiement que pour services faits et accomplis⁵⁵⁵.

⁵⁵¹ Sous réserve de la possibilité, dans le cadre d'une procédure négociée, de négocier certaines clauses.

⁵⁵² Ce qui n'empêche que, dans la pratique, le contraire puisse se rencontrer, particulièrement dans les cas où le pouvoir va se trouver dans un lien de dépendance économique à l'égard de son cocontractant.

⁵⁵³ Dont l'utilisation paraît inévitable dans le système réglementaire imposé par l'arrêté royal du 26 septembre 1996.

⁵⁵⁴ Pour autant qu'on puisse le qualifier de la sorte, dès lors que ce type de logiciel a vocation à se rencontrer dans de nombreuses versions qui le différencient.

⁵⁵⁵ Règle exprimée notamment par l'article 8 de la loi du 24 décembre 1993 et par les articles 4 et 5 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996. Notons cependant qu'un paiement anticipé de l'intégralité du prix du marché pourrait être admis sur la base de l'art. 5, § 1^{er}, 2^o, b) de l'arrêté royal du 26 septembre 1996, lu en combinaison avec le dernier alinéa de ce même § 1^{er} : ainsi peut être admis le paiement anticipé dans l'hypothèse d'un marché passé avec des fournisseurs ou des prestataires de services avec lesquels il faut nécessairement traiter et qui subordonnent l'acceptation du marché au versement d'avances.

2° Si le pouvoir adjudicateur souhaite recourir aux services d'un tiers, soit pour faire adapter un logiciel libre dans le contexte décrit ci-dessus (1°)⁵⁵⁶, soit pour assurer la maintenance d'un logiciel développé antérieurement par un autre opérateur économique, l'insertion, dans le cahier spécial des charges, de clauses extraites d'une licence de logiciel libre ne sera pas nécessaire puisque les prestations (de service, en l'occurrence) sont étrangères à tout droit d'utilisation du logiciel de base. Néanmoins, le cahier spécial des charges devra contenir une clause par laquelle le prestataire cède certaines des prérogatives attachées à son droit de propriété intellectuelle sur les prestations effectuées (droit de reproduction, droit de modification, droit d'accès au code-source, ...) (*infra* n° 361).

3° Si le pouvoir adjudicateur entend faire développer un logiciel dont les modalités d'utilisation et de diffusion sont analogues (voire identiques) au modèle véhiculé par les licences libres, les clauses du cahier spécial des charges devront être rédigées en des termes qui permettent de traiter tant avec un fournisseur assurant *ex nihilo* la conception du logiciel, qu'avec ses concurrents qui, le cas échéant, travaillent sur la base de logiciels libres dont ils assurent l'adaptation⁵⁵⁷. Il faudra également tenir compte de ce que les logiciels dont certains soumissionnaires proposent de faire leur base de prestation seront éventuellement différents les uns des autres et, partant, susceptibles d'être diffusés chacun sous une licence particulière. Les clauses du cahier spécial des charges ne devront donc pas être libellées en manière telle qu'elles apparaissent discriminatoires à l'égard de certains titulaires de licences.

4° L'apparente éviction de la licence d'utilisation du logiciel libre (ou, à tout le moins sa fusion dans le cahier spécial des charges) n'exclut pas pour autant que l'autorité publique qui fait développer un logiciel par l'adaptation d'un logiciel libre préexistant, puisse s'obliger à ce que la diffusion ultérieure du logiciel « adapté » soit assurée conformément aux termes de la licence sous laquelle était diffusé ce logiciel de base. Il y aurait donc, en quelque sorte résurgence de la licence du logiciel libre, en aval de son adaptation. L'une des conceptions fondamentales à l'origine du logiciel libre serait ainsi sauvegardée.

5° Enfin, on observera que le risque d'incompatibilité entre la licence d'utilisation et le cahier spécial des charges paraît assez minime, dès lors que,

⁵⁵⁶ Situation correspondant aux hypothèses n°s 5 et 6.

⁵⁵⁷ Cette précaution ne sera sans doute pas nécessaire en cas de recours à la procédure négociée si le pouvoir adjudicateur n'a pas élaboré un cahier spécial des charges préalablement au lancement de la procédure de passation ou s'il accepte que les négociations conduisent à la modification de certaines clauses ; dans ce cas, la formulation de ces clauses pourra être inspirée de celle des dispositions de la licence, utiles à l'opérateur économique qui adopte une solution intégrant des éléments de logiciel libre.

pour la rédaction des clauses de celui-ci, le pouvoir adjudicateur dispose d'une latitude assez importante que ménage le cahier général des charges. Ainsi qu'on le verra, le pouvoir adjudicateur n'est lié par le cahier général des charges pour les clauses relatives aux obligations de garantie ou à la propriété intellectuelle qu'à raison de dispositions très générales qu'il lui appartient de prolonger.

E. Clause d'exonération de garantie

354. Les dispositions du cahier général des charges relatives aux obligations de garantie des opérateurs économiques ne régissent celles-ci que de manière superficielle et périphérique : visant notamment le délai de garantie ou les modalités de constatation et de réparation des avaries, elles restent muettes sur la teneur et l'étendue des obligations de garantie : ces dispositions ne précisent nullement de quels défauts l'opérateur économique doit assumer la responsabilité. La réponse à cette question est à rechercher dans la définition et l'identification d'obligations légales et/ou conventionnelles qui incombent à l'opérateur économique (fournisseur ou prestataire de services). Les premières seront imposées par des dispositions de droit commun et l'interprétation jurisprudentielle qui en est donnée ; les secondes découleront de clauses insérées à cette fin dans le cahier spécial des charges.

355. Il ne saurait être question d'aborder ici ce régime des garanties qui – dans une large mesure – n'est pas propre aux seuls *marchés publics* informatiques⁵⁵⁸ et donc *a fortiori* aux seuls marchés informatiques reposant sur l'utilisation de logiciels libres.

356. Nous bornant à ne faire ici état que de quelques considérations succinctes, on observera que si l'insertion, dans le cahier spécial des charges, de clauses exonératoires ou limitatives de garantie ne paraît pas inconcevable, notamment au regard du cahier général des charges⁵⁵⁹, cette perspective appelle toutefois une prudence élémentaire de la part du pouvoir adjudicateur : celui-ci ne doit pas, au seul motif que des (éléments de) logiciels libres sont en jeu, se sentir tenu d'exonérer tout fournisseur – ou prestataire de services – des responsabilités qui sont les siennes. A cet égard, une approche différenciée selon les hypothèses concernées s'impose :

⁵⁵⁸ Ce régime étant largement inspiré par le droit commun. Pour un aperçu du régime de droit commun, cf. E MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, Tiré à part du Répertoire notarial, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 84 et s.

⁵⁵⁹ Les articles 19, 39, 63 et 72 du cahier général des charges ne relevant pas des dispositions auxquelles il ne peut être dérogé que moyennant décision formellement motivée, toute dérogation se révélera d'autant plus commode.

- Si le pouvoir adjudicateur choisit de bénéficier de l'utilisation d'un logiciel libre déterminé, à l'exclusion de tout autre produit, le recours probable à la procédure négociée⁵⁶⁰ le contraindra sans doute à accepter plus facilement les conditions d'utilisation pratiquées par le concepteur (ou donneur de licence) ; à ce titre, devra-t-il admettre – conformément aux pratiques généralement répandues en ce domaine – que le concepteur bénéficie de l'exonération de garantie à l'égard de défauts éventuels.
- Si le pouvoir adjudicateur souhaite faire adapter un logiciel libre dont il dispose, et passe à cette fin un marché de services, on peut raisonnablement supposer que le prestataire de services intéressé par le bénéfice de cette commande aura pris soin, lorsqu'il fait offre, d'examiner préalablement les performances du logiciel et, partant, d'en rechercher les éventuels vices. Dans ce cas, l'exonération de garantie ne s'imposera pas nécessairement : il se conçoit, en effet, que le prestataire de services qui accepte d'assurer le développement d'un logiciel libre soit réputé connaître parfaitement ce logiciel⁵⁶¹ ; toute thèse contraire conduirait à faire admettre que le prestataire de services s'engage « à la légère », voire même sans connaissance élémentaire de ce logiciel qu'il s'engage à adapter. En toute hypothèse, et s'il fallait quand même admettre que le prestataire n'engage pas sa responsabilité à raison de vices imputables au concepteur initial ou découlant d'adaptations intermédiaires, une exonération de responsabilité devrait, à tout le moins, être conçue en termes très restrictifs, la clause rédigée à cette fin se révélant finalement moins exonératoire que limitative de responsabilité.
- Si le marché a pour objet la conception d'un logiciel sur mesure, pour lequel le pouvoir adjudicateur laisse aux candidats la possibilité (sans toutefois les y contraindre) de faire une offre intégrant des composants de logiciels libres, l'opérateur qui a choisi de recourir à ceux-ci le fait en connaissance de cause et doit assumer les risques inhérents au choix des solutions techniques qu'il entend utiliser. Il serait d'ailleurs contraire au principe d'égalité des opérateurs économiques devant la commande publique, d'exonérer certains de leur responsabilité, tandis que leurs concurrents n'y échapperaient pas, les premiers ayant probablement, par ailleurs, un avantage concurrentiel sur les seconds dès lors que l'utilisation de logiciels libres leur permet⁵⁶² de pratiquer des prix moins élevés, mais avec également des obligations moins contraignantes. Si, dans cette hypothèse, il fallait néanmoins admettre que la responsabilité du prestataire utilisant des logiciels libres ne s'étende pas aux vices

⁵⁶⁰ Sur la base des articles 17, § 2, 1^o, f) ou 39, § 2, 1^o, e), de la loi du 24 décembre 1993 (prestations présentant une spécificité telle qu'elles ne peuvent être confiées qu'à un entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services déterminé).

⁵⁶¹ Pour un raisonnement similaire, cf. *Commentaire pratique*...., t. II, p. 837-839.

⁵⁶² On peut l'imaginer, même si ce n'est pas systématique.

affectant des éléments conçus avant son intervention, pareille atteinte à l'égalité des opérateurs économiques pourrait éventuellement trouver justification dans le but légitime que représente l'intérêt du pouvoir adjudicateur⁵⁶³. Sauf à être disproportionnée (et, partant, critiquable), cette rupture d'égalité ne sera admise qu'à des conditions très strictes, à savoir pour autant que l'exonération de responsabilité ne bénéficie au prestataire de services que pour les seuls vices inhérents aux éléments conçus par un tiers.

357. Par ailleurs, et sur un plan plus formel, l'aménagement d'un régime différencié d'obligations, selon que le soumissionnaire propose ou non d'intégrer un logiciel libre, se concevra essentiellement dans le cadre d'une procédure négociée⁵⁶⁴ ; cet aménagement différencié ne pourra, sans doute, être envisagé, en appel d'offres, que si une clause définit les obligations de garantie de manière alternative.

358. Enfin, et quelle que soit l'appréciation que l'on portera sur un régime différencié d'obligations, celui-ci devra, à tout le moins, être aménagé et annoncé comme tel dès avant le lancement de la procédure d'attribution ; toute modification qui surviendrait en cours de procédure ou après l'attribution du marché résisterait très difficilement au grief de rupture d'égalité.

F. L'aménagement des droits de propriété intellectuelle

359. A l'instar de ce qui a été exposé à propos du régime des obligations de garantie, les droits de propriété intellectuelle sur les éléments produits ou mis en œuvre dans le cadre de marchés de travaux, fournitures ou services ne sont appréhendés par le cahier général des charges que de manière très sommaire, ainsi qu'en témoigne le libellé de l'article 14. C'est donc vers un aménagement contractuel des droits respectifs du pouvoir adjudicateur et de l'auteur des prestations intellectuelles (par ailleurs, titulaire « naturel » des droits de propriété intellectuelle) qu'il faut tendre, pour rencontrer les attentes et intérêts des parties. Cet aménagement s'inscrira – on l'imagine aisément – dans le cadre du cahier spécial des charges.

360. Ici encore, il ne saurait être question de prétendre aborder tous les aspects de cette problématique, lesquels – dans la sphère des marchés publics – ne diffèrent pas sensiblement de ce qui se rencontre dans les contrats informatiques

⁵⁶³ Lequel sera souvent assimilé à l'intérêt général et s'entendra de la possibilité d'obtenir le bénéfice de prestations moyennant des conditions plus intéressantes.

⁵⁶⁴ A l'occasion de laquelle la négociation peut notamment porter sur la teneur et l'étendue des obligations des parties.

de droit commun. Nous nous bornerons donc, pour les besoins de la présente contribution, à formuler deux observations, relatives, l'une, à l'intégration, dans le cahier spécial des charges, des clauses caractéristiques des licences de logiciels libres, l'autre, à l'identification des utilisateurs des résultats des prestations intellectuelles.

1) Intégration des clauses des licences de logiciels libres

361. Y. COOL a montré que l'adhésion à un contrat de licence de logiciel libre se traduisait notamment, pour le donneur de licence, par l'obligation de concéder certains droits auxquels correspondent des prérogatives afférentes à la propriété intellectuelle sur le logiciel⁵⁶⁵. Ces obligations caractéristiques de la licence de logiciel libre peuvent évidemment être transposées dans le cadre de tout marché public informatique sur l'acquisition et l'utilisation de logiciels, et ce, même si aucune référence au logiciel libre n'est envisagée. C'est au pouvoir adjudicateur qu'il appartient d'insérer dans le cahier spécial des charges les clauses garantissant une utilisation et une diffusion du logiciel conformément au modèle du « libre » ; c'est à ce même pouvoir adjudicateur qu'il reviendra ainsi d'imposer aux opérateurs économiques susceptibles d'être intéressés par le marché les conditions auxquelles leurs prestations seront envisagées. C'est à ces opérateurs économiques qu'il reviendra alors de se laisser séduire, ou non, par ces conditions et d'adopter les réactions qu'elles leur inspirent (particulièrement sur le plan financier).

2) Identification des utilisateurs

362. Même qualifiée de marché de fournitures, la mise à disposition de logiciels aura pour conséquence de faire bénéficier leur(s) utilisateur(s) des résultats de prestations intellectuelles assurées, le cas échéant, par l'opérateur qui a contracté avec le pouvoir adjudicateur.

363. En vertu de l'article 14, § 2, 1^o, alinéa 1^{er}, du cahier général des charges, « le pouvoir adjudicateur ne peut utiliser les résultats des prestations intellectuelles que pour ses propres besoins précisés par le cahier spécial des charges ou ceux de tiers désignés dans ledit cahier ». C'est donc bien par le biais

⁵⁶⁵ *Op. cit.*, n^{os} 212 – 213. Pour un aperçu de ces prérogatives, situé dans le cadre de la pratique et du droit des marchés publics informatiques, cf. E. MONTERO, *Les marchés publics d'acquisition de logiciels...*, p. 133 et suiv.

de ce cahier spécial des charges que devront être soigneusement précisées les modalités d'utilisation des logiciels⁵⁶⁶. Il s'agira ainsi de déterminer :

- les utilisateurs (prévoir le cas d'une augmentation ultérieure du nombre d'utilisateurs au sein des services du pouvoir adjudicateur ; envisager également le cas d'utilisateurs tiers, qu'il s'agisse d'autres pouvoirs publics⁵⁶⁷ ou d'administrés) ;
- les modalités de diffusion et de mise à disposition du logiciel : ainsi, faut-il tenir compte de ce que certains logiciels seront mis à disposition de tiers par le biais du site internet du pouvoir adjudicateur⁵⁶⁸ ; il serait donc inadéquat que le pouvoir adjudicateur insère une clause trop restrictive dans le cahier spécial des charges, laquelle compromettrait ultérieurement le bon accomplissement des missions qui lui sont dévolues⁵⁶⁹.

Le pouvoir adjudicateur veillera ainsi à se ménager une importante faculté d'utilisation et de diffusion du logiciel, tandis que le soumissionnaire sera attentif à déterminer un prix lui permettant de compenser le « désagrément économique » que représente pour lui une trop grande diffusion.

Sous-section 2 : Applicabilité de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information

364. Eu égard à la nature et aux caractéristiques des prestations que recouvre la mise à disposition d'un logiciel libre⁵⁷⁰, on peut se demander si tout contrat

⁵⁶⁶ Cette précaution ne s'imposera toutefois pas nécessairement là où le pouvoir adjudicateur a acquis un logiciel libre « standard » dont la licence d'utilisation (prévalant, par hypothèse (dans certains cas visés par ailleurs), sur les cahiers général et spécial des charges, ménage elle-même des conditions d'utilisation très favorables au licencié.

⁵⁶⁷ On citera l'exemple d'une autorité de tutelle des pouvoirs locaux faisant l'acquisition d'un logiciel d'aide à la dématérialisation des procédures de marché conduites par ces pouvoirs subordonnés, et qui entend faire bénéficier de ce logiciel l'ensemble de ces entités relevant de son contrôle.

⁵⁶⁸ Tel serait, par exemple, le cas d'un logiciel de lecture de données cartographiques accessibles via le site du pouvoir adjudicateur, et ce, à toute personne intéressée ou seulement à certaines catégories d'utilisateurs.

⁵⁶⁹ Ainsi, par exemple, dans le cas d'une mission de service public d'information géographique, l'accomplissement de cette mission serait compromis par des modalités trop strictes d'utilisation du logiciel, ce qui contraindrait alors le pouvoir public concerné à ouvrir avec le titulaire « naturel » des droits (l'opérateur avec lequel il avait contracté) de nouvelles négociations lourdes de conséquences.

⁵⁷⁰ Particulièrement en ce qu'il peut être acquis en ligne et faire l'objet de services d'adaptation ou de maintenance par voie électronique ; la circonstance que le logiciel libre soit acquis à titre gratuit ne suffirait – semble-t-il – pas à exclure l'applicabilité de la loi du 11 mars 2003. En dépit de la référence que contient l'article 2, 1°, de la loi à la « rémunération »,

relatif à ces prestations ne relève pas du champ d'application de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information⁵⁷¹. Cette loi, qui assure en droit belge, la transposition de la directive européenne du 8 juin 2000 sur le commerce électronique⁵⁷², vise à doter les services en ligne et le commerce électronique sur internet d'un cadre juridique élémentaire. Elle contient notamment des dispositions garantissant au destinataire de ces services l'information et la transparence qui lui assureront une certaine sécurité dans ses relations avec le prestataire (art. 7 à 12) ; cette même loi s'attache également, parmi bien d'autres aspects encore, à énoncer les principes qui gouverneront la transposition en environnement électronique des règles de forme du processus contractuel (théorie dite « des équivalents fonctionnels », consacrée par l'article 16 de la loi).

365. Pour autant que l'on s'accorde à admettre que l'applicabilité de la loi du 11 mars 2003 n'est pas exclue lorsque le destinataire du service est une autorité publique⁵⁷³, les contrats relatifs à l'acquisition, au développement ou à l'adaptation d'un logiciel libre, ainsi qu'aux services connexes, devront être conformes aux dispositions de cette législation⁵⁷⁴. Les raisonnements commandés par la théorie des équivalents fonctionnels n'auront cependant pas à être mis en œuvre, dès lors qu'une législation spécifique assure la transposition, en environnement électronique, des formalités accompagnant la passation et l'exécution du marché : tel est l'objet de la législation relative aux marchés publics, et particulièrement de la loi du 24 décembre 1993, dont les arrêtés d'exécution ont été récemment adaptés pour intégrer les nouvelles technologies

celle-ci ne paraît pas constituer une condition d'application de cette législation : seul importe le caractère économique du service; il est difficilement contestable en l'espèce.

⁵⁷¹ *M. B.*, 17 mars 2003, p. 12.963. Le lecteur se gardera de confondre avec la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information visés à l'article 77 de la Constitution (*M. B.*, 17 mars 2003, p.12.960). Cette seconde loi, procédant d'une même démarche du législateur pour assurer la transposition, en droit belge, de la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique) ne sera toutefois pas abordée dans le cadre de la présente contribution. Sur cette nouvelle législation, on consultera avec grand intérêt l'étude d'E. MONTERO, M. DEMOULIN et Chr. LAZARO, « La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information », *J.T.*, 2004, p. 81-95.

⁵⁷² Directive 2000/31/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la sociétés de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *J.O.C.E.*, n° L 178, 17 juillet 2000, p. 1.

⁵⁷³ En ce sens, cf. H. JACQUEMIN, « Le formalisme des marchés publics à l'épreuve des technologies de l'information et de la communication : l'apport du droit civil », *C.D.P.K.*, 2004, p. 168.

⁵⁷⁴ Pour autant – rappelons ce qui était suggéré comme postulat (cf. n° 364 et note 570), mais qui, dans la réalité, pourrait ne pas être vérifié – que les services concernés répondent à la notion légale de « service de la société de l'information ».

de l'information et de la communication⁵⁷⁵. C'est donc à nouveau vers cette législation relative aux marchés publics que se tournera l'autorité publique pour déterminer les formalités inhérentes à la conclusion et à l'exécution d'un contrat visant à lui faire bénéficier d'un logiciel (libre ou non). Au contraire, si la législation n'était pas applicable au cas d'espèce⁵⁷⁶, c'est à la théorie des équivalents fonctionnels, consacrée par l'article 16 de la loi du 11 mars 2003, qu'il conviendrait d'avoir égard.

Section 3 : Les modalités de diffusion auprès de tiers

§ 1. Applicabilité de la législation relative aux marchés publics

366. Lorsqu'une administration a acquis, fait développer ou adapter un logiciel dont elle entend faire bénéficier des tiers, elle ne saurait évidemment être considérée, à l'égard de ceux-ci, comme un « pouvoir adjudicateur » auquel s'appliquerait la législation relative aux marchés publics : ainsi qu'on l'a déjà souligné, le pouvoir adjudicateur est le « client » qui, afin de pourvoir à la satisfaction de certains besoins, envisage de s'assurer les services d'un opérateur économique. Or, dans l'hypothèse examinée à ce stade de la présente contribution, c'est précisément pour répondre à des besoins exprimés (ou susceptibles de l'être) par les tiers que la diffusion du logiciel est assurée. La question de l'application de la législation relative aux marchés publics ne trouvera donc à être posée que si le « tiers » utilisateur est une personne susceptible d'être qualifiée de pouvoir adjudicateur⁵⁷⁷. Cela étant, et même dans ce cas de figure, il est assez peu probable que l'opération soit considérée comme marché public ou, à tout le moins, que la législation trouve à s'appliquer dans toute sa rigueur. Différents facteurs peuvent en compromettre l'applicabilité : ainsi en est-il, par exemple, de la gratuité ou du coût dérisoire de l'opération, ou bien encore de la proximité entre les parties au contrat, qui conduira éventuellement à retenir dans la mise à disposition du logiciel une prestation « in house » (*supra*, note 488 et n° 323).

367. Par ailleurs, on observera que la mise à disposition d'un logiciel pourra éventuellement être qualifiée à la faveur d'un détour par d'autres figures du droit administratif, ce qui exclurait alors toute référence à la législation relative aux

⁵⁷⁵ Sur cette récente adaptation, 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 », *J.T.*, 2004, p.753-758.

⁵⁷⁶ Sur l'application de cette législation, *supra*, n°s 317 et 320-323.

⁵⁷⁷ Situation où, par exemple, une commune bénéficie d'un logiciel développé à l'initiative de son autorité de tutelle.

marchés publics : si la mise à disposition du logiciel s'analyse en une aide, l'opération pourra être rapprochée du modèle (et, partant, du régime juridique) des subventions⁵⁷⁸ ; on peut également imaginer que la mise à disposition du logiciel ne fasse pas l'objet d'une qualification propre, mais soit considérée comme l'accessoire d'un service offert par l'autorité publique concernée, au titre de mission de service public. Ainsi en irait-il, par exemple, de la mise à disposition d'un logiciel permettant l'accès aux données publiques (juridiques, cartographiques, ...) dont un pouvoir public doit assurer l'offre ; c'est alors, de manière générale, l'offre du service public des données publiques qui retiendra l'attention pour déterminer le régime juridique applicable, sans que la mise à disposition « accessoire » du logiciel fasse l'objet d'une qualification⁵⁷⁹.

§ 2. Applicabilité de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information

368. Le tiers, utilisateur du logiciel développé ou adapté à l'initiative d'une autorité publique, peut-il bénéficier des protections accordées au destinataire d'un service de la société de l'information par la loi du 11 mars 2003 ? Ici encore est en jeu la question de l'applicabilité de cette législation⁵⁸⁰. Conscient des incertitudes qui subsistent dans la délimitation du champ d'application de la loi du 11 mars 2003, nous nous bornerons à faire état de deux éléments qui nous incitent à douter de l'applicabilité de cette loi à l'hypothèse de mise à disposition d'un logiciel : d'une part, il n'est pas certain que la mise à disposition du logiciel réponde à une « demande individuelle » du destinataire du service⁵⁸¹ ; d'autre part, il semble admis que les activités d'autorités publiques accomplies au titre des « missions » de celles-ci ne sont pas visées par la loi : à ce titre, échapperaient au champ d'application de celle-ci les services en

⁵⁷⁸ La notion de « subvention » ne s'entendant pas des seules aides financières (cf. not. D. DE ROY, « Regards croisés sur l'offre de services de la société de l'information par les communes », *Revue Ubiquité. Droit des technologies de l'information*, 2002, p. 56-57).

⁵⁷⁹ De la même manière, dans un tout autre domaine, que, pour l'offre de service de transport par chemin de fer, on ne s'interroge pas sur la qualification et le régime juridique de l'utilisation par un voyageur du réseau ferré ou d'une locomotive...

⁵⁸⁰ A la différence des développements qui précèdent (n^{os} 364-365), l'autorité publique concernée n'est plus ici *destinataire*, mais *prestataire* de services de la société de l'information.

⁵⁸¹ Dans l'hypothèse déjà citée de la diffusion de données cartographiques pour laquelle l'utilisation d'un logiciel de lecture est nécessaire, il est possible que le logiciel soit disponible sur le site internet de l'autorité concernée et soit donc largement accessible ; il s'agirait donc d'un service transmis « de point à multipoint », étranger à la notion de « demande individuelle » visée par la loi (E. MONTERO, M. DEMOULIN et Chr. LAZARO, *op. cit.*, p. 82).

ligne offerts dans le cadre de l'e-government⁵⁸², dont on peut aisément deviner qu'il s'agit de services justifiant, à titre accessoire, la diffusion large de logiciels.

§ 3. Licence d'utilisation

369. Les conditions et modalités d'utilisation du logiciel par un tiers feront l'objet d'une licence à laquelle l'utilisateur sera invité à adhérer. L'analyse des licences d'utilisation de logiciels ne doit pas trouver dans cette contribution une place spécifique. Tout au plus, soulignera-t-on qu'il y aura lieu de distinguer selon que le logiciel diffusé par l'autorité publique a été conçu *ex nihilo* ou résulte de l'adaptation d'un logiciel libre. Dans la première hypothèse, les clauses de la licence seront rédigées en fonction, d'une part, des droits cédés par l'auteur du logiciel et, d'autre part, des conditions d'utilisation que l'autorité entend imposer ; dans la seconde, il y aura lieu de tenir compte de la licence d'utilisation du logiciel libre qui a été adapté⁵⁸³ ; le lecteur se reportera aux enseignements généraux livrés en cette matière par ailleurs (*supra*, n° 210-218).

CONCLUSION

370. Au terme des développements qui précèdent, le lecteur sera probablement animé d'un double sentiment de frustration : avant tout, celui de n'avoir pu y trouver les ressources qu'offrirait un « manuel » d'acquisition et d'utilisation de logiciels libres par les administrations ; sans doute éminemment utile, une telle approche ne pouvait se concevoir dans les limites imparties à cette contribution, et ce, d'autant moins que, face à la très grande diversité d'hypothèses d'acquisition, de développement et d'utilisation de logiciels libres, les aspects susceptibles d'être traités par un guide pratique seraient assez nombreux ; il n'était pas réaliste de prétendre en donner un aperçu significatif dans le cadre de notre approche succincte.

371. Plus fondamentalement – et c'est ici le deuxième chef de frustration – le lecteur s'interrogera sur l'utilité d'une réflexion consacrée à l'utilisation de logiciels libres par les pouvoirs publics, particulièrement au regard de l'application de la législation relative aux marchés publics, dès lors que les attraits et avantages prétendument offerts par ce type de produit pouvaient déjà

⁵⁸² E. MONTERO, M. DEMOULIN et Chr. LAZARO, *op. cit.*, p. 82.

⁵⁸³ On se référera à ce qui a été dit précédemment de la résurgence de la licence du logiciel libre après son apparente éviction par le cahier spécial des charges (cf. n° 353, 4°).

l'être de longue date à la faveur de politiques d'achats informatiques reposant sur des clauses de cahiers spéciaux de charges adéquatement rédigées ; à diverses reprises, en effet, nous avons montré comment les caractéristiques des licences de logiciels libres pouvaient être pleinement rencontrées indépendamment de toute manifestation d'intérêt pour des produits circulant dans la communauté du libre.

372. Le débat sur l'utilisation de logiciels libres par les autorités publiques ne serait-il, en définitive que verbiage ou tempête dans un encrier ? Nous ne le pensons pas, à tout le moins s'il permet de susciter les questions utiles. Il ne s'agit pas de se demander si, demain, le « libre » doit chasser le « propriétaire » des parcs informatiques d'autorités publiques. Il s'agit plutôt de s'assurer de la bonne gestion des marchés publics informatiques et de vérifier que chacun d'entre eux est conçu pour répondre aux besoins fonctionnels qui en justifient la passation, et pour rencontrer les exigences d'utilisation des logiciels dont la commande est ainsi envisagée. Cette préoccupation, énoncée en des termes qui – pour d'aucuns – relèveront probablement des lieux communs, n'a pas toujours animé les pouvoirs adjudicateurs ; les pratiques et instruments contractuels diffusés sous l'impulsion de la communauté du libre rappellent opportunément aux pouvoirs adjudicateurs qu'il leur est loisible d'édicter des « conditions d'achat »⁵⁸⁴ plus conformes à leurs intérêts et, partant, à l'intérêt général. De même – et c'est là une autre question que le débat sur le libre devrait utilement susciter – pourra-t-on s'interroger sur l'évolution de la configuration du marché⁵⁸⁵ informatique sous l'effet d'un « mouvement » du logiciel libre. Si ce phénomène peut bouleverser certains rapports ou positions, les pouvoirs adjudicateurs y trouveront peut-être l'occasion de définir leurs politiques d'achats informatiques sans être exclusivement conditionnés par la loi du secteur économique concerné. Ici encore, la réflexion peut être utile si elle prépare les pouvoirs adjudicateurs à tirer le meilleur profit d'une marge de manœuvre dont ils apprendront à bénéficier. Tout un programme...

⁵⁸⁴ Dans un secteur où les rapports de forces favorisent plus généralement des pratiques de « conditions de vente »...

⁵⁸⁵ Au sens économique du terme.