

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Quelques aspects conceptuels et juridiques de la gestion de l'informatique publique

De Roy, David

*Published in:*

Services publics et mutualisation informatique : de la théorie à la pratique

*Publication date:*

2006

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

De Roy, D 2006, Quelques aspects conceptuels et juridiques de la gestion de l'informatique publique. Dans *Services publics et mutualisation informatique : de la théorie à la pratique*. Parlement de la Communauté française , Bruxelles, p. 7-14.

#### General rights

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

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

#### Take down policy

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

## 2. *“Quelques aspects conceptuels et juridiques de la gestion de l’informatique publique.”*

**M. David De Roy,  
référénaire près la Cour de cassation,  
chercheur au Centre de recherches Informatique  
et Droit (FUNDP Namur)**

### **M. David De Roy.**

– L’incapacité à rencontrer certains besoins conduit celui qui les éprouve à s’assurer les services d’un tiers, avec lequel s’établit une relation contractuelle et... un rapport de forces. Même s’il paraît relever du lieu commun, ce constat renvoie aux fondements de l’activité économique et aux enjeux que révèle la pratique contractuelle. Lorsqu’il n’est pas imposé, le recours aux services d’un tiers procède d’un choix à la faveur duquel l’utilisateur des services s’assure un certain confort, mais à l’occasion duquel il va se placer dans une situation de dépendance. La recherche d’un équilibre entre l’avantage du recours aux services d’un tiers et l’inconvénient que cause cette dépendance représente alors pour l’utilisateur un défi majeur.

dent trouvent une illustration de choix dans le secteur informatique, particulièrement quand l’utilisateur est une administration publique. L’importance de la composante informatique dans l’action des pouvoirs publics (particulièrement avec la mise en place d’une « administration électronique ») conduit quotidiennement ceux-ci à faire le choix d’une informatique gérée en régie (ce qui suppose l’affectation de moyens techniques et humains appropriés) ou confiée (dans une mesure variable selon les cas) à des prestataires de services informatiques. Dans cette seconde hypothèse, le risque de dépendance sera d’autant plus délicat qu’il conduira, dans certains cas, à faire perdre à l’autorité publique sa nécessaire maîtrise sur l’activité ou la fonction au soutien de laquelle est conçu le service informatique.

Les considérations générales qui précè-

C’est notamment pour relever ces défis

que sont promues depuis quelque temps des pratiques de mutualisation auxquelles la manifestation de ce jour invite à prêter quelque attention.

La présente contribution vise à situer la mutualisation parmi les modes de gestion de l'informatique publique, en particulier au regard de l'externalisation, dont elle ne doit pas apparaître comme une alternative, mais bien davantage comme le complément. Invité à tracer le cadre dans lequel s'inscrivent ces modes de gestion de l'informatique publique et auquel seront confrontées diverses expériences, nous procéderons essentiellement par une approche conceptuelle, tout en ayant d'emblée égard à certains éléments d'ordre juridique susceptibles d'influencer le choix et la mise en oeuvre de ces modes de gestion.

## 1. L'externalisation

### 1.1. Notion

« L'externalisation est un mode de gestion [...] qui consiste à confier à des partenaires extérieurs à l'entreprise ou à l'administration des activités ou des fonctions précédemment assurées en régie »<sup>1</sup>.

Relativement limpide, à première vue, cette définition ne suffit toutefois pas à dissimuler les brumes sémantiques en lesquelles baigne, ou se noie, la notion, à tel point

qu'elle en devient parfois un véritable « fourre-tout » : à côté de l'approche restrictive dont rend compte la définition proposée ci-dessus, est aussi fréquemment véhiculée une conception extensive visant toute opération par laquelle une entité s'appuie sur une collaboration extérieure, même limitée à des prestations très réduites<sup>2</sup>. En termes simplistes, du marché public de faible importance à l'opération de partenariat public-privé, tout relèverait de l'externalisation.

La difficulté sémantique découle également de ce que – dans le domaine de l'informatique (publique) – le terme peut recevoir deux acceptions différentes : outre un « mode de gestion » dont il est question ci-dessus, l'externalisation désignerait également une catégorie particulière de contrats informatiques (parfois dénommés *facilities management*, *outsourcing* ou « infogérance ») ayant pour objet « un ensemble d'activités de services consistant en la prise en charge de la gestion de tout ou partie du système informatique d'un client ou d'un ensemble de clients, avec ou sans délocalisation, dans le cadre d'une relation contractuelle pluriannuelle »<sup>3</sup>. Dans cette contribution à caractère général, nous privilégierons l'approche de l'externalisation comme « mode de gestion » dès lors qu'il s'agit précisément d'attirer l'attention sur les enjeux de bonne gestion conditionnant le principe, les formes et les modalités de recours à l'ex-

ternalisation, plus que sur le recours à un instrument juridique particulier.

Enfin, on observera que l'externalisation n'est pas une pratique relevant exclusivement de la seule gestion des besoins informatiques, mais qu'elle peut être envisagée dans d'autres domaines, ayant généralement trait au fonctionnement et à la logistique du client (entretien et maintenance de bâtiments, gardiennage, entretien d'un parc automobile, ...).

### 1.2. Légitimité et limites du recours à l'externalisation

Ce sont des considérations de « bonne gestion » qui doivent inspirer le recours à l'externalisation et commander le choix d'une formule, ainsi que l'étendue et les modalités de la collaboration entre l'entité bénéficiaire et le prestataire extérieur. Cette collaboration sera envisagée dans des domaines où les évolutions techniques requièrent d'importants investissements auxquels une entité n'est pas nécessairement disposée à consentir (informatique, télécommunications). Elle le sera également là où l'affectation d'un personnel attiré ne répond plus nécessairement aux exigences d'une gestion efficace (entretien et maintenance de bâtiments, gardiennage, entretien d'un parc automobile, etc.).

Il est donc hasardeux de voir a priori dans l'externalisation un « bon » ou « mauvais » mode de gestion : pareille approche confinerait à un manichéisme peu adéquat. Cela étant, toute opération d'externalisation

– à tout le moins dans les sphères publiques et administratives – doit être envisagée selon deux ordres de considérations.

Certaines composantes d'une activité ne peuvent – directement ou indirectement – être soumises à l'externalisation, sous peine d'altérer les caractéristiques essentielles de cette activité, parmi lesquelles sa nécessaire proximité avec les institutions publiques<sup>4</sup> : lorsque la maîtrise publique est inhérente à la fonction externalisée, l'atteinte portée par l'externalisation à cette maîtrise dénature en quelque sorte la fonction.

Ainsi, en irait-il, de l'externalisation de la gestion de données d'écoutes téléphoniques dans l'exercice de la fonction de police. De même, a-t-on pu déplorer – dans la mise en place des systèmes de vote électronique – que la maîtrise des systèmes échappe aux assemblées parlementaires et que la maîtrise du contrôle des opérations électorales échappe aux citoyens, et ce, à raison d'un « glissement » de l'ensemble des composantes vers des « techniciens », prestataires de services extérieurs aux institutions.

À la mesure de l'externalisation correspond un degré de dépendance de l'entité bénéficiaire à l'égard du prestataire extérieur et, partant, un risque de précarité dans l'exercice continu de l'activité externalisée. Ce constat est d'autant plus évident lorsque l'externalisation est envisagée avec un partenaire unique et pour une période importante<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Telle est la définition retenue par une directive n°30.892 du 3 août 2000, du ministre français de la Défense (citée dans le Rapport d'information déposé à l'Assemblée nationale par la Commission de la Défense nationale et des forces armées sur l'externalisation de certaines tâches relevant du ministère de la Défense, et présenté par M. DASSEUX, p.5-6 (Paris, Documents de l'Assemblée nationale, 2002, n°3.595).

<sup>2</sup> Il n'est pas exclu que cette conception extensive ait inspiré les références à l'externalisation, ou à l'outsourcing, au cours des travaux préparatoires précédant l'adoption du décret du 27 mars 2002 portant création de l'Entreprise publique des technologies nouvelles de l'information et de la communication de la Communauté française (M. B., 17 mai 2002).

<sup>3</sup> Définition du « Guide Syntec » reproduite par le Lamy. *Droit de l'informatique et des réseaux*, Paris, éd.2003, n° 1302.

<sup>4</sup> X. Delgrange et L. Detroux, « Les limites constitutionnelles à la privatisation », *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, Bruxelles, 2005, p. 48, n° 5 (*Bibliothèque de droit administratif*, n° 5).

<sup>5</sup> Ceci ne doit cependant pas occulter les avantages que peuvent, par ailleurs, présenter de tels choix.

### 1.3. Ressources et contraintes du droit des marchés publics

Pour autant que le partenariat envisagé dans un processus d'externalisation puisse s'analyser comme un marché public<sup>6</sup>, l'application de la législation relative aux marchés publics retiendra inévitablement l'attention. À cet égard, quelques observations gagnent à être brièvement formulées dans le cadre nécessairement étroit de cette contribution.

Avant tout, on relèvera que la législation relative aux marchés publics ne contraint ni n'aide à recourir à l'externalisation comme mode de gestion des besoins d'une entité. C'est au pouvoir adjudicateur, et à lui seul, que revient toute initiative en ce sens. Rien ne l'empêche d'assurer en régie les activités et fonctions concernées<sup>7</sup>. C'est à ce même pouvoir adjudicateur qu'il appartiendra également de déterminer les modalités selon lesquelles il conçoit l'externalisation.

L'importante marge de manoeuvre dont dispose le pouvoir adjudicateur dans la définition des modalités du partenariat découle de ce que la législation relative aux marchés publics ne constitue qu'un cadre dans lequel doivent s'inscrire la passation et l'exécution d'un marché, alors que – s'agis-

sant de l'exécution – la définition de la plupart des clauses particulières est laissée à la discrétion du pouvoir adjudicateur<sup>8</sup>. Il s'agit là d'une traduction du souci d'assurer la nécessaire individualisation de tout marché, de manière à en conformer les clauses aux besoins spécifiques préalablement définis par le pouvoir adjudicateur<sup>9</sup>. Celui-ci gagnera donc à tirer le meilleur profit de ce pouvoir d'appréciation qui lui est reconnu : il s'agira, par exemple, de choisir avec soin la durée du partenariat, les conditions d'une éventuelle reconduction, l'étendue des prestations externalisées, les modalités d'identification des utilisateurs des services externalisés, les exigences relatives à la rapidité d'intervention du prestataire en cas de défaillance du système, la disponibilité de ce prestataire « sur place », etc.

Le pouvoir adjudicateur veillera également à exploiter au mieux de ses intérêts (et partant, de l'intérêt général) la latitude qui lui est réservée dans le choix des critères d'attribution et de sélection, de manière – par exemple – à limiter les risques relatifs à la viabilité (et donc à la fiabilité) du prestataire. Ainsi, le pouvoir adjudicateur gagnera-t-il à définir des critères « financiers » de sélection qualitative, qui lui permettent de s'assurer de la solvabilité des candidats, gage d'une viabilité à moyen terme, indispensable si le pouvoir adjudicateur

souhaite engager un partenariat de moyenne ou longue durée.

## 2. La mutualisation

### 2.1. Notion

La mutualisation pourrait être définie comme une pratique d'investissements communs à plusieurs utilisateurs satisfaisant des besoins similaires, et qui bénéficient ainsi de services identiques (ou proches), tout en répartissant la charge de ces investissements.

Bien qu'elle soit fréquemment associée à l'idée de communauté d'utilisateurs, la notion de mutualisation ne peut s'y réduire exclusivement. En ce sens, il nous paraît que l'hypothèse d'un prestataire de services qui favoriserait l'installation d'un cadre d'échanges entre ses clients et bénéficierait ainsi de leurs retours d'expériences en les intégrant dans la maintenance des logiciels développés ne pourrait être qualifié de « mutualisation ». Pour que ce soit le cas, il faudrait que ces utilisateurs valorisent à leur bénéfice (et sous leur maîtrise, même relative) ce partage.

### 2.2. Avantages et inconvénients de la mutualisation

L'avantage le plus fréquemment associé à cette pratique est évidemment celui de « l'économie d'échelle »<sup>10</sup>. Il n'est toutefois pas le seul. Ce mode de gestion peut être envisagé à d'autres fins. Ainsi, la communauté d'utilisateurs peut-elle prendre en

charge, au profit de tous, des prestations que chacun des membres ne serait pas en mesure d'assurer en régie à lui seul. C'est le cas, par exemple, de la maintenance « réglementaire » de logiciels utilisés au soutien de procédures administratives auxquelles doivent se soumettre de nombreuses entités. En dépit des indéniables vertus qui peuvent lui être reconnues, la mutualisation suscite certains inconvénients ou, à tout le moins, fait naître certaines contraintes. La plus évidente est organisationnelle : elle impose à chaque pouvoir adjudicateur concerné d'accepter le « jeu » de la concertation ou de la collaboration avec d'autres entités utilisatrices. Cela implique d'admettre le risque d'une certaine lourdeur dans l'organisation des fonctions ou activités concernées par la mutualisation. La réussite de l'expérience dépendra de la qualité de l'articulation entre une logique communautaire et celle qu'imposent les modes de fonctionnement propres à chaque entité adhérant au projet de mutualisation.

### 2.3. Les voies de la mutualisation

À première vue, il paraît préférable que la mutualisation soit considérée en amont du projet informatique. Dès la conception de celui-ci, tous les futurs utilisateurs peuvent être réunis. Ceci favorise une plus grande cohérence dans la conception du projet<sup>11</sup>. Il n'est cependant pas exclu que la formation d'une communauté d'utilisateurs survienne par la diffusion du service et son ouverture à de nouveaux utilisateurs (mutualisation en aval). L'occasion est alors offerte à celui qui a développé (ou fait déve-

<sup>6</sup> On ne peut évidemment perdre de vue l'hypothèse où l'externalisation porterait sur l'offre d'un service au public (l'hébergement, par une commune, de sites internet d'associations actives sur son territoire, par exemple). L'opération, qui serait ainsi susceptible d'être qualifiée de « concession de service public », échapperait alors à l'application de la législation relative aux marchés publics.

<sup>7</sup> Ph., M.-A. Flamme et Cl. Dardenne, *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, Bruxelles, 2005, p. 28.

<sup>8</sup> D. De Roy, « L'irruption du logiciel libre dans le secteur public : à la découverte d'une actualité fort ancienne », *Les Logiciels libres face au droit*, Bruxelles, 2005, p. 216 et 218 (*Cahiers du Centre de recherches Informatique et Droit*, n° 25).

<sup>9</sup> D. De Roy, « Ressources et contraintes du droit des marchés publics dans l'utilisation des logiciels libres », *Logiciels libres, services publics indépendants ? Compte rendu du colloque organisé le 17 mars 2005 par le Parlement de la Communauté française*, Bruxelles, 2005, p. 29.

<sup>10</sup> Ainsi qu'en témoignent les fréquentes allusions au cours des débats parlementaires qui ont précédé l'adoption du décret organique de l'Étnic.

<sup>11</sup> En ce qui concerne, par exemple, la définition des besoins.

lopper) un logiciel de rentabiliser son investissement de départ en associant d'autres utilisateurs éprouvant des besoins similaires.

#### 2.4. Mutualisation libre ou imposée.

En effet, si l'initiative d'une pratique de mutualisation ou l'adhésion à une expérience en cours se conçoivent, a priori, sur une base volontaire, il n'est pas exclu que ce mode de gestion puisse être imposé ou fermement encouragé. Cela semble être le cas en Communauté française pour la gestion de logiciels de comptabilité des services à gestion séparée<sup>12</sup>. De même, la création de l'Etnic procédait-elle de cette idée de mutualisation « dirigée », même si une modification du décret organique a sensiblement remis en cause cette approche fondatrice<sup>13</sup>. On observera, de manière générale, que, dans certains cas, le caractère obligatoire du recours à la mutualisation paraît constituer le gage d'une réussite de l'expérience et la garantie de son efficacité. En effet, la gestion des logiciels utilisés au soutien de (télé-)procédures à caractère réglementaire qui régissent les relations entre une autorité hiérarchique (ou de tutelle) et les entités subalternes (ou décentralisées) en est une illustration.

#### 2.5. Ressources et contraintes du droit des marchés publics

Il faut distinguer la circonstance où plu-

sieurs pouvoirs adjudicateurs se réunissent pour solliciter les services d'un prestataire tiers, dans le cadre d'une opération unique, et une conception plus largement répandue du marché. Cette dernière donne lieu à la naissance d'une relation contractuelle entre un pouvoir adjudicateur et un opérateur économique. Le régime juridique de l'opération empruntera à la législation relative aux marchés publics ou à d'autres figures de partenariats, selon les objectifs poursuivis par les utilisateurs et les avantages qu'ils recherchent au travers de la pratique de mutualisation.

S'agissant des marchés conjoints, c'est avant tout vers l'article 19 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services que l'on se tournera pour trouver, dans la législation relative aux marchés publics, l'ancrage d'une pratique de mutualisation. En l'occurrence, citons cette disposition, selon laquelle « *L'exécution conjointe de travaux, de fournitures ou de services pour le compte de pouvoirs adjudicateurs différents peut, dans l'intérêt général, faire l'objet d'un marché unique attribué par adjudication, par appel d'offres ou par procédure négociée, dans les conditions déterminées par la loi (al.1er). Les personnes intéressées désignent l'autorité ou l'organe qui interviendra, en leur nom collectif, à l'attribution et à*

*l'exécution du marché* » (al.2)». Sur la base de cette disposition, on peut donc imaginer que plusieurs pouvoirs adjudicateurs se réunissent pour la passation d'un seul marché portant, par exemple, sur le développement et la maintenance d'un logiciel répondant aux besoins qu'ils partagent et dont il apparaît conforme à l'intérêt général d'assurer la gestion en commun<sup>14</sup>. Pour séduisant qu'il soit, le recours à cette pratique ne va toutefois pas sans susciter certaines difficultés ou interrogations, particulièrement dans le domaine qui retient l'attention en l'espèce : outre les défis que fait naturellement surgir la réunion de plusieurs pouvoirs adjudicateurs<sup>15</sup>, on se demandera notamment si le regroupement de plusieurs pouvoirs adjudicateurs est admis, alors que les circonstances et l'objet du marché ne les contraindraient pas, nécessairement, à se réunir<sup>16</sup>. Par ailleurs, le recours aux marchés conjoints ne se conçoit que lorsque la démarche commune s'inscrit dans une hypothèse d'externalisation « exclusive » : il ne permettra pas de traiter la gestion « en régie » de certains besoins communs à l'ensemble des utilisateurs<sup>17</sup>.

Le recours à la figure du mandat peut également être envisagé. Il suppose que chaque pouvoir adjudicateur confie à un

mandataire « commun » le pouvoir de passer au nom de chaque mandant un marché portant sur des services informatiques. On n'ignorera toutefois pas les difficultés et incertitudes qui entoureront le régime juridique de l'opération (conditions et modalités de choix du mandataire, objet et étendue de sa mission, assujettissement de ce mandataire à la législation relative aux marchés publics, ...) <sup>18</sup>, ainsi que les limites d'un procédé peu compatible, ici encore<sup>19</sup>, avec la gestion « en régie » de besoins communs à l'ensemble des utilisateurs<sup>20</sup>.

En l'état actuel des réflexions, la seule possibilité de faire assurer en régie certaines prestations au bénéfice de l'ensemble des utilisateurs réunis en communauté semble offerte par la création – à l'initiative de l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs concernés – d'une personne morale qui assurerait ces prestations. De façon schématique, on imaginera que celles-ci puissent être financées par des contributions respectives que compenseraient les gains découlant des économies d'échelle produites par l'achat en groupement. La création de cette personne morale pourrait, par ailleurs, faciliter la conduite des procédures de passation des marchés et favoriser la création d'un foyer de synergies entre les différents utilisateurs. Pour idéal qu'il

<sup>12</sup> Cour des comptes, *Les services à gestion séparée de la Direction générale de l'enseignement obligatoire. Financement, organisation et contrôle interne*, Bruxelles, 2004, p.28.

<sup>13</sup> Dans sa version initiale, l'article 3, §3, du décret du 27 mars 2002 réservait, pour les missions énumérées au paragraphe premier (à savoir toute la politique informatique), le pouvoir d'initiative et d'action à cette seule entreprise publique, à l'exclusion des services de la Communauté française ; ceux-ci étaient donc contraints de s'adresser à l'Etnic pour toute initiative en ce domaine ; cette disposition a été modifiée par l'article 18 du Décret-programme du 17 décembre 2003 portant diverses mesures concernant les fonds budgétaires, le recouvrement des créances, la RTBF, les experts et les commissaires aux comptes du Gouvernement, l'École d'administration publique de la Communauté française, l'Etnic, l'aliénation des immeubles domaniaux appartenant à la Communauté française, les institutions universitaires, les statuts des personnels de l'enseignement, l'enseignement, les centres psycho-médico-sociaux, les centres de vacances, le sport, l'éducation permanente et les infrastructures culturelles (Mon.b., 30 janvier 2004) : cette exclusivité reconnue à l'Etnic est désormais abolie.

<sup>14</sup> Sur ce que des considérations liées à l'intérêt général et à la « bonne administration » peuvent naturellement commander l'organisation d'un seul marché, cf. C.E., arrêt n° 24.444 du 7 juin 1984, Entr. Dr., 1991, p.235, cité par M.-A. Flamme, (et al.), *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6e éd., Bruxelles, 1996-1997, t.IA, p.369.

<sup>15</sup> Cf., à ce propos, les illustrations offertes par M.-A. Flamme (et al.), op.cit., pp.369-373.

<sup>16</sup> A l'approche relativement souple du législateur qui, au travers de l'article 19 de la loi du 24 décembre 1993 n'impose pas d'exigences plus précises que le seul souci d'ouvrir en vue de l'intérêt général, on opposera l'approche apparemment plus restrictive du Conseil d'État : selon la haute juridiction administrative, « pour que les travaux puissent faire l'objet d'une seule adjudication, leur jonction implique évidemment qu'ils doivent être considérés à tous points de vue comme une seule entité, de sorte qu'ils ne sont susceptibles que d'être attribués globalement à un seul entrepreneur » (arrêt n° 24.444, précité).

<sup>17</sup> Cf. infra, n°22.

<sup>18</sup> Cf., à ce propos, Ph., M.-A. Flamme et Cl. Dardenne, op.cit., pp.45-49 ; D. Batselé, Ph. Flamme et Ph. Quertainmont, *Initiation aux marchés publics*, 2e éd., Bruxelles, 2001, p.26-27.

<sup>19</sup> Cf. supra, n°20.

<sup>20</sup> Cf. infra, n°22.

puisse paraître à première vue, ce cas de figure n'échappera pas à certaines difficultés par l'effet desquelles il pourrait fort bien ne pas évoluer du stade de la théorie à celui de la pratique. Ainsi en est-il notamment des exigences au respect desquelles la Cour de justice des Communautés européennes subordonne l'admissibilité des marchés publics et contrats *in house* : on rappellera brièvement qu'un pouvoir adjudicateur peut être dispensé de procéder à une mise en concurrence lorsqu'il envisage de passer un contrat avec une personne morale juridiquement distincte, pour autant qu'il exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et que cette personne morale réalise l'essentiel de son activité avec ce pouvoir adjudicateur. Le respect de ces exigences n'est pas garanti lorsque – comme on peut le concevoir dans le cadre d'une expérience de mutualisation – un nombre plus ou moins élevé de pouvoirs adjudicateurs « partagent » le contrôle de la personne morale dédiée à la gestion du projet informatique. Le recours à la figure du contrat *in house* risque de devenir plus difficile encore si la Cour de justice suit la thèse soutenue par l'avocat général Geelhoed dans ses conclusions présentées le 12 janvier 2006 en l'affaire C-410/04<sup>21</sup>, où il soutient que les deux exigences (contrôle du pouvoir adjudicateur et réalisation de l'essentiel des activités à son profit) doivent être satisfaites en permanence et pas uniquement lors de la formation du contrat. Le respect de cette exigence pourrait fort bien se révéler incompatible avec le développement d'une mutualisation « en aval » par

l'ouverture de la communauté d'utilisateurs.

### 3. Premiers éléments de méthodologie

Sans préjuger des analyses plus substantielles que livreront d'autres interventions au cours de ce colloque, il semble que l'approche conceptuelle succincte que nous avons proposée permette de définir les premiers éléments de méthodologie dans le choix et la mise en oeuvre des modes de gestion des besoins informatiques.

Dès lors que l'externalisation et la mutualisation font se côtoyer avantages et inconvénients, ni l'une ni l'autre ne doivent être considérées comme une fin en soi, ni être exclues *a priori*. S'agissant de modes de gestion de l'informatique publique, les administrations n'y auront recours que moyennant une évaluation coûts-bénéfices des différents modes de gestion qui, dans un contexte déterminé, peuvent être envisagés<sup>22</sup>.

De la même manière, les modalités suivant lesquelles le recours à l'externalisation et/ou à la mutualisation sera conçu devront être définies soigneusement. Le choix et l'utilisation d'instruments juridiques appropriés revêtiront, à cet égard, une importance primordiale.

Les administrations concernées tireront le meilleur profit de la latitude dont elles jouissent dans le choix de ces modes de gestion, et ce, nonobstant certaines contraintes que fait peser sur la conduite de leur action le droit des marchés et contrats publics.

---

<sup>21</sup> Associazione nazionale autotrasporto viaggiatori (ANAV) c/ Comune di Bari, AMTAB Servizio SpA. Cf., à ce propos, *Bulletin d'actualité Lamy Droit public des affaires*, février 2006, p.5-6. Cette thèse a effectivement été confirmée par la Cour de justice dans l'arrêt rendu, en cette affaire, le 6 avril 2006 (D. De Roy, « L'arrêt 'ANAV' : la C.J.C.E. limite encore les ressources de sa jurisprudence relative aux contrats *in house* », *Bulletin d'actualité Lamy Droit public des affaires*, Mai 2006).

<sup>22</sup> Sur l'importance de cette évaluation préalable, cf., en France, le *Rapport d'information sur l'entretien des matériels des armées*, déposé à l'Assemblée nationale le 23 octobre 2002.