



Analyse

Préférence pour le logiciel libre et conformité avec le droit européen

13 juin 2013

Suite aux récents débats et annonces sur une prétendue illégalité d'une priorité donnée au logiciel libre dans la loi, l'April a rassemblé les éléments de droit soutenant une telle disposition. De la jurisprudence européenne aux exemples dans l'Union Européenne, en passant par l'analyse juridique, il ressort que donner la priorité au logiciel libre est un choix politique, d'un État qui choisit de privilégier des licences lui assurant un certains nombres de droits. Ce choix politique et juridique ne pose donc pas de difficulté particulière au regard du droit européen (de la concurrence notamment) et représente au contraire un signal fort en faveur de l'interopérabilité, de la pérennité, de la liberté et de l'égalité.

Préférence pour le logiciel libre et conformité avec le droit européen

La question a été juridiquement tranchée par la Cour constitutionnelle italienne le 23 mars 2010¹. Cette décision est particulièrement intéressante car elle part de la question même qui nous préoccupe ici : le gouvernement central italien avait saisi la cour constitutionnelle car il considérait qu'une disposition de la loi locale du Piémont, qui privilégiait explicitement le logiciel libre, allait à l'encontre du droit de la concurrence.

En réalité, comme l'explique la cour, 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. Les questions ne sont donc pas fondées.»

Cette décision est particulièrement importante, car elle est la seule aujourd'hui à trancher explicitement sur la question en droit européen (d'autres décisions, notamment en Belgique, se sont basées sur la répartition des compétences entre gouvernement locaux et centraux).

Elle rappelle que la qualité de logiciel libre est une caractéristique fonctionnelle 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.

Par ailleurs, d'autres pays ont choisi de mettre en place des politiques demandant prioritairement du logiciel libre et des standards ouverts, sans aucun problème de sécurité juridique (Espagne, Portugal ...). La conformité d'une telle préférence avec le droit européenne ne pose donc pas.

¹ Décision disponible sur <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2010&numero=122>.
Traduction par nos soins

Développements

Préférence pour le logiciel libre et conformité avec le droit européen.....	2
Des politiques publiques donnant la priorité au logiciel libre et aux standards ouverts en Europe...3	
En Italie.....	3
Au Portugal.....	3
En Espagne.....	3
Analyse juridique : la légalité de la priorité au logiciel libre.....	4
La légalité d'une priorité au logiciel libre.....	4
Importance de l'intérêt général	5
La « neutralité technologique »	5
Des avantages intrinsèques du logiciel libre.....	6

Des politiques publiques donnant la priorité au logiciel libre et aux standards ouverts en Europe

En Italie

Le parlement italien a voté le 7 août 2012 une modification du code des marchés publics, qui demande d'utiliser du logiciel libre, et de n'envisager le logiciel propriétaire que dans l'hypothèse où il est prouvé qu'il n'y a pas de solution libre disponible (article 68 CAD - Codice dell'Amministrazione Digitale) . Ainsi par cette disposition le parlement Italien souhaite faire de l'usage du logiciel libre et des formats ouverts la règle, relayant par la même le logiciel propriétaire au titre des exceptions. L'évaluation doit se faire en conformité avec les règles et critères établis par l'Agenzia per l'Italia Digitale. Un décret a également été publié en 2012, qui concerne l'Open Data et les formats ouverts.

Pour plus d'information :

- <http://colibre.org/les-logiciels-libres-dans-le-code-des-marches-publics-italien/>
- <http://www.april.org/decret-sur-les-formats-ouverts-en-italie>

Au Portugal

Au Portugal la voie législative a été empruntée le 21 juin 2011 afin de promouvoir de manière solennelle les standards ouverts et inciter à leurs usages au sein des administrations publiques¹ .

Puis, le 8 novembre 2012, le gouvernement entérine sa politique en faveur des standards ouverts par la publication au Journal Officiel d'une liste de formats ouverts et par l'injonction aux administrations de migrer l'ensemble des documents vers des formats ouverts avant juillet 2014². L'un des principaux arguments du gouvernement portugais est la réalisation d'une économie estimée à 500 millions d'euros par an, pour réinjecter ces deniers publics en faveur de l'économie locale.

1 Loi 36/2011 du 21 juin 2011 établissant l'adoption de normes ouvertes sur les systèmes informatiques publics / Lei n.º 36/2011 de 21 de Junho - Estabelece a adopção de normas abertas nos sistemas informáticos do Estado

2 <http://www.esop.pt/portugal-publishes-open-standards-catalogodf-pdf-and-several-other-standards-are-mandatory/> - la régulation est disponible sur <http://dre.pt/pdf1sdip/2012/11/21600/0646006465.pdf> (page 3, en portugais).

En Espagne

En Espagne la publication d'un décret¹ par le pays basque espagnol en faveur de la mutualisation des investissements en informatique libre amorce progressivement la migration de l'administration vers le logiciel libre et les formats ouverts.

D'autres pouvoirs locaux ont également adopté des mesures allant dans ce sens : selon une publication de la commission européenne, le gouvernement de la région espagnole Extrémadure a entamé la migration de 40 000 postes de bureau vers du logiciel libre. Le gouvernement de la région estime que cette migration lui permettra une économie de 30 millions d'euros par an ² .

À travers ces exemples, force est de constater que la prétendue incompatibilité avec le droit européen de la concurrence est infondée et l'usage de la voie législative pour donner la priorité au logiciel libre et aux standards ouverts n'est en rien illégale. Un tour d'horizon en Europe permet au contraire d'observer que face à la restriction budgétaire, l'heure est à la mutualisation des investissements entre les collectivités publiques, or seul le logiciel libre et les standards ouverts répondent à cette stratégie coopérative.

Analyse juridique : la légalité de la priorité au logiciel libre

La légalité d'une priorité au logiciel libre

La directive relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics³ n'exclut pas la spécification d'exigence fonctionnelle par l'adjudicateur public qui reste souverain des choix de sa commande.

La seule contrainte majeure qui s'impose aux États-membres est l'absence de discrimination (principe d'égalité entre les soumissionnaires), qui fait l'objet d'importants tempéraments : il s'agit donc d'un principe relatif et non absolu. La cour de justice des Communautés européennes l'a rappelé en considérant que le principe d'égalité « veut que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale à moins qu'un tel traitement soit objectivement justifié »⁴.

Par ailleurs, les différences de traitement existent sur d'autres sujets. Il existe ainsi des dispositions législatives en faveur de l'accès des PME innovantes aux marchés publics, au sein de la loi de Modernisation de l'économie du 4 août 2008⁵, qui adopte la même logique. Plus précisément, l'article 26

1 Decreto 159/2012, de 24 de julio, por el que se regula la apertura y reutilización de las aplicaciones informáticas de la administración pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi, décret publié au journal officiel du Pays Basque espagnol le 23 Août 2012, disponible en ligne voir :

<http://www.esle.eu/blog/blog/2012/08/23/decreto-de-reutilizacion-de-software-del-gobierno-vasco-2/>

2 Pour plus d'information voir : <https://joinup.ec.europa.eu/community/osor/news/spains-extremadura-starts-switch-40000-government-pcs-open-source>

3 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>

4 CJCE 20 septembre 1988 aff.203/86, Espagne c/Conseil pt 25 Rec.CJCE p.4563 voir http://eur-lex.europa.eu/smart/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=fr&numdoc=61986CJ0203 , également CJCE, 7 novembre 2000, aff. C-168/98, Luxembourg c/Parlement et Conseil, Rec.CJCE, p. 9131 <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&num=C-168/98>

5 Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME) , publiée au JORF le 5 août 2008 voir <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019283050>

de cette loi prévoit que les acheteurs publics peuvent réserver une partie de leurs marchés de haute technologie, de recherche et de développement et d'études technologiques aux PME innovantes ou leurs accorder un traitement préférentiel en cas d'offres équivalentes. À ce titre, la disposition en cause du choix de donner la priorité au logiciel libre dans le cadre du service public du numérique éducatif donc une partie seulement du marché, peut être considérée comme étant de même nature que celle qui existe déjà au profit des PME. Elle aurait même un impact moindre que cette dernière, qui touche 62 domaines d'activité : informatique, énergie, télécommunication, environnement, défense, électricité, chauffage (etc.)¹.

Concernant l'atteinte au principe d'égalité, donner la priorité au logiciel libre ne pose aucune discrimination entre les acteurs du marché puisque le législateur ne fait que spécifier un modèle offrant les fonctionnalités répondant à ses attentes en la matière mais n'opère aucune discrimination entre les acteurs eux-mêmes, chacun restant libre de proposer une offre répondant à ces exigences techniques posées par le législateur en raison des buts poursuivis. En somme il s'agit simplement d'inscrire dans la loi, en amont, les besoins de la personne publique et d'assurer ainsi la poursuite de ses objectifs, ce qui est une prérogative élémentaire et légitime de l'État.

Par ailleurs, il est important de souligner que ce grief de discrimination et d'atteinte au principe d'égalité que pose le droit de la concurrence, a déjà été tranché par le Conseil d'État et cela dans une affaire mettant en cause le logiciel libre même, à l'occasion d'un contentieux opposant la région de Picardie et deux éditeurs de logiciel propriétaire. La décision rendue le 30 septembre 2011 souligne la différence entre marché de fourniture et marché de service: dans le cadre du logiciel libre il n'existe pas de marché de fourniture de logiciel dans la mesure où par principe il n'y a pas d'achat de licence, en revanche il existe bien un marché de service. À ce titre, si l'article 6 - I du code des marchés publics exige que les prestations attendues par le pouvoir adjudicateur soient définies par des "spécifications techniques" figurant dans les documents de la consultation, ces spécifications doivent être justifiées par l'objet du marché. Le paragraphe III du même article souligne que ces spécifications "ne peuvent pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence (ce qui est une transposition de l'article 23 de la directive 2004/18/CE). Afin d'éviter toute restriction de cette nature le paragraphe IV régit les modalités selon lesquelles les spécifications du marché peuvent "faire mention d'un mode ou procédé de fabrication particulier ou d'une provenance ou origine déterminée" ou encore "faire référence à une marque, à un brevet ou à un type". Et en l'espèce, le Conseil d'État estime que, si les spécifications d'un marché portant sur des prestations informatiques, imposaient aux candidats l'utilisation d'un logiciel donné, ces prescriptions n'avaient aucun caractère discriminatoire, parce que ce logiciel libre était accessible à toutes les entreprises intéressées par ces prestations et que les candidats avaient la faculté de lui apporter les modifications permettant de répondre aux besoins de l'acheteur public².

Importance de l'intérêt général

Le Conseil Constitutionnel a déjà eu l'occasion de se prononcer sur des problématiques similaires où des acteurs du marché arguaient d'une rupture d'égalité et d'une atteinte à la libre concurrence commanditée par le législateur³. Les neuf sages n'ont eu de cesse de rappeler que le principe d'égalité

1 Liste fixée dans le décret du 16 mars 2009 publiée le 25 mars 2009 voir <http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020283716&categorieLien=id>

2 Interprétation de la décision telle qu'elle est présentée par les éditions Francis Lefebvre 2013 RJDA 2012 n° 156 Février - Autres contrats spéciaux.

3 Voir par exemple la décision 2002-460 DC du 22 août 2002 <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/2002/2002-460-dc/decision-n-2002-460-dc-du-22-aout-2002.673.html> et 2001-452DC du 6 décembre 2001 <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2001/2001-452-dc/decision-n-2001->

doit toujours être mis en balance avec la poursuite de l'intérêt général : pour des prestations déterminées, le marché peut faire l'objet d'une réservation au profit d'un secteur déterminé conformément à l'intérêt général légitime poursuivi par le législateur. Or est justement en cause, un pan de l'administration publique où l'intérêt général doit être plus que jamais privilégié : donner la priorité au logiciel libre pour un service public du numérique éducatif c'est garantir un égal accès à l'ensemble des élèves de la République française quelque soit l'origine sociale. C'est également faire la promotion d'un outil de travail maîtrisé grâce à la disponibilité des codes sources. Enfin c'est faire la promotion d'un outil qui porte des valeurs de partage en adéquation avec l'éthique pédagogique, qu'on se doit de diffuser prioritairement au sein de l'école de la République.

Seul le logiciel libre assure une parfaite interopérabilité entre les systèmes informatiques tandis que le logiciel propriétaire impose ses formats, créant une dépendance de l'utilisateur à son égard et par la même mettant à mal la pérennité des données dans le temps.

La « neutralité technologique »

Affirmer qu'une disposition en faveur du logiciel libre porterait atteinte au principe de neutralité technologique est un non-sens, car le principe, qui trouve son origine au sein des travaux de la CNUDCI (Commission des Nations Unis pour le Droit Commercial International), a été pensé pour permettre le passage du support écrit au support électronique. Puis face à la généralisation de l'outil informatique, il est aujourd'hui un principe utilisé dans différents corpus législatifs, tel que le code général des impôts ou encore au sein du code des postes et communications électroniques. L'objectif poursuivi par le législateur à travers cette disposition est la lutte contre la dépendance à l'égard d'une technologie unique, et ce au profit de l'interopérabilité et la pérennité des données.

En l'espèce, premièrement, le code des marchés publics ne renferme pas stricto sensu un tel principe de neutralité technologique, il est à ce titre impropre d'évoquer un quelconque « principe de neutralité technologique du droit des marchés publics ». Puis enfin, adresser ce grief à l'égard d'une disposition favorisant le logiciel libre, qui par essence répond au objectif de neutralité technologie, constitue une malversation intellectuelle visant à retourner la lettre de la loi contre son esprit et ses objectifs.

Des avantages intrinsèques du logiciel libre

Le logiciel libre présente des avantages intrinsèques qui constituent autant de raison d'en faire la priorité au sein de l'administration publique:

- la liberté d'utiliser le logiciel, pour quelque usage que ce soit
- la liberté d'étudier le logiciel grâce à la disponibilité des codes sources pour ainsi l'adapter à ses propres besoins.
- la liberté de copier le logiciel sans limitation aucune
- la liberté de modifier le logiciel et de redistribuer les versions dérivées au public.

Ces quatre libertés conjointement mises en œuvre offre ainsi des garanties fondamentales : l'interopérabilité, l'accessibilité et enfin l'indépendance technologique qui est aujourd'hui, plus que jamais, un enjeu majeur.

Ce sont des caractéristiques juridiques, et des fonctionnalités que les administrations sont fondées à exiger : le logiciel libre n'est pas un produit mais un choix politique.

Donner la priorité au logiciel libre est une disposition qui s'inscrit dans la continuité des recommandations de la circulaire de Jean-Marc Ayrault du 19 septembre 2012 portant sur le bon usage des logiciels libres dans les administrations.

452-dc-du-06-decembre-2001.511.html

En effet, face aux déséquilibres significatifs qui existent sur ce marché, principalement dus à la suprématie économique des logiciels propriétaires, la nécessité d'une politique volontariste en faveur du logiciel libre se fait ressentir. Au-delà même, des préoccupations de marché, il s'agit d'un choix politique en faveur d'un accès égalitaire et pérenne aux ressources numériques, que seul le logiciel libre et les standards ouverts sont en mesure de garantir ad vitam.

Au delà même du fait que l'existence d'une recommandation de l'État en faveur du logiciel libre eu égard à l'objectif poursuivi par le législateur ne contredit pas les règles classiques de concurrence dans la mesure où le responsable des marchés publics de l'administration ou des collectivités territoriales reste tenu d'évaluer l'ensemble des offres et d'arbitrer selon la règle traditionnelle du "mieux disant", la question est donc d'un tout autre ordre.

Enfin, il est important de rappeler, d'une part, que l'incitation préférentielle au logiciel libre était l'un des engagements du Président François Hollande qui avait répondu au Conseil National du logiciel libre (CNLL) qu'il fallait prévoir pour l'État une informatique privilégiant «l'agilité plutôt que la logique des grands projets cloisonnés et coûteux » et avait souligné que «les logiciels libres permettent quant à eux davantage de mutualisation et facilitent la mise en concurrence des fournisseurs de prestations externalisées.». Plus spécifiquement, au sujet de l'éducation, il avait déclaré :« Je souhaite que les logiciels libres de qualité, utilisant des formats ouverts normalisés, soient enseignés à l'école comme à l'université, et que leur usage soit privilégié dans les concours et examens, tant pour la bureautique que pour les usages scientifiques, techniques ou documentaires »¹.

1 Voir <http://www.cnll.fr/sites/default/files/cp-positions-floss-ump-ps-3d.pdf>