

# Procéder à l'acquisition de logiciels informatiques

La jurisprudence récente distingue acquisition de logiciel et acquisition de services s'y rapportant. Ce qui doit pousser les acheteurs à réfléchir en termes de coût global d'une solution plutôt qu'à privilégier a priori le logiciel libre ou propriétaire.

## RÉFÉRENCES

- Article 5 et 6 du Code des marchés publics (CMP).
- Réponse ministérielle du 16 juillet 2013, JO p. 7586 (Q. n° 27651).
- Circulaire du 19 septembre 2012 intitulée : « Orientations pour l'usage des logiciels libres dans l'administration ».
- CE 2 octobre 2013 département de l'Oise, req. n° 368846.
- CE 30 septembre 2011 région Picardie, req. n° 350431 ; TA Paris 26 juin 2013 soc. Nexedi et autres, req. n° 1308050/3-5.
- Guide pratique d'usage des logiciels libres dans les administrations, version 1.31 de juin 2010 : T. Aimé (DGFiP – ministère du Budget, des comptes publics et de la fonction publique).

L'achat de logiciels informatiques est une question épineuse lorsque deux logiques s'affrontent : la force de l'habitude d'un côté, le dogmatisme de l'autre qui voit s'affronter les tenants du logiciel libre à ceux du logiciel propriétaire. En réalité, comme les autres achats, celui qui concerne les logiciels doit donner lieu à une approche raisonnée, fondée sur une analyse précise des besoins fonctionnels. C'est la seule façon de ne pas assécher artificiellement la concurrence et, in fine, de procéder à l'achat économiquement le plus avantageux.

## 1. Déterminer correctement ses besoins

L'acquisition d'un logiciel doit permettre d'obtenir une solution destinée à répondre à un besoin fonctionnel particulier formulé préalablement par le pouvoir adjudicateur, c'est-à-dire à un besoin « métier » qui peut être, par exemple, l'acquisition d'une solution portant sur « un espace numérique de travail » (ENT), ou sur la « gestion de salles, des emplois du temps et des ressources », ou encore d'une solution « d'application numérique mobile »... Du point de vue du droit des marchés publics, dont l'objet est d'obtenir le meilleur achat en assurant un libre et égal accès des candidats à la commande publique, ce sont en principe les caractéristiques fonctionnelles, techniques et de performance globale qu'un logiciel offre qui constituent le besoin, et non ledit logiciel en tant que tel.

## 2. Assurer la neutralité de la commande publique pour obtenir l'offre économiquement la plus avantageuse

En droit et en pratique, rien ne justifie de privilégier l'acquisition d'une solution sous licence libre par rapport à une solution sous licence propriétaire et inversement.

Tout d'abord, il faut souligner que la notion de licence open source (dite « libre »), non définie précisément par la loi, n'est pas univoque et recouvre des réalités diverses, certaines licences pouvant, par exemple, brider plus ou moins la liberté de redistribution des améliorations.

Surtout, dès lors qu'il s'agit pour le pouvoir adjudicateur d'obtenir une solution répondant à un besoin « métier », il n'y a aucune justification à exiger a priori un logiciel particulier, que celui-ci soit sous licence propriétaire ou libre. L'essentiel pour le pouvoir adjudicateur est avant tout de pouvoir choisir entre toutes les solutions existantes (ou à créer), open source, propriétaires ou mixtes, en fonction des seuls critères de performance et d'efficacité sur le long terme.

Au final, le pouvoir adjudicateur doit permettre, dans le cadre d'une mise en concurrence utile, à tous les éditeurs de proposer leur solution, dans le respect des principes d'égalité et de neutralité qui irriguent le droit de la commande publique. Et qu'il s'agisse d'une licence libre ou propriétaire, le pouvoir adjudicateur peut bénéficier des mêmes types de garanties et de fonctionnalités pour sa solution. A cet égard, il est essentiel de pouvoir garantir l'interopérabilité, quel que soit le type de licence, telle que prévue par la loi (*art. L.122-6 du Code de la propriété intellectuelle*). D'ailleurs, au-delà des querelles dogmatiques, cette dimension est la plus importante. Dans des environnements de plus en plus mixtes, l'interopérabilité est la règle essentielle.

### À NOTER

**Au-delà des aspects purement techniques/fonctionnels et juridiques relatifs aux conditions d'accès à la commande publique, le « bon sens » implique que la personne publique mette en concurrence l'ensemble des solutions disponibles sur le marché. En effet, la mise en concurrence pleine et entière, en ce qu'elle permet la comparaison entre toutes les solutions, reste toujours le meilleur moyen pour le pouvoir adjudicateur de s'assurer qu'il a choisi « l'offre la plus économiquement avantageuse » sur le long terme.**

## 3. S'affranchir du débat dogmatique sur le coût du logiciel open source par rapport au logiciel propriétaire

Dans l'esprit commun, logiciel open source et logiciel propriétaire se résument à gratuit contre payant.

Il s'agit là d'une idée fautive et cela pour plusieurs raisons. D'abord, l'éditeur d'un logiciel propriétaire peut parfaitement le fournir gratuitement.

Ensuite, il est extrêmement fréquent que des éditeurs commercialisent (et donc vendent) des logiciels open source sur lesquels ils ont développé des briques additionnelles et spécifiques. En réalité, il s'agit de deux

modèles économiques différents : l'un axé sur le service, l'autre sur la fourniture.

Le logiciel « open source » s'organise essentiellement autour de la vente de services, c'est-à-dire que le logiciel lui-même est généralement moins coûteux, mais que les prestataires se rémunèrent sur le déploiement, la maintenance et le développement ou encore sur la commercialisation de solutions tirées de leurs améliorations.

Le logiciel propriétaire s'organise davantage autour de la fourniture d'un logiciel dont la maintenance par exemple sera ensuite très allégée car fournie gratuitement à ceux qui ont acquis le produit.

C'est donc bien une approche fonctionnelle que doit avoir le pouvoir adjudicateur qui doit réfléchir sur le coût global de sa solution (fourniture + coûts associés) avant de lancer sa mise en concurrence.

#### À NOTER

Pour des exemples de surcoûts : question parlementaire n°91053 publiée au JO le 04/04/2006, p.3547 ; réponse publiée au JO le 27/06/2006, p.6835.

## 4. Ne pas confondre l'acquisition du logiciel et celle des services y afférents

Ce point est important car il conditionne à la fois la forme de la mise en concurrence et sa portée.

Le Conseil d'Etat a en effet jugé qu'un pouvoir adjudicateur pouvait lancer un marché de services en vue de l'intégration et l'adaptation à ses besoins d'une solution logicielle nommément désignée dès lors que ce logiciel était déjà en sa possession. Bien que cet arrêt ait abouti à évincer deux sociétés dont l'une proposait une solution open source (mais sur la base d'un autre logiciel) et l'autre une solution propriétaire, une partie de la communauté du libre a considéré qu'il s'agissait là d'une solution favorable au libre.

Il n'en est rien, le Conseil d'Etat ayant simplement constaté que le marché portait non pas sur la fourniture d'un logiciel mais sur des prestations de services associés. D'ailleurs, les juridictions administratives ont également appliqué cette règle pour rejeter le recours dirigé contre un marché tendant à l'hébergement, l'exploitation et la maintenance d'un logiciel déterminé (propriétaire cette fois) déjà en possession de la collectivité.

Reste qu'il semble que l'achat économiquement le plus avantageux passe par une approche fonctionnelle. Les acheteurs sont donc invités à réfléchir sur le coût global de la solution (fourniture + services associés) avant de lancer sa mise en concurrence.

## 5. Etre vigilant sur la question de la souscription de licence

La décision de conclure un contrat est illégale si elle émane d'une autorité incompétente ou irrégulièrement composée.

Lorsque des agents souscrivent directement le contrat de licence en ligne « devant leur propre poste » par un simple « clic », ils n'ont généralement pas compétence pour le faire au nom et pour le compte de l'entité dont ils dépendent. Ce faisant, ils commettent une illégalité qui met en danger le contrat souscrit.

Cette erreur, grossière, est rarement commise dans le cadre d'un achat formalisé et ne devrait donc guère se produire, en particulier si, comme on l'a recommandé, le pouvoir adjudicateur a envisagé son achat en termes de coût global et de besoin fonctionnel et qu'il a organisé une mise en concurrence « neutre ».

## 6. Ne pas se doter de logiciels impliquant de souscrire une licence méconnaissant le droit français

Tout d'abord, l'article 5 de la loi n°94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, dite « loi Toubon », prévoit que « quels qu'en soient l'objet et les formes, les contrats auxquels une personne morale de droit public ou une personne privée exécutant une mission de service public sont parties sont rédigés en langue française ». Le même article prévoit que le non-respect de cette obligation entraîne l'inopposabilité du texte ou des stipulations établies en langue étrangère. La méconnaissance de la loi Toubon aboutit donc à un vice du consentement dès lors que les parties s'accordent sur une chose – ici le contrat de licence – dont elles ne pourront se prévaloir ni l'une, ni l'autre. Par ailleurs, ce contrat en anglais est contraire à une règle de droit objectif. L'acheteur public devra donc être attentif à ce point, de nombreuses licences (notamment open source) étant encore exclusivement rédigées en anglais (c'est le cas par exemple des licences GNU GPL, GNU LGPL, GNU FDL...).

Ensuite, certaines clauses figurant dans le contrat de licence peuvent contrevenir à des principes de base du droit public (renonciation au pouvoir de résiliation unilatérale, atteinte au principe de continuité du service public...). L'acheteur public doit éviter de souscrire à une telle licence. Cette question est fondamentale dans la mesure où une personne publique, en souscrivant un logiciel sous licence open source, n'a pas d'autre moyen que de l'accepter en l'état sans pouvoir en modifier les termes.

## 7. Viser le recours possible à une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence en raison de l'existence de droits d'exclusivité

L'article 35-II-8 du CMP permet à un pouvoir adjudicateur de passer un marché négocié, sans publicité ni mise en concurrence avec un opérateur économique « pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité ». (...)

[...] En tant qu'« œuvre de l'esprit », les logiciels sont spécifiquement protégés par le Code de propriété intellectuelle (art. L.112-1 et L.112-2). Comme l'a rappelé récemment le Conseil d'Etat, l'existence de droits de propriété intellectuelle permet à un pouvoir adjudicateur de mettre en œuvre les dispositions de l'article 35-II-8 du CMP. Ainsi, dès lors que certaines prestations de services portant sur une solution (comme la maintenance) ne peuvent être assurées que par un seul opérateur, au titre du droit de la propriété intellectuelle, le pouvoir adjudicateur est juridiquement fondé à conclure le marché avec ce seul opérateur. S'il décide de ne pas recourir aux dispositions de l'article 35-II-8 du CMP, le pouvoir adjudicateur peut toujours relancer une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence destinée à acquérir une autre solution.

### 8. En cas de nécessité, penser aux marchés complémentaires

L'article 35-II-4° permet aux pouvoirs adjudicateurs de confier au fournisseur initial, sans publicité ni mise en concurrence, un marché complémentaire de fournitures. Ce marché doit être destiné au renouvellement partiel

de fournitures ou à l'extension d'installations existantes et il est soumis à deux conditions cumulatives :  
– le changement de fournisseur doit impliquer un changement de matériel, ce qui implique que seul le fournisseur initial peut fournir le matériel initialement retenu ;

– le changement de matériel doit entraîner des incompatibilités, ou au moins des difficultés très sérieuses d'utilisation ou d'entretien, qui doivent dépasser les difficultés inhérentes à tout changement de matériel. Enfin, la durée de ces marchés complémentaires, périodes de reconduction comprises, ne peut dépasser trois ans. Le montant total du marché, livraisons complémentaires comprises, ne peut être égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée définis à l'article 26, sauf si le marché a été passé initialement par appel d'offres et a fait l'objet d'un avis d'appel public à la concurrence publié au Journal officiel de l'Union européenne. Malgré les contraintes posées par le texte, il apparaît que, dans certains cas, le recours à ce type de marché complémentaire sera de nature à répondre aux besoins des collectivités.

*Nicolas Nahmias et Laurent Givord, avocats, cabinet AdDen avocats*

**4 600**  
collectivités  
utilisent nos  
communautés  
professionnelles  
et vous ?

Entrez dans le  
collaboratif !

[www.idealconnaissances.com](http://www.idealconnaissances.com)



Juristes  
Publics



Aide Sociale  
à l'Enfance



Eau

Découvrez nous sur You Tube :  
IDEAL Connaissances - Travail collaboratif

