



# Rapport juriste

*Faut-il imposer le logiciel libre aux institutions ?*

Sujet n° 7.

Encadrante : Delphine Chauvet.

# Table des matières

---

Sujet n° 7. Encadrante : Delphine Chauvet.

## Table des matières

### I Quel logiciel libre en France ?

#### I.1 Une acception classique

##### Définitions

Première définition (Wikipédia)

Seconde définition (Free Software Foundation)

Autres définitions

Les autres types de logiciels

L'open source

#### I.2 Régime juridique

Le droit d'auteur

Spécificités du logiciel

Qui détient les droits d'auteur ?

Le libre dans le droit

#### I.3 Le domaine public

Le fonctionnement du domaine public

Un logiciel dans le domaine public est-il libre ?

### II Les licences du logiciel libre

#### II.1 Les licences dans le droit

Principe

Reconnaissance par la justice

L'affaire Baghera

L'affaire AFPA

#### II.2 Quelques licences libres

Le copyleft

[La licence GNU GPL](#)

[La licence FreeBSD](#)

[La licence MIT](#)

[II.3 Les compatibilités entre licences](#)

[II.4 Des licences par des institutions](#)

[La licence EUPL](#)

[II.5 Les licences pour la documentation](#)

[III L'attribution des marchés publics](#)

[III.1 Le CCAG](#)

[III.2 Les CCAP](#)

[III.3 Les CCTP](#)

[Exiger un logiciel sous licence libre](#)

[III.4 Du libre dans un marché public en pratique](#)

[La contrefaçon](#)

[IV Le projet de loi République numérique](#)

[IV.1 Présentation générale du projet de loi](#)

[Les débuts](#)

[À l'assemblée](#)

[IV.2 La place du logiciel libre](#)

[L'article 9 ter](#)

[Exemple de proposition : l'amendement n°379](#)

[Aperçu des débats en commission liés au logiciel libre \(sur l'article 9ter\)](#)

[L'open data](#)

[Rapport juriste | Bibliographie](#)

# I Quel logiciel libre en France ?

## I.1 Une acception classique

### *Définitions*

#### Première définition

Une définition concise du logiciel libre par Wikipédia est : “un logiciel dont l’utilisation, l’étude, la modification et la duplication en vue de sa diffusion sont permises, techniquement et légalement”. Allons ensuite un petit peu au-delà.

#### Seconde définition (Free Software Foundation)

Une définition assez complète, qui est celle généralement adoptée, est celle de la Free Software Foundation (FSF), un organisme fondé en 1985 par Richard Stallman pour supporter le mouvement du libre.

Cette définition repose sur les quatre libertés fondamentales suivantes :

- la liberté d'exécuter le programme comme vous voulez, pour n'importe quel usage (liberté 0) ;
- la liberté d'étudier le fonctionnement du programme, et de le modifier pour qu'il effectue vos tâches informatiques comme vous le souhaitez (liberté 1) ; l'accès au code source est une condition nécessaire ;
- la liberté de redistribuer des copies, donc d'aider votre voisin (liberté 2) ;
- la liberté de distribuer aux autres des copies de vos versions modifiées (liberté 3) ; en faisant cela, vous donnez à toute la communauté une possibilité de profiter de vos changements ; l'accès au code source est une condition nécessaire.

#### Autres définitions

Les deux définitions données ci-dessus, bien que correspondant à la norme actuelle, ne sont pas les seules existantes.

On trouve ainsi également une première définition “historique” de la Free Software Foundation, en 1986, qui comprend les libertés suivantes : “Premièrement, la liberté de copier un programme et de le redistribuer à vos voisins, qu'ils puissent ainsi l'utiliser aussi bien que vous. Deuxièmement, la liberté de modifier un programme, que vous puissiez le contrôler plutôt qu'il vous contrôle ; pour cela, le code doit vous être accessible.”

On peut également évoquer la définition par le projet Debian, proposée en 1997 par Bruce Perens, qui repose sur une description en dix points, avec une approche plus pratique et précise. On y trouve par exemple le fait que la licence employée ne doive pas être discriminante envers une personne ou un groupe et qu'elle ne doit pas “contaminer” des logiciels distribués conjointement.

**Remarque** : être dans le cas d'un logiciel libre n'empêche pas que certains noms puissent être des marques déposées. C'est le cas de Linux, Mozilla et Apache.

## ***Les autres types de logiciels***

Tout logiciel non libre est considéré comme étant un logiciel propriétaire. Il suffit pour cela qu'il ne vérifie pas l'une des quatre conditions de liberté données dans la seconde définition ci-dessus.

On peut distinguer différentes catégories à l'intérieur de ces logiciels propriétaires. On y trouve les logiciels commerciaux payants, les gratuits, ou *freeware*, qui sont gratuits mais pas libres car leur code source n'est pas accessible ou leur licence est trop restrictive par exemple. Existente également les partagiciels, ou *shareware*, pour lesquels l'auteur autorise des personnes tierces à diffuser son logiciel.

## ***L'open source***

On trouve également des logiciels désignés comme étant *open source*. Ce titre est en fait aujourd'hui équivalent à celui de logiciel libre dans la pratique. Le caractère open source est évalué selon des critères établis par l'Open Source Initiative (OSI), qui comportent les possibilités "[de libre redistribution, d'accès au code source et de création de travaux dérivés.](#)" Une légère différence avec le libre a pu exister, conduisant par exemple le logiciel Darwin de Apple à être, pendant un temps, open source selon l'OSI mais pas libre selon la FSF.

Aujourd'hui les deux désignations sont en fait concurrentes pour les mêmes logiciels. La principale différence est que le libre a avec lui une composante philosophique (volonté de se libérer des contraintes commerciales, solidarité, entraide...) alors que l'open source répond plus des exigences économiques.

# **I.2 Régime juridique**

## ***Le droit d'auteur***

En France les logiciels sont automatiquement couverts par le droit d'auteur. Celui-ci est donné par l'article suivant :

[L'auteur d'une oeuvre de l'esprit jouit sur cette oeuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous.](#)

*Article L111-1, Code de la propriété intellectuelle*

Ce droit d'auteur se décompose en deux parties :

- Le droit moral, il reconnaît à l'auteur la paternité de l'œuvre ; il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible en France.
- Le droit patrimonial, ou droit d'exploitation, qui confère un monopole d'exploitation économique de l'œuvre d'une durée limitée. Cette durée est de 70 ans en France pour les logiciels.

Dans la situation qui nous concerne, c'est le droit d'exploitation qui nous intéressera le plus.

À noter que ce droit qui s'applique est semblable à celui des œuvres intellectuelles et artistiques, comme les œuvres littéraires. C'est donc différent d'une invention protégée par un brevet. La brevetabilité des logiciels est en effet explicitement exclue par la Convention sur le brevet européen :

(2) Ne sont pas considérés comme des inventions au sens du paragraphe 1 notamment :

[...]

c) les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques, ainsi que **les programmes d'ordinateur** ;

*Extrait de l'article 52 de la Convention sur le brevet européen*

## ***Spécificités du logiciel***

Le code de la propriété intellectuelle fait état d'autorisations particulières dans le cas du logiciel, ce qui restreint légèrement les prérogatives du détenteur des droits :

I. Les actes prévus aux 1° et 2° de l'article L. 122-6 ne sont pas soumis à l'autorisation de l'auteur lorsqu'ils sont nécessaires pour permettre l'utilisation du logiciel, conformément à sa destination, par la personne ayant le droit de l'utiliser, y compris pour corriger des erreurs.

Toutefois, l'auteur est habilité à se réserver par contrat le droit de corriger les erreurs et de déterminer les modalités particulières auxquelles seront soumis les actes prévus aux 1° et 2° de l'article L. 122-6, nécessaires pour permettre l'utilisation du logiciel, conformément à sa destination, par la personne ayant le droit de l'utiliser.

II. La personne ayant le droit d'utiliser le logiciel peut faire une copie de sauvegarde lorsque celle-ci est nécessaire pour préserver l'utilisation du logiciel.

III. La personne ayant le droit d'utiliser le logiciel peut sans l'autorisation de l'auteur observer, étudier ou tester le fonctionnement ou la sécurité de ce logiciel afin de déterminer les idées et principes qui sont à la base de n'importe quel élément du logiciel lorsqu'elle effectue toute opération de chargement, d'affichage, d'exécution, de transmission ou de stockage du logiciel qu'elle est en droit d'effectuer.

IV. La reproduction du code du logiciel ou la traduction de la forme de ce code n'est pas soumise à l'autorisation de l'auteur lorsque la reproduction ou la traduction au sens du 1° ou du 2° de l'article L. 122-6 est indispensable pour obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité d'un logiciel créé de façon indépendante avec d'autres logiciels, sous réserve que soient réunies les conditions suivantes :

1° Ces actes sont accomplis par la personne ayant le droit d'utiliser un exemplaire du logiciel ou pour son compte par une personne habilitée à cette fin ;

2° Les informations nécessaires à l'interopérabilité n'ont pas déjà été rendues facilement et rapidement accessibles aux personnes mentionnées au 1° ci-dessus ;

3° Et ces actes sont limités aux parties du logiciel d'origine nécessaires à cette interopérabilité.

Les informations ainsi obtenues ne peuvent être :

1° Ni utilisées à des fins autres que la réalisation de l'interopérabilité du logiciel créé de façon indépendante ;

2° Ni communiquées à des tiers sauf si cela est nécessaire à l'interopérabilité du logiciel créé de façon indépendante ;

3° Ni utilisées pour la mise au point, la production ou la commercialisation d'un logiciel dont l'expression est substantiellement similaire ou pour tout autre acte portant atteinte au droit d'auteur.

V. Le présent article ne saurait être interprété comme permettant de porter atteinte à l'exploitation normale du logiciel ou de causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

Toute stipulation contraire aux dispositions prévues aux II, III et IV du présent article est nulle et non avenue.

#### *Article L122-6-1, Code de la propriété intellectuelle*

Cette particularité vient compenser le manque de statut réellement adapté, entre invention brevetée et œuvre artistique. Les quelques autorisations ci-dessus n'ont pas toutefois d'impact majeur sur le logiciel libre en France et le problème qui nous occupe.

### ***Qui détient les droits d'auteur ?***

Pour un logiciel réalisé par des salariés subordonnés à un employeur (valable aussi dans le service public, art. L131-3-1 du CPI) :

- Les droits moraux sont pour les auteurs.
- Les droits d'exploitation reviennent à l'employeur.

Pour un logiciel réalisé indépendamment sur le temps libre de l'auteur et sans rapport avec sa fonction : tous les droits lui reviennent.

Pour un logiciel réalisé sur commande : les droits moraux restent acquis aux auteurs et les droits patrimoniaux sont à eux par défaut mais peuvent faire l'objet d'une cession. Dans le cadre d'un marché public cela est soumis au cahier des clauses administratives générales (CCAG) et au cahier des clauses administratives particulières (CCAP), comme détaillé plus loin.

### ***Le libre dans le droit***

Les droits spécifiques au logiciel libre sont décrits dans l'article suivant :

Sous réserve des dispositions de l'article L. 122-6-1, le droit d'exploitation appartenant à l'auteur d'un logiciel comprend le droit d'effectuer et d'**autoriser** :

1° La **reproduction** permanente ou provisoire d'un logiciel en tout ou partie par tout moyen et sous toute forme. Dans la mesure où le chargement, l'affichage, l'exécution, la transmission ou le stockage de ce logiciel nécessitent une reproduction, ces actes ne sont possibles qu'avec l'autorisation de l'auteur ;

2° La **traduction, l'adaptation, l'arrangement ou toute autre modification** d'un logiciel et la reproduction du logiciel en résultant ;

3° La **mise sur le marché** à titre onéreux ou gratuit, y compris la location, du ou des exemplaires d'un logiciel par tout procédé. Toutefois, la première vente d'un exemplaire d'un logiciel dans le territoire d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen par l'auteur ou avec son consentement épuise le droit de mise sur le marché de cet exemplaire dans tous les États membres à l'exception du droit d'autoriser la location ultérieure d'un exemplaire.

*Article L122-6, Code de la propriété intellectuelle*

Ceci laisse donc la possibilité de l'existence d'un logiciel libre.

## I.3 Le domaine public

### *Le fonctionnement du domaine public*

Au vu du jeune âge de nos logiciels, il est clair que le domaine ne compte pas encore de travaux qui puissent être tombés “naturellement” dans le domaine public. Toutefois des logiciels peuvent être placés volontairement dans le domaine public, avant que la période de 70 ans n'arrive à son terme.

La notion de copyright, et autres protections semblables, à l'échelle internationale trouve sa source dans la convention de Berne (ou Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques). La signature de la première version de ce traité international date de 1886 et presque tous les pays du monde en sont signataires. Cette convention permet à un auteur de faire valoir ses droits quant à l'exploitation de son produit dans un autre pays, selon les lois en vigueur dans ledit pays.

Ce système permet donc de couvrir automatiquement du droit d'auteur tout logiciel créé, avec une validité presque partout dans le monde. Le passage d'un logiciel dans le domaine public ne peut donc se faire que suite à une renonciation totale et explicite à ce droit par l'auteur.

Un point important est que *cette renonciation n'est pas possible en France* (qui fait figure, avec l'Allemagne, d'exception dans son approche du domaine public) mais tout à fait possible par exemple aux États-Unis.

Pour parer à cet obstacle il existe des licences libres qui sont les plus laxistes possibles afin de simuler une appartenance au domaine public. On trouve ainsi la licence CC0 de Creative Commons, qui permet de n'avoir aucune restriction de droits, exceptés ce qui est imposé par la loi, ou la licence *Do What The Fuck You Want to Public License* dont le nom est assez explicite : modifications et redistributions sont autorisées sans condition aucune.

### *Un logiciel dans le domaine public est-il libre ?*

On pourrait instinctivement penser que ceci est une question rhétorique à laquelle il convient de répondre par l'affirmative, pourtant la réponse n'a rien d'évident, et ceci est un réel sujet de débat autour du logiciel libre.

Pour certains, le domaine public est un sous ensemble du libre dans le cadre des logiciels, excepté pour la France et l'Allemagne. Pour d'autres, le fait que le domaine public ne permette plus d'appliquer les droits d'auteur, et donc prévienne l'utilisation d'une licence libre, empêche ces logiciels d'être libres.



Une position raisonnable serait celle défendu à la fois par l'April et par la Free Software Foundation, à savoir qu'un logiciel dans le domaine public n'est pas un logiciel libre, sauf si son code source est disponible.

Parmi les logiciels dans le domaine public on trouve notamment SQLite, outil de gestion des bases de données. Dans ce cas, le code source est accessible et le logiciel serait donc bien libre.

C'est l'absence totale de contrôle sur l'utilisation du logiciel une fois dans le domaine public qui fait également l'intérêt de l'usage des licences libres, présentées ci-après. Certaines personnes ou entreprises choisissent en fait de placer leur logiciel dans le domaine public, mais, ceci impliquant de faire une déclaration relative à l'abandon de ses droits, là où cela est autorisé, il peut être plus simple de choisir une licence libre adaptée pour son logiciel.

## II Les licences du logiciel libre

### II.1 Les licences dans le droit

#### *Principe*

Une licence de logiciel est un contrat, ou « contrat de louage », par lequel le détenteur des droits patrimoniaux fixe avec son cocontractant (exploitant ou utilisateur) les modalités d'usage du logiciel.

Une licence est dite libre si elle garantit à l'utilisateur les quatre libertés du logiciel libre.

À noter que, contrairement à ce qu'une mauvaise interprétation de certains termes peut laisser entendre, il ne peut jamais y avoir obligation par une licence libre à reverser ses développements spécifiques.

#### *Reconnaissance par la justice*

Si il n'est pas *a priori* totalement évident qu'une licence puisse prévaloir dans le jugement d'une cour, le peu de cas dans lesquels ceci est intervenu dans une affaire de justice peut nous porter à croire que les licences sont d'importance.

En France deux jugements ont notamment permis d'attester de la reconnaissance de la licence GNU GPL (voir plus loin pour les détails de la licence).

#### *L'affaire Baghera*

Ce cas date de mars 2007. Baghera est un logiciel de formation à distance conçu par des chercheurs de plusieurs universités et vendu à la société Educaffix. L'affaire oppose ces deux acteurs.

Baghera comportait le module JATlite, développé par l'université de Stanford et sous licence GNU GPL. Cela empêchait le développement par Educaffix d'une version dérivée, l'accord de Stanford étant nécessaire à toute telle opération. L'entreprise a alors assigné les universités cédantes en nullité de la cession. Elle

arguait de plus qu'elle n'avait pas été suffisamment informé des limitations quant à l'exploitation du logiciel, l'exposant à une exploitation contrefaisante de celui-ci. Les universités répondirent qu'Educaffix était informée des limitations de garantie.

Le jugement rendu par le tribunal de grande instance a donné raison aux universités, estimant qu'il n'y avait pas dol. Le symbole renvoyé dans ce cas n'est pas forcément très clair pour nous mais cela signifie du moins que le tribunal a reconnu qu'il était nécessaire de régulariser l'utilisation de JATlite auprès de l'université de Stanford. Cela constitue indirectement une reconnaissance de la validité d'une clause de la licence libre.

### **L'affaire AFPA**

Ce deuxième jugement a reconnu de façon plus claire la validité de la licence. Ici l'Association nationale pour la Formation Professionnelle des Adultes (AFPA) avait passé commande à la société EDU 4 de l'installation pour plusieurs établissements pilotes d'une solution matérielle et logicielle de formation. Le but était de procéder à son déploiement, dans le cadre d'un marché public à bons de commande.

Or l'AFPA a découvert que le logiciel qui lui avait été fourni intégrait une version dérivée de VNC, un logiciel libre sous licence GNU GPL. L'AFPA a alors résilié le marché, en justice en expliquant qu'il n'avait pas été prévenu de la présence du logiciel et que EDU 4 refusait de fournir le code source et la licence GNU du logiciel VNC. Suite à cela, la société EDU 4 l'a attaqué en paiement de la phase de test et pour résiliation abusive.

Si la justice a conclu que l'AFPA n'ignorait pas la présence du logiciel dans la solution, elle lui a tout de même donné raison de par le fait que EDU 4 n'ait pas respecté des conditions du contrat. Est notamment sanctionné le non respect de la licence GNU GPL, EDU 4 ayant fait disparaître les copyrights de VNC, supprimant même la notice de la licence.

## **II.2 Quelques licences libres**

Il existe une grande variété de licences libres, une centaine sont répertoriées. Elles diffèrent généralement par les contreparties exigées.

On en listera ici quelques unes parmi les plus utilisées, et qui permettent de rendre compte de cette diversité. Certaines licences parmi celles dites permissives tiennent en quelques lignes alors que celles plus complexes comme GNU GPL ont un énoncé plus conséquent.

### ***Le copyleft***



Le copyleft n'est pas vraiment une licence mais plutôt un terme générique qui recouvre un ensemble de méthodes qui permettent, en s'appuyant sur la loi du copyright, de poursuivre des objectifs de droit de partage, de modification, de copie et d'amélioration.

Il est en revanche interdit à partir d'un logiciel copyleft de restreindre les droits précédents, i.e. toute évolution d'un tel logiciel doit comporter ces droits. Un logiciel libre copyleft le restera donc.

On distingue deux déclinaisons du copyleft : le copyleft fort et le copyleft standard.

Avec le premier, toute redistribution de dérivées du logiciel ne peut se faire que sous la licence initiale. Dans le cas du copyleft standard, plus flexible, les fichiers modifiés doivent être redistribués sous la licence initiale, mais les composantes ajoutées peuvent avoir une autre licence.

### ***La licence GNU GPL***



La licence GNU GPL (*General Public License*) est la licence la plus utilisée pour les logiciels libres aujourd'hui. Elle a été créée par Richard Stallman et était destinée initialement à couvrir le code des projets GNU.

Aujourd'hui cette licence se décline en deux versions : v.2 et v.3.

La licence permet, classiquement, de modifier, étudier ou redistribuer un travail, à toute personne qui adhère aux conditions de la licence GPL. De plus, et c'est ce qui la distingue, la licence permet aussi une redistribution commerciale d'un logiciel (mais toujours en restant sous la même licence).

### ***La licence FreeBSD***



La licence FreeBSD est une licence qui se distingue pour être assez permissive. Il existe d'autres licences BSD qui diffèrent légèrement. Il impose seulement que toute redistribution contienne l'énoncé de la licence.

BSD est l'acronyme de Berkeley Software Distribution, la licence ayant été créée par l'université du même nom. Elle accompagne la famille de systèmes d'exploitation BSD, dérivée de Unix. La licence initiale posait problème en raison d'une clause de publicité qui demandait d'inclure, à tout support promotionnel du logiciel, une phrase mentionnant l'université. C'est en raison de cette clause peu pratique que FreeBSD s'est créée.

Elle autorise la réutilisation de tout ou partie du logiciel sans restriction, que ce soit pour un logiciel libre ou propriétaire.

### ***La licence MIT***



Aussi appelée licence X11 car elle est utilisée pour le gestionnaire de fenêtres du même nom, cette licence est proche de la licence BSD et donc considérée également comme permissive.

Il y a obligation de mettre le nom des auteurs avec la notice du copyright, seule distinction avec la licence BSD.

## **II.3 Les compatibilités entre licences**

Il est possible de combiner plusieurs licences, toutefois toutes ne sont pas compatibles entre elles.

Par exemples les deux licences GNU GPL sont compatibles avec un copyleft fort, mais GPL v.2 et GPL v.3 ne sont pas compatibles entre eux. Les licence MIT et BSD ne sont pas compatibles copyleft mais compatibles GPL.

On notera enfin que, comme déjà évoqué, toutes les licences libres sont incompatibles avec une appartenance au domaine public.

Il importe en fait de se rendre compte que ces compatibilités et incompatibilités sont importantes dans le cadre de gros projets. Par exemple si l'on inclut dans son code des éléments sous licence libre alors il faut que la licence de cet élément soit compatible avec la licence globale sous laquelle on souhaite placer notre projet, ce qui n'a rien d'évident a priori. Cette problématique intervient par exemple dans les procès qui ont été cités concernant GNU GPL : si une licence très permissive avait remplacé GNU GPL alors l'issue des jugements aurait été autre.

Le problème se pose aussi pour une administration qui souhaite redistribuer un logiciel objet d'un marché public, sous licence libre. Le problème est là encore l'intégration de composants dont la licence d'origine n'est pas forcément compatible avec celle que l'on souhaite apposer à l'ensemble. Ce sont en particulier les composants sous copyleft qui sont susceptibles de poser problème.

Le *Guide pratique d'usage des logiciels libres dans les administrations* de Thierry Aimé recommande en cas d'incompatibilités bloquante de prendre contact avec la communauté en charge du composant problématique pour négocier l'obtention d'une exception spécifique, laquelle exception pouvant même prendre la forme d'une clause adjointe à la licence.

## II.4 Des licences par des institutions

Une institution peut choisir de créer sa propre licence. Comme on l'a vu plus haut c'est ce qu'a fait le MIT ou Berkeley. Dans ce cas la licence MIT, ce n'est pas la seule qui y est utilisée mais elle a pu s'exporter assez largement.

### ***La licence EUPL***

Un cas qui nous concerne davantage est celui de la licence EUPL, pour *European Union Public Licence*, qui est une licence libre créée par l'Union Européenne. Il s'agit d'une licence libre dont la première version date de 2007. Son caractère open source est certifié par l'OSI (Open Source Initiative).

Dans sa version 1.1, cette licence est copyleft et compatible avec GNU GPL v2 ainsi que quatre autres (liste exhaustive déclarée dans la licence). Elle a l'avantage d'exister en 22 langues, toutes les versions linguistiques ayant la même valeur. De plus elle respecte les usages contractuels de tous les tribunaux

Cette licence est principalement destinée à l'administration de l'Union Européenne et celle de ses États membres mais est évidemment employable par tous.

## II.5 Les licences pour la documentation

On peut également noter que, lorsqu'il s'agit de licences pour les logiciels libre, la question qui se pose n'est pas seulement celle de la licence pour le code, mais également de la licence pour la documentation qui accompagne le logiciel.

Les licences Creative Commons s'imposent alors. Il en existe six déclinaisons majeures et dans le cas présent deux sont recommandées :

- Creative commons « paternité - partage à l'identique » (CC-BY-Sa). Elle s'apparente à une licence copyleft : obligation de maintenir la licence initiale si modification. L'usage commercial est libre. Un contributeur peut donc modifier simultanément logiciel et documentation, puis les rediffuser ensemble.
- Creative commons « paternité-pas de modification » , (CC-BY-Nd). L'usage commercial est toujours possible mais la redistribution sous forme modifiée est interdite. Cette licence convient donc pour des textes officiels, par exemple, mais pas pour la documentation d'un logiciel libre.

## III L'attribution des marchés publics

### III.1 Le CCAG

Les CCAG, ou Cahiers des Clauses Administratives Générales, “fixent les dispositions applicables à chaque catégorie de marché”.

L'article 15 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, stipule que pour la référence à un CCAG est optionnelle.

Ainsi, dans le CCAG des Marchés publics de techniques de l'information et de la communication, datant du 16 septembre 2009, on trouve les deux références suivantes aux logiciels libres :

Les logiciels libres sont utilisés en l'état.

Le titulaire n'est pas responsable des dommages qui pourraient être causés par l'utilisation, par le pouvoir adjudicateur, de logiciels libres dont il n'est pas l'éditeur.

#### *Article 30.7, logiciels libres*

Lorsque le titulaire du marché incorpore des connaissances antérieures dans les résultats ou utilise des connaissances antérieures qui sont disponibles sous un régime de licence libre ou que des connaissances antérieures, sans être incorporées aux résultats, sont strictement nécessaires pour la mise en œuvre des résultats, le titulaire du marché concède à titre non exclusif au pouvoir adjudicateur et aux tiers désignés dans le marché, le droit d'utiliser de façon permanente ou temporaire, en tout ou partie, par tout moyen et sous toutes formes les connaissances antérieures strictement nécessaires pour utiliser les résultats pour les besoins découlant de l'objet du marché. Ce droit comprend le droit de reproduire, de dupliquer, de charger, d'afficher, de stocker, d'exécuter, de représenter les connaissances antérieures pour utiliser les résultats.

La concession des droits sur les connaissances antérieures est comprise dans le prix du marché. Les droits sont concédés pour la même durée que les droits d'utilisation portant sur les résultats.

Les droits de modification, d'adaptation, de traduction s'exercent, le cas échéant, dans les conditions prévues par les documents particuliers du marché.

## Article 36.2, Régime des connaissances antérieures

Est donc proposé ici un cadre générique pour la gestion des droits de propriété intellectuelle dans les marchés publics comportants une composante logicielle. Toutefois la cession des droits d’auteur pour une mutualisation sous licence libre n’est pas réglée par le CCAG, ce qui impose une dérogation systématique dans le cas du logiciel libre. Cette dérogation passe alors par le CCAP.

### III.2 Les CCAP

À noter : le contenu de cette section est peut-être obsolète. En effet le code des marchés publics, qui évoquait le CCAP, a été abrogé en avril 2016, vraisemblablement remplacé par le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics. Or il n’y a pas dans ce décret de référence au CCAP. Toutefois, au vu de l’importance des CCAP dans l’établissement des contrats de marché public, ce qui suit reste sans doute assez pertinent.

CCAP est l’acronyme de Cahier des Clauses Administratives Particulières. Dans le cas où il y a référence à un CCAG, le pouvoir adjudicateur se sert alors du CCAP pour y prévoir des dérogations. Dans le cas contraire, le pouvoir adjudicateur est chargé d’intégrer dans le CCAP les “**dispositions nécessaires à la bonne exécution des prestations**”.

Un CCAP est rédigé pour chaque marché.

Un document interministériel de 2014 propose un guide de rédaction concernant :

- les marchés de maintenance corrective et adaptative portant sur un logiciel libre ;
- les marchés de maintenance évolutive portant sur un logiciel libre ;
- les marchés de développement de logiciels spécifiques destinés à être mis à disposition de tiers par l’administration sous un régime de licence de logiciel libre.

On peut notamment y trouver la définition d’une licence libre ou la dérogation à l’article 30.7 précédemment évoqué.

Lorsque l’administration émet le souhait d’une cession des droits pour une mutualisation sous licence libre il est alors nécessaire d’intégrer la clause suivante :

#### Droits de propriétés sur les développements spécifiques

Le titulaire cède au pouvoir adjudicateur à titre non exclusif les droits d'utilisation, de reproduction, y compris la diffusion sur tous supports, représentation, adaptation et traduction, sur les résultats, pour toute la durée de leur protection par les droits d'auteur et sur tous territoires.

Le titulaire s’engage à remettre au pouvoir adjudicateur les codes sources du logiciel réalisé.

Le pouvoir adjudicateur, après la réception des prestations, autorise le titulaire à utiliser les résultats issus du marché à des fins commerciales.

*Guide pratique d'usage des logiciels libres dans les administrations*

### III.3 Les CCTP

S'il semble nécessaire de préciser une licence pour le logiciel développé, alors cette mention doit apparaître dans le CCTP (Cahier des Clauses Techniques Particulières).

Les CCTP sont décrits à l'article 15 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics comme ce qui fixe "les stipulations de nature technique applicables à toutes les prestations d'une même nature."

#### ***Exiger un logiciel sous licence libre***

Lorsqu'une administration exige un logiciel libre dans le choix d'un marché public ceci doit se faire dans le respect des principes qui gouvernent les marchés publics aux niveaux français et européen. Ces principes sont notamment : la liberté d'accès à la demande publique et l'égalité de traitement des candidats. En plus d'une mise en concurrence ceci a aussi pour conséquence d'imposer à l'autorité public de choisir l'offre la plus avantageuse économiquement, et pas de se baser sur des critères arbitraires. On ne peut donc pas juste rejeter un logiciel au motif qu'il n'est pas libre sans qu'un besoin spécifique n'appuie cette décision.

Heureusement pour le logiciel libre, il permet de répondre à différents besoins : mutualisation, interopérabilité, indépendance, pérennité... Lorsqu'un tel besoin est identifié, l'offre libre possède donc un avantage. Dans certains cas on peut alors exiger explicitement un logiciel sous licence libre.

Tout ceci est à exprimer dans le CCTP.

### III.4 Autres aspects dans un marché public en pratique

#### ***Les licences multiples***

Certains prestataires peuvent offrir la possibilité de choisir la licence sous laquelle le logiciel est acquis. La décision est alors prise selon l'usage souhaité du logiciel, le tarif dépendant de la licence choisie.

#### ***La contrefaçon***

Il est de la responsabilité de l'administration de veiller à ce que qu'elle possède les droits de diffusion sur l'ensemble du code des logiciels diffusés. Dans le cas d'un marché public, si un élément sur lequel l'administration n'a pas de droit se retrouve dans un logiciel, il peut être établi un rapport de conformité qui recherchera la responsabilité du prestataire en tort.

## IV Le projet de loi République numérique

Bien que peu présents dans le projet de loi République Numérique, il y est fait mention des logiciels libres dans le sens de la promotion de ceux-ci.

## IV.1 Présentation générale du projet de loi

### *Les débuts*

Le projet de loi République Numérique est porté par la secrétaire d'État chargée du numérique Axelle Lemaire.

Il fait suite à une consultation menée sur internet de octobre 2014 à février 2015. Les propositions les plus populaires auprès des autres internautes font l'objet d'une attention particulière de la part du gouvernement. Plus de 4 000 contributions ont ainsi été collectées.

En parallèle, un débat parlementaire a eu lieu le 14 janvier 2015. Un rapport a ensuite été remis par le Conseil National du Numérique le 18 juin.

### *À l'assemblée*

Le projet de loi porte le numéro 3318, a été déposé le 9 décembre dernier et fait l'objet à ce jour de 863 amendements.

Les débats ont lieu lors de séances fin janvier et le texte est adopté en première lecture le 26 janvier avec 356 voix pour et 1 contre. Le texte part ensuite au Sénat.

## IV.2 La place du logiciel libre

### *L'article 9 ter*

Dans le rapport N° 3399 de la *Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république*, qui est un annexe au projet de loi, se trouve l'article 9 ter qui incite les administrations à l'utilisation des logiciels libres.

Cet article est à l'initiative de Delphine Bato, avec un avis favorable du rapporteur et du gouvernement, et plusieurs groupes politiques avaient déjà déposés des amendements similaires. Le texte de l'article est le suivant :

**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.**

*Article 9 ter, N° 3399 annexe 0, rapport sur le projet de loi pour une République numérique*

### *Exemple de proposition : l'amendement n°379*

L'amendement n° 379, déposé par dix députés de gauche, visait à aller plus loin qu'une simple incitation à employer des logiciels libres. Plus précisément il prévoyait de remplacer, dans l'article 9 ter, la mention «



**encouragent** » par « **donnent la priorité à** ». Celui-ci a été rejeté. Un autre amendement, le 11, proposait déjà d'opérer le même changement.

Cet encouragement existait en fait déjà dans une circulaire datant de 2012. Les défenseurs de l'amendement cherchent donc à aller plus loin que l'existant, alors que leurs opposants souhaitent simplement que cette circulaire soit transcrite dans la loi, sans plus.

Afin de le défendre, l'argumentaire suivant a été déployé :

*Plus qu'un outil juridique, le logiciel libre est une manière de faire du commun, un projet émancipateur, une vision progressiste et un autre rapport à l'information que celui entretenu par des outils fermés, au fonctionnement opaque.*

*Il définit un rapport équilibré entre l'auteur et les ayant-droits, d'une part, et les utilisateurs, d'autre part.*

*Enfin, le logiciel libre est transparent.*

*Le recours aux logiciels libres et formats ouvert présente des avantages majeurs pour les administrations. L'auditabilité du code, la liberté d'étudier le fonctionnement du programme, la libre exécution du logiciel pour tous les usages, la possibilité de l'adapter et de l'enrichir, l'interopérabilité, l'évolutivité ou les capacités de mutualisation du code, sont autant de caractéristiques propres au logiciel libre qui garantissent une véritable souveraineté, une meilleure sécurité, mais aussi une plus grande flexibilité aux systèmes d'informations gérés publiquement.*

*De plus, selon une récente étude, réalisée pour le compte du Conseil National du Logiciel Libre et du Syntec Numérique, le marché du logiciel libre représenterait en France plus de 50 000 emplois, pour une valeur estimée à 4,1 milliards d'euros en 2015.*

Il est également fait mention de l'interopérabilité et de la pérennité du libre.

Ce que nous constatons, c'est donc que, malgré la petite place du libre dans le projet, on a tout de même l'occasion de retrouver des argumentaires intéressants en faveur du libre dans les discussions parlementaires. Celui présenté ici est concis mais passe en revue tous les arguments majeurs du logiciel libre.

On peut de plus noter que la proposition que porte cet amendement est celle qui a été la plus plébiscitée par les internautes lors de la consultation en ligne.

### ***Aperçu des débats en commission liés au logiciel libre (sur l'article 9ter)***

On trouve dans un rapport de commission un débat contenant les arguments déjà donnés ci-dessus, parfois approfondis, ainsi que les suivants :

- L'expression « donner la priorité » présenterait un risque de constitutionnalité : atteinte à la liberté d'entreprendre.
- Pourtant le terme est déjà employé dans le code de l'éducation.
- Les secteurs des logiciels libres et des logiciels propriétaires représentent tous les deux des marchés importants.

- Certains logiciels libres ne permettent pas de répondre aussi bien au besoin que des logiciels propriétaires.
- Donner la priorité ne veut pas dire qu'on ne peut pas faire appel à un logiciel propriétaire si aucun logiciel libre ne répond convenablement au besoin.
- “La valeur juridique du terme « encourage » est faible — c’est un euphémisme.”

Le débat a également eu lieu au Sénat autour de la suppression de l'article. Les mêmes arguments sont alors réapparus, avec peut-être une plus grande insistance sur l'importance pour la France d'avoir une stratégie face aux menaces étrangères, et notamment américaine, en termes de cyber-sécurité, stratégie qui passerait par l'emploi de logiciels libres. Le choix de Cisco et Microsoft comme partenaires y est par exemple mis en question.

### ***L'open data***

L'open data est différent du logiciel libre mais les deux possèdent des points communs : philosophie d'ouverture, licences valables pour les deux...

Or le débat concernant l'open data dans l'administration est aujourd'hui particulièrement important et cela se retrouve dans le projet de loi République numérique. C'est aussi une occasion pour le monde du libre de faire son entrée plus discrètement dans les administrations.

## Bibliographie

Loi 92-597 1992-07-01 annexe JORF 3 juillet 1992, *Code de la propriété intellectuelle - Article L122-6*

Loi n°2006-961 du 1 août 2006 - art. 31 JORF 3 août 2006, *Code de la propriété intellectuelle - Article L111-1*

Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics - Article 15.

Code des marchés publics (édition 2006) - Article 13.

*Arrêté du 16 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de techniques de l'information et de la communication*, JORF n°0240 du 16 octobre 2009 page 16972

*Arrêté du 16 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de prestations intellectuelles*, JORF n°0240 du 16 octobre 2009 page 16958

Question n°27629 - Assemblée nationale. 14ème législature. Question publiée au JO le : 28/05/2013 page : 5423. Réponse publiée au JO le : 06/08/2013 page : 8483.

*Convention sur le brevet européen*. Office européen des brevets. 15ème édition, septembre 2013.

*République numérique*. NosDéputés.fr. Consulté le 16 mai 2016.

<https://www.nosdeputes.fr/14/dossier/14799>

Amendement N° 379 (Rejeté) - *République numérique*. NosDéputés.fr. Consulté le 16 mai 2016.

<https://www.nosdeputes.fr/14/dossier/14799>

Code des marchés publics (édition 2006).

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005627819&idSectionTA=&dateTexte=20160331>

Ambition numérique - Pour une politique française et européenne de la transition numérique, Rapport remis au premier ministre. CNum, Juin 2015.

*Conseils à la rédaction de clauses de propriété intellectuelle pour les marchés de développement et de maintenance de logiciels libres*, Agence du patrimoine immatériel de l'État, 26 février 2014.

Séance du 27 avril 2016 (compte rendu intégral des débats), Sénat.  
[http://www.senat.fr/seances/s201604/s20160427/s20160427\\_mono.html#R9ter](http://www.senat.fr/seances/s201604/s20160427/s20160427_mono.html#R9ter)

Creative Commons, *CC0 1.0 universel (CC0 1.0) Transfert dans le Domaine Public*,  
<https://creativecommons.org/publicdomain/zero/1.0/deed.fr>

Acte de Paris du 24 juillet 1971 modifié le 28 septembre 1979, *Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques*

*Various Licenses and Comments about Them*. gnu.org. Consulté le 16 mai 2016.  
<http://www.gnu.org/licenses/license-list.html#SoftwareLicenses>

*The FreeBSD Copyright*. FreeBSD. Consulté le 16 mai 2016.  
<https://www.freebsd.org/copyright/freebsd-license.html>

*GNU GENERAL PUBLIC LICENSE*. Free Software Foundation. Version 3, 29 Juin 2007.

Copyleft.org. Consulté le 16 mai 2016. <https://www.copyleft.org/>

*Copyleft and the GNU General Public License: A Comprehensive Tutorial and Guide*. Copyleft.org. Consulté le 16 mai 2016. <http://copyleft.org/guide/>

*The MIT License (MIT)*. Open Source Initiative. Consulté le 16 mai 2016.  
<https://opensource.org/licenses/mit-license.php>

*Licence Publique de l'Union européenne V.1.1*. Communauté Européenne, 2007.

T. Aimé, *Guide pratique d'usage des logiciels libres dans les administrations*.

Beaugr, Chronique de Thomas, Cabinet Staub, et Associés 24/09/09 10:10. *La justice française a reconnu la licence libre GNU-GPL*. Consulté le 21 mars 2016.  
<http://www.journaldunet.com/developpeur/expert/42053/la-justice-francaise-a-reconnu-la-licence-libre-gnu-gpl.shtml>

*Un logiciel du « domaine public » est-il un logiciel libre ?*, Framablog. Consulté le 16 mai 2016.  
<http://framablog.org/2008/05/10/domaine-public-et-logiciel-libre/>

Logiciel du Domaine Public, April. Consulté le 16 mai 2016.  
<https://www.april.org/logiciel-du-domaine-public>