



**Projet de loi
pour une « République numérique »**

**Priorité au logiciel libre
dans le secteur public**

25 mars 2016

Afin de garantir une informatique loyale au service de l'intérêt général nous proposons l'amendement suivant visant à rétablir une véritable politique publique en faveur des logiciels libres, seules à même de garantir l'indépendance technologique des administrations et leur souveraineté numérique :

À l'article 9 ter :

I. – Substituer aux mots :

« encouragent l'utilisation des logiciels libres et des formats »

les mots :

« donnent la priorité aux logiciels libres et aux formats »

II. compléter cet article par l'alinéa suivant :

« Les modalités d'application du premier alinéa sont définies par décret en Conseil d'État. »

Introduction

Le logiciel libre est l'incarnation informatique de notre devise républicaine, « Liberté, Égalité, Fraternité ». Les logiciels libres, de part le fait qu'ils peuvent être vérifiés et améliorés par tous, sont une brique de base pour construire une informatique qui soit au service des utilisateurs, donc des citoyens, et non pas un outil pour ceux qui souhaitent les asservir.

Ils présentent également de nombreux avantages, indépendance technologique et souveraineté numérique, interopérabilité, auditabilité du code, possibilité de redistribution et de mutualisation qui en font aujourd'hui un enjeu politique majeur.

Les formats ouverts et le logiciel libre poursuivent les mêmes objectifs : être au service de chacun et garantir que les utilisateurs conserveront le contrôle de leurs données, tout en assurant la pérennité de ces mêmes données. Par l'utilisation de formats fermés ou privés, les institutions publiques favorisent les positions dominantes des entreprises qui les implémentent.

Face à la puissance économique des entreprises qui diffusent des logiciels privés, l'inaction n'est pas la bonne solution, car les forces en jeu sont trop dissymétriques. Il faut des politiques beaucoup plus volontaristes en matière de logiciels libres.

Le principe d'une priorité au logiciel libre a été consacré dans la loi en 2013 lors de l'adoption du projet de loi enseignement supérieur et recherche. Cette priorité donnée au logiciel libre concernant le service public de l'enseignement supérieur est une première étape qui doit se poursuivre et se généraliser par la mise en place d'une vraie politique publique en faveur du logiciel libre.

La démarche de priorité aux logiciels libres et aux formats ouverts ne doit pas se limiter aux seuls services de l'État : l'ensemble des services publics, de par leur rôle même, doivent également bénéficier des libertés qui sont offertes par les logiciels libres. Les citoyens ne peuvent pas être restreints dans leurs échanges avec les services publics par l'enfermement technologique.

Pourquoi passer par la loi ?

La priorité au logiciel libre pourrait passer par une modification du code des marchés publics. Pour cela, le recours à la loi paraît pertinent, voire nécessaire. En effet, l'ordonnance du 23 juillet 2015 qui a vocation à remplacer le code des marchés a abrogé le décret-loi du 12 novembre 1938, qui donnait habilitation législative au gouvernement pour réglementer le droit des marchés publics par décret. La compétence législative semble donc bien établie, même si l'ordonnance formule souvent des principes généraux pour renvoyer aux décrets d'application. Il revient donc au législateur de définir les nouvelles

règles du droit des marchés publics, telles que la priorité aux logiciels libres, le gouvernement ne pouvant réglementer par décret que les mesures d'applications.

Pourquoi un « encouragement » ne convient pas ?

Dans sa formulation actuelle, l'article 9 ter institue que :

« les services de l'État, administrations, établissements publics et entreprises du secteur public, les collectivités territoriales et leurs établissements publics encouragent l'utilisation des logiciels libres et des formats ouverts lors du développement, de l'achat ou de l'utilisation d'un système informatique. »

Au delà du fait que le terme d'« encouragement » n'a aucune valeur juridique¹ car sans portée contraignante, le député Christian Paul a parfaitement exprimé l'absence de portée politique de cette formulation lors des débats en séance publique :

« Cela fait plus de dix ans, peut-être quinze, que nous « encourageons » l'utilisation des logiciels libres par les administrations françaises. Or il est clair que cela ne suffit pas. Dans des pans entiers de l'administration, il n'y a pas d'appétence pour les logiciels libres. »²

Par ailleurs, il a souvent été entendu que cette formulation était la voie du compromis. Or, la « priorité » est déjà une solution graduée dans la mesure où le logiciel libre n'y est pas décrit comme un impératif absolu. La priorité apparaît donc seulement comme l'obligation d'un choix raisonné, privilégiant le recours à une licence libre quand cela est possible, et selon des critères objectivement définis par décret.

La légalité d'une priorité au logiciel libre dans les marchés publics

La question de la validité d'une priorité a déjà été juridiquement tranchée par la Cour constitutionnelle italienne le 23 mars 2010³, dans le cadre d'une loi locale qui privilégiait l'usage de logiciels libre. Elle y dissipe les doutes sur une éventuelle illégalité d'une telle mesure : il n'y a pas de violation des règles de la concurrence, car le concept de logiciel libre n'est pas une notion relative à une technologie déterminée, une marque ou un produit, mais représente une caractéristique juridique :

« Enfin, le requérant allègue à nouveau à l'article 6, paragraphe 1, de la loi où, en étendant l'allégation au paragraphe 2, mais également à l'article 4, paragraphe 1, dans la partie qui prévoit l'utilisation par la Région "de programmes informatiques open source pour la diffusion des documents soumis à l'obligation de divulgation". [...] À cet égard, la défense de l'État observe que les dites normes seraient constitutionnellement illégitimes notamment envers le principe de la concurrence, "comme développé par la jurisprudence de la Cour de Justice Européenne et mise en oeuvre dans notre système en matière de contrats publics avec le code des contrats".

[...] Cependant, il ne serait pas compréhensible que le choix d'une institution en fonction d'une caractéristique, et non d'un produit, réalisé sur la base d'une évaluation technique et économique de commodité et d'opportunité, puisse être considéré comme invasif par rapport à la règle relative à la protection de la concurrence. »

Cette décision confirme que la qualité de logiciel libre est une caractéristique fonctionnelle, juridique, et

1 M. Patrice Martin-Lalande : « La valeur juridique du terme « encourage » est faible — c'est un euphémisme. ». Lors des débats en Commission des lois de l'Assemblée nationale ; <http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr-cloi/15-16/c1516035.asp>

2 Transcription officielle : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2015-2016/20160106.asp>

3 Décision disponible sur <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2010&numero=122> . Traduction par nos soins

non la détermination d'un produit particulier, et donc donner une telle priorité ne pose pas de difficulté au regard du droit de la concurrence.

De fait, la directive relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics n'exclut⁴ pas la spécification d'exigence fonctionnelle par l'adjudicateur public qui reste souverain des choix de sa commande.

En ce sens, la priorité au logiciel libre se traduit par l'inscription dans le cahier des charges d'un marché, de clauses de propriété intellectuelle portant sur les droits d'auteur du logiciel objet de la commande, et répondant à des besoins des administrations préalablement identifiés et reconnus par le législateur (mutualisation, indépendance, auditable, etc.). Il n'y a donc pas de discrimination entre les acteurs économiques qui restent libres de proposer une offre répondant aux exigences fonctionnelles de l'adjudicateur.

En cela il n'y a pas de rupture avec le fonctionnement classique d'un marché public, dans le respect des principes d'égalité de traitement et de liberté d'accès.

Le respect de ces principes de la commande publique dans le cadre d'un marché public imposant le recours à un logiciel libre a d'ailleurs été reconnu par le Conseil d'État dans un arrêt de septembre 2011⁵. La haute cour administrative a ainsi établi qu'il n'y avait pas de rupture d'égalité ni d'entrave à la concurrence « *en raison du caractère de logiciel libre que celui-ci (le logiciel objet du marché) présente et qui le rend librement et gratuitement modifiable et adaptable aux besoins de la collectivité par toute entreprise spécialisée* » dans le marché en cause.

Il convient toutefois de noter que les amendements visant à donner priorité au logiciel libre dans les marchés publics, ne cherchent en aucun cas à généraliser cette jurisprudence. Dans l'affaire mentionnée, il s'agit d'un cas particulier où un logiciel libre acquis à titre non-onéreux, et donc sans appel d'offre, a été valablement inscrit au titre des spécifications techniques car ses qualités intrinsèques n'entravaient pas la concurrence entre les candidats et garantissait une liberté d'accès au marché. Il ne s'agissait pas en l'espèce d'un marché d'acquisition de solution logiciel, pour lesquels il est interdit de spécifier un produit déterminé, notamment sans la mention « ou équivalent »⁶.

Un amendement « priorité » s'inscrit en amont de ce cas de figure, lorsqu'un adjudicateur cherche à acquérir ou faire développer un logiciel pour répondre à ses besoins. Donner une priorité au logiciel libre n'est pas l'imposition d'un produit spécifique, mais une simple exigence fonctionnelle inscrite dans le cahier des charges. Une exigence qui permettra par ailleurs de maintenir une égalité d'accès et une concurrence effective dans d'éventuels marchés subséquents.

Notons par ailleurs que le législateur Italien a fait le choix d'inscrire une priorité au logiciel libre dans son code des marchés publics.⁷

4 Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JO L 134 du 30 avril 2004, voir : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0018:fr:HTML>

5 Conseil d'État, n° 350431, 30 septembre 2011, affaire « Lilie ».

6 CJCE, 3 décembre 2001, affaire C-59/00, Ben Moustén Vestergaard

7 Article 68 de la loi sur l'administration publique numérique (Codice dell'Amministrazione Digitale <http://www.agid.gov.it/cad/analisi-comparativa-soluzioni> traduction par nos soins.

Une liberté d'administration encadrée et protégée

Il ne s'agit donc pas d'imposer un recours au logiciel libre au détriment des administrations. Il s'agit avant toute chose de mettre en place une politique publique globale en faveur d'une pratique reconnue comme bénéfique pour les entités publiques et plus à même de servir l'intérêt général.

Un des premiers bénéfice notable est celui de l'indépendance technologique et de la souveraineté numérique. Les qualités intrinsèques d'un logiciel fondé sur une licence libre font qu'il permet de garantir aux acteurs publics la possibilité de changer de prestataire bien plus simplement.

De cette indépendance découle une pérennité des données de l'administration qui ne dépendront pas de la solution d'un éditeur ou des formats qu'elle implémente.

Un système d'information basé sur une solution libre est également une garantie de transparence, puisque les codes sources des logiciels utilisés par les administrations seront ouverts et donc accessibles. Et en ce sens, il y a un bénéfice en termes de sécurité des systèmes d'information. « *Parce que le code source est public et donc auditable, la sécurité des logiciels libres peut être mieux assurée* »⁸.

La mutualisation des coûts de maintenance et de développement est un facteur supplémentaire. Seul le coût de formation semble plus difficilement mutualisable, bien que possible via des formations à distance, et est de toute façon amplement rentabilisé sur le long terme.

Dans cette perspective, plus d'administration, d'un même échelon notamment, utiliseront des logiciels libres, plus la communauté d'utilisateurs publics grandit, et plus les bénéfices augmentent et sont partagés. Les plus petites collectivités semblent en ce sens pouvoir tirer beaucoup d'avantages d'une telle dynamique.

En cela, l'intérêt du recours à la loi, dans une de ses fonctions les plus essentielles d'impulsion, de garant d'unité républicaine et de la cohésion sociale et territoriale⁹, paraît d'autant plus évident.

Pour reprendre les termes de la députée Isabelle Attard, lors d'une de ses interventions en séance publique lors de la première lecture du projet de loi à l'Assemblée nationale ; plus qu'une atteinte à leur libre administration ;

*« si une collectivité veut garder toute liberté d'action pour les années à venir, elle doit utiliser le logiciel dit « libre ». La priorité que nous défendons n'est donc pas un gadget, mais une liberté supplémentaire donnée aux collectivités. »*¹⁰

À propos de l'April :

L'April est l'association nationale de promotion et de défense du logiciel libre. Créée en 1996, l'April regroupe près de 4 000 adhérents individuels et 4 000 structures (entreprises, associations, collectivités, organismes du secteur éducatif). La mobilisation de ses bénévoles et de son équipe de permanents (trois personnes) lui permet de mener des actions nombreuses et variées en faveur de la démocratisation et de la diffusion du logiciel libre auprès du grand public, des professionnels et des institutions dans l'espace francophone.

L'April collabore depuis de nombreuses années avec les responsables politiques et les pouvoirs publics sur les enjeux éthiques, sociaux, économiques et stratégiques du Logiciel Libre.

8 Rapport Carayon, « À armes égales », 3 octobre 2005, p75,

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000728.pdf>

9 M. Christian Poncelet, Président du Sénat de 1998 à 2008 ; <http://www.senat.fr/rap/r99-447-1/r99-447-1144.html#toc276>

10 Transcription officielle : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2015-2016/20160106.asp>