



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

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

11 avril 2016

April – 44/46 rue de l'Ouest, bâtiment 8 – 75014 Paris

Tél: +33 1 78 76 92 80 – Fax: +33 1 78 76 92 70

Web : <http://www.april.org> – Courriel : contact@april.org

Association régie par la loi du 1er juillet 1901, déclarée le 20/11/1996 à la préfecture de Bobigny et publiée au Journal Officiel n°51 du 18/12/1996

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 :

Article additionnel :

Après l'article 9, insérer l'article suivant :

Les services de l'État, administrations, établissements publics et entreprises du secteur public, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, et les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une mission de service public donnent la priorité aux logiciels libres et aux formats ouverts lors du développement, de l'achat ou de l'utilisation d'un système informatique.

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 convenait pas ?

En commission des lois du Sénat, l'article 9 ter fut supprimé par l'[amendement COM-253](#) de M. le Rapporteur Christophe-André Frassa. Il instituait 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. »

Dans son exposé de motif, M. Frassa reprochait, à juste titre, l'absence de valeur normative de la disposition. Celle-ci étant dénuée de portée contraignante. Par ailleurs, le rapporteur a exprimé partager « *les préoccupations des auteurs de cette disposition en termes de maîtrise, voire de souveraineté, de leurs systèmes d'information par les administrations* ». Préoccupations pour lesquelles le recours prioritaire au logiciel libre est largement admis comme étant la solution la plus appropriée¹.

D'autant plus que la notion d'« encouragement » souffrait d'un manque flagrant de portée politique, ce que le député Christian Paul a parfaitement exprimé lors des débats en séance publique de l'Assemblée nationale :

*« 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

La formulation de l'article 9 ter supprimé était souvent décrit comme 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 en Conseil d'État.

La séparation des pouvoirs interdit au Parlement de « donner des ordres » au Gouvernement dans l'exercice de sa fonction exécutive. Mais le législateur peut parfaitement encadrer l'action des personnes publiques, dont l'État, dans leur fonction administrative. En ce sens, le législateur ne ferait que poser un principe directeur, une priorité, tout en lui laissant le soin de définir ce qui relève plus spécifiquement du pouvoir réglementaire par renvoi à un décret.

Par ailleurs, des lois récentes, notamment dans le secteur environnemental³, posent des principes bien plus directifs à l'égard de l'État et des collectivités qu'un recours prioritaire au logiciel libre. Et si l'enjeu du développement durable est bien sûr primordial, celui de la souveraineté numérique ne nous semble pas plus secondaire.

Ainsi, bien qu'il semble y avoir un débat théorique⁴ sur l'articulation des articles 34 et 37 de la Constitution française de 1958, l'argument d'une « injonction au Gouvernement » du rapporteur ne nous semble pas justifié.

Malgré les enjeux, M. Frassa a soutenu la suppression de l'article 9 ter plutôt que de lui donner une réelle portée normative, particulièrement sur le fondement d'une prétendue incompatibilité avec « *le principe d'égalité et le droit de la concurrence qui fondent le droit de la commande publique* »⁵.

1 Voir notamment en ce sens la [Résolution](#) du Parlement européen du 29 octobre 2015 sur la surveillance électronique de masse des citoyens de l'Union européenne

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

3 Par exemple, la [loi 2015-992](#) (qui modifie notamment l'article L 100-1 du code de l'énergie) ou l'[article 4](#) de la loi du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement,

4 Voir l'analyse du professeur de droit public Laurent Richer, « [Constitution, contrats et commande publique](#) », Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 37.

5 [Rapport n° 534 \(2015-2016\)](#), fait au nom de la commission des lois, déposé le 6 avril 2016

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 2010⁶, 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 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'exclut⁷ 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, auditabilité, 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 2011⁸. 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

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

7 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>

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

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 »⁹.

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.¹⁰

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 bénéfices 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* »¹¹.

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 territoriale¹², paraît d'autant plus évident.

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

10 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.

11 Rapport Carayon, « À armes égales », 3 octobre 2005, p75, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000728.pdf>

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

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. »¹³

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.

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