



---

# Mise à disposition de logiciels ouverts par l'administration fédérale

Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat déposé le  
12 décembre 2014 par Balthasar Glättli (14.4275)

---

Berne, le 22 mars 2017

## Table des matières

|   |          |
|---|----------|
| <b>Résumé .....</b>   | <b>3</b> |
| <b>1 Mandat .....</b>   | <b>3</b> |
| <b>2 Introduction.....</b>  | <b>3</b> |
| <b>3 Différences caractéristiques entre logiciels ouverts et logiciels<br/>propriétaires.....</b> | <b>4</b> |
| <b>4 Évaluation des besoins.....</b>  | <b>4</b> |
| <b>5 Prestations commerciales .....</b>   | <b>5</b> |
| <b>6 Transmission gratuite de logiciels ouverts.....</b>  | <b>6</b> |
| <b>7 Prochaines étapes .....</b>  | <b>8</b> |
| <b>8 Annexe.....</b>  | <b>8</b> |

# Résumé

Le présent rapport montre que le besoin de mettre à disposition des logiciels ouverts (ou OSS, pour *open source software*) n'existe actuellement que dans certains cas isolés au sein de l'administration fédérale. Il conclut que les art. 41 s. LFC<sup>1</sup> constituent une base légale suffisante pour la distribution de logiciels ouverts à titre onéreux<sup>2</sup>. Quant à savoir si une telle base est également nécessaire pour une mise à disposition gratuite de logiciels ouverts, la question est controversée. C'est pourquoi le Conseil fédéral charge le Département fédéral des finances (DFF), en collaboration avec le Département fédéral de justice et police (DFJP), de tirer au clair les questions juridiques en suspens, de définir un cadre assurant une application uniforme du droit au sein de l'administration fédérale et d'élaborer au besoin les bases légales requises.

## 1 Mandat

Le 12 décembre 2014, le conseiller national Balthasar Glättli a déposé un postulat intitulé «Comment autoriser expressément la mise à disposition de logiciels à source ouverte par l'administration fédérale?» (Annexe)<sup>3</sup>. L'auteur du postulat invite le Conseil fédéral à examiner s'il y a lieu de compléter la LFC afin d'autoriser expressément la Confédération à mettre des codes sources à la libre disposition du public et, le cas échéant, à proposer une modification des actes pertinents afin que la stratégie OSS de l'administration fédérale puisse être mise en œuvre. Dans sa réponse du 25 février 2015, le Conseil fédéral recommande l'adoption du postulat. Le 20 mars 2015, le Conseil national a décidé d'adopter le postulat et a chargé le Conseil fédéral de procéder à l'examen demandé. Le présent rapport est le résultat de cet examen.

## 2 Introduction

Le Conseil fédéral est conscient du potentiel économique que recèle l'utilisation de logiciels ouverts et il l'a fait savoir dans ses réponses à diverses interventions parlementaires<sup>4</sup>.

Le 15 mars 2005, le Conseil de l'informatique de la Confédération (CI), a élaboré la stratégie OSS de l'administration fédérale<sup>5</sup>. Ce document définit trois options stratégiques:

1. Égalité de traitement des OSS et des CSS (pour *closed source software* ou logiciels propriétaires).
2. Réutilisation de logiciels développés en interne.
3. Élaboration des conditions requises pour l'utilisation des OSS.

En ce qui concerne la première et la troisième de ces options stratégiques, nous renvoyons le lecteur au rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 14.3532 déposé le 19 juin

---

<sup>1</sup> Loi du 7 octobre 2005 sur les finances de la Confédération (loi sur les finances, LFC; RS 611.0)

<sup>2</sup> Des paiements peuvent par exemple être perçus pour la réalisation de copies, la vente ou la fourniture de prestations annexes, telles que l'intégration, la maintenance, l'assistance ou la sécurité informatique.

<sup>3</sup> Numéro d'objet 14.4275

<sup>4</sup> Cf. par exemple les réponses du Conseil fédéral à l'interpellation du 4 juin 2009 de Christian Wasserfallen (09.3495) ou à celle du 1<sup>er</sup> octobre 2010 d'Alec von Graffenried (10.3837).

<sup>5</sup> [www.isb.admin.ch](http://www.isb.admin.ch) > Directives TIC > Stratégies et stratégies partielles (page consultée le 9 février 2017)

2014 par Edith Graf-Litscher. Le postulat 14.4275 déposé le 12 décembre 2014 par Balthasar Glättli porte quant à lui sur la deuxième option stratégique (réutilisation de logiciels développés en interne): dans ce domaine, divers travaux s'imposent (analyse de la situation et définition de mesures à prendre). Le postulat Glättli ayant été adopté, le Conseil fédéral a été chargé de tirer au clair les questions en suspens et de proposer le cas échéant les bases requises pour mettre cette option en œuvre.

### 3 Différences caractéristiques entre logiciels ouverts et logiciels propriétaires

Le fabricant d'un logiciel propriétaire se réserve les droits de propriété intellectuelle. Il accorde aux utilisateurs liés contractuellement un droit d'utilisation de son logiciel contre paiement d'un droit de licence. Les utilisateurs ne peuvent en principe ni modifier le logiciel ni le transmettre au titre de concédant. Seul le fabricant veille à l'amélioration et au bon fonctionnement du logiciel en fournissant régulièrement des mises à jour. Il assume alors la garantie et la responsabilité telles qu'elles sont définies dans ses conditions générales. Pour la vente de licences ou la maintenance des logiciels propriétaires, le fabricant collabore généralement avec un nombre limité de partenaires exclusifs et certifiés par ses soins.

Un logiciel ouvert est un logiciel dont le code source est librement accessible, c'est-à-dire que toute personne peut l'utiliser, l'étudier, le modifier, le perfectionner et le transmettre sans devoir payer de droit de licence.

De tels logiciels sont habituellement fournis avec une licence, mais aucun droit de licence n'est perçu. Cela ne signifie toutefois pas automatiquement que la transmission ou l'acquisition d'un logiciel ouvert interviennent à titre gratuit. Des coûts apparaissent par exemple lorsque des prestations (conseil, intégration, adaptations, formations, poursuite du développement, exploitation, maintenance, etc.) ou du matériel informatique sont offerts ou acquis avec certains logiciels ouverts ou encore lorsqu'un logiciel ouvert est offert ou acquis avec d'autres prestations ou composants logiciels payants.

Dans le domaine des logiciels ouverts, le contenu d'une licence peut varier énormément. En général, ces licences ont toutefois en commun d'exclure toute garantie et responsabilité et de renoncer aux restrictions de modification et d'utilisation. L'utilisateur qui poursuit le développement d'un tel logiciel et entend le transmettre à des tiers est souvent tenu de le mettre à disposition aux mêmes conditions (*copyleft*)<sup>6</sup>.

### 4 Évaluation des besoins

En principe, l'administration fédérale acquiert ou développe des logiciels uniquement en vue d'accomplir ses tâches principales (activités annexes non indépendantes, activités administratives auxiliaires, administration auxiliaire); ces activités ne constituent pas un but en soi et ne visent pas à mettre au point des produits à utiliser par des tiers. En outre, dans le do-

<sup>6</sup> Müller, Georg et Vogel, Stefan: «Rechtsgutachten zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Randnutzung von Software im Verwaltungsvermögen, insbesondere der Veröffentlichung und Verbreitung von Open-Source-Software durch Träger von Bundesaufgaben» (avis de droit sur l'admissibilité de la mise à disposition de solutions informatiques par l'administration fédérale comme logiciels ouverts, en allemand seulement) du 26 mars 2014. Cet avis, ci-après «avis de droit Müller/Vogel», est disponible à l'adresse: <http://www.news.admin.ch/NSBSSubscriber/message/attachments/37015.pdf> (page consultée le 9 février 2017), p. 24 s.

maine de l'informatique fédérale, le principe suivant s'applique: le développement de logiciels par l'administration fédérale (que ce soit par des employés de la Confédération ou par des collaborateurs d'une entreprise mandatée) n'est possible que si, sur le marché, aucun logiciel standard ne répond aux besoins<sup>7</sup>. C'est pourquoi les logiciels qui sont conçus par la Confédération ou sur mandat de celle-ci ont toujours un lien étroit avec les tâches fédérales et ne correspondent que rarement directement à d'autres logiciels existant dans le secteur privé. Les logiciels ouverts de la Confédération ne se prêtent donc que rarement, voire pas du tout, à un usage par des particuliers. Rien qu'en raison du caractère limité des ressources en personnel disponibles, la fourniture de prestations en interne doit se concentrer sur l'essentiel. La transmission de logiciels pourrait néanmoins présenter un intérêt lorsque la Confédération collabore avec des tiers, par exemple dans les domaines de la recherche ou des hautes écoles.

Afin de mieux cerner ce besoin, l'UPIIC a mené à l'automne 2016 un sondage au sein de l'administration fédérale, dont l'objectif était d'identifier les besoins actuels et futurs des unités administratives en matière de transmission ou de mise à disposition de logiciels achetés ou développés en interne. Ce sondage a été adressé aux services responsables de l'informatique des différents départements et de la Chancellerie fédérale (membres du CI) et aux membres de la Conférence informatique de la Confédération, CIC.

Le sondage a révélé qu'aucun besoin réel et urgent de transmettre des logiciels à des tiers n'existe actuellement au sein de l'administration fédérale. L'examen des demandes de tiers ne fait pas non plus apparaître un tel besoin. Quelques services ont observé qu'il serait en principe utile d'examiner la possibilité de transmettre des logiciels et de créer des bases légales pour d'éventuelles futures transmissions.

Un besoin réel de transmission de logiciels a été identifié au sein des offices suivants du Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports (DDPS) et du Département fédéral de l'intérieur (DFI):

- L'Office fédéral de topographie (swisstopo), qui coordonne la publication des géodonnées de base dans une infrastructure de géodonnées. Grâce à l'utilisation rigoureuse d'interfaces ouvertes et standardisées ainsi que de logiciels ouverts, des tiers peuvent intégrer et utiliser le logiciel de l'infrastructure fédérale de géodonnées dans d'autres systèmes et poursuivre le développement de son code source.
- L'Office fédéral de météorologie et de climatologie (MétéoSuisse), car il participe à divers consortiums et projets informatiques afin de mener des travaux de recherche et de prendre part à des projets qui lui permettent de s'acquitter de son mandat légal.

Le Tribunal fédéral a lui aussi fait part d'un besoin, car il souhaite mettre le logiciel «Open-Justitia», un OSS partiellement développé en interne, à la disposition du public, en priorité des tribunaux cantonaux.

## 5 Prestations commerciales

La Confédération se fondant sur le principe d'un ordre économique d'où l'État est absent, une unité administrative ne peut fournir des prestations commerciales à des tiers<sup>8</sup> que si une

<sup>7</sup> Ce principe figure dans la stratégie informatique de la Confédération 2016-2019 ([www.isb.admin.ch](http://www.isb.admin.ch) > Directives TIC > Stratégies et stratégies partielles; page consultée le 9 février 2017), aux ch. 2.3 (mot-clé «Réutilisation») et 2.4 (mot-clé «Spécificité»), et a été confirmé notamment dans l'avis du Conseil fédéral sur l'interpellation 12.4247 déposée par Thomas Weibel le 14 décembre 2012.

<sup>8</sup> Pour la définition de la notion de «tiers», voir les explications figurant dans le message concernant la modification de la loi sur les finances de la Confédération et d'autres actes normatifs (FF 2009 6525, p. 6537).

loi l'y autorise (art. 41 LFC). L'activité économique doit de plus respecter les principes de proportionnalité et de neutralité concurrentielle<sup>9</sup>. La notion de «prestation commerciale» au sens de l'art. 41 LFC comprend toute fourniture payante de biens ou de services, qui n'est pas destinée à l'accomplissement de tâches publiques et qui se fonde en général sur un contrat de droit privé<sup>10</sup>.

La législation spéciale qui régit certaines unités administratives les autorise à fournir des prestations commerciales<sup>11</sup>. L'art. 41 a, al. 1, LFC autorise d'autres unités administratives, non régies par une législation spéciale, à fournir des prestations commerciales. Il mentionne en particulier le Centre de services informatiques du DFJP (CSI-DFJP), l'Office fédéral des constructions et de la logistique (OFCL) ainsi que l'Office fédéral de l'informatique et de la télécommunication (OFIT). Les prestations commerciales ne peuvent être fournies que si elles sont étroitement liées aux tâches principales de l'unité administrative concernée, qu'elles n'entravent pas l'exécution des tâches principales et qu'elles n'exigent pas d'importantes ressources matérielles et humaines supplémentaires (proportionnalité). Elles doivent de plus être fournies à des prix permettant au moins de couvrir leurs coûts (respect du principe de la neutralité concurrentielle). Ces conditions sont énoncées à l'art. 41 a, al. 2 et 3, LFC.

La distribution d'un logiciel contre paiement constitue une prestation commerciale au sens de l'art. 41 LFC, que le logiciel en question soit ouvert ou propriétaire. La transmission de logiciels ouverts peut présenter un intérêt particulier pour la Confédération: cette dernière étant ainsi sur un pied d'égalité avec les autres membres des communautés d'utilisateurs, elle peut bénéficier du savoir-faire accumulé. De plus, ces communautés peuvent poursuivre le développement et l'amélioration des logiciels, car les codes sources sont librement accessibles. En effet, le développement ultérieur n'est en principe pas réservé au fabricant comme c'est le cas pour les logiciels propriétaires. Si la mise à disposition de logiciels ouverts constitue une activité commerciale, les prix pratiqués devraient couvrir les coûts.

Si le logiciel a été acquis ou mis au point par une unité administrative *non autorisée* à fournir des prestations commerciales, sa distribution contre paiement pourrait être assurée par l'intermédiaire d'une unité administrative régie par une législation spéciale ou au bénéfice de l'autorisation requise en vertu de l'art. 41 a LFC, par exemple l'OFIT ou le CSI-DFJP. Il n'est donc pas nécessaire de modifier l'art. 41 a LFC. La préparation et le suivi de la distribution (établissement du contrat de licence, documentation relative au code source, éventuelle anonymisation ou suppression de données et, au besoin, interlocuteur en matière d'assistance, etc.) devraient néanmoins être assurés par l'unité administrative responsable du logiciel, afin de décharger au maximum l'unité participant à sa distribution. Le preneur de licence conclurait toutefois un contrat avec la Confédération, représentée par l'unité administrative autorisée à fournir des prestations commerciales (OFIT, OFCL ou CSI-DFJP, par ex.).

## 6 Transmission gratuite de logiciels ouverts

Il reste à savoir si la transmission gratuite de logiciels constitue une activité économique ou non. Une réponse positive signifierait que s'appliquent les restrictions découlant du principe d'un ordre économique d'où l'État est absent (cf. ch. 5). Or, selon ce principe, l'activité économique de la Confédération doit poursuivre un intérêt public, se fonder sur une base légale formelle, demeurer proportionnelle et respecter le principe de la neutralité concurrentielle. Si

<sup>9</sup> ATF 138 I 378, consid. 6.3.2.

<sup>10</sup> FF 2009 6525, p. 6537

<sup>11</sup> C'est le cas par exemple des unités administratives du DDPS en vertu de l'art. 148i de la loi fédérale du 3 février 1995 sur l'armée et l'administration militaire (loi sur l'armée, LAAM; RS 510.10).

l'on admet au contraire que la transmission gratuite de logiciels ouverts ne constitue pas une activité économique, elle peut être considérée comme un produit accessoire de l'activité administrative auxiliaire. Cette activité ne nécessite aucune base légale particulière parce qu'elle est toujours également couverte par la base légale relative à la tâche administrative concernée. Une telle approche serait plausible au moins lorsque des logiciels sont mis à disposition dans le but de profiter du fait que des tiers en poursuivent le développement, signalent les éventuelles erreurs, etc.

En préparant la réponse à l'interpellation du 14 décembre 2012 de Thomas Weibel (12.4247), l'UPIIC a chargé le professeur Georg Müller (docteur en droit) et Stefan Vogel (docteur en droit) d'établir un avis de droit pour déterminer si l'administration fédérale peut transmettre des solutions informatiques à code ouvert et, si oui, à quelles conditions. Dans leur avis<sup>12</sup>, les auteurs concluent que toute fourniture de prestations commercialisables à des tiers doit être assimilée à une activité économique. À leurs yeux, le but lucratif ou le caractère onéreux sont certes caractéristiques d'une telle activité, mais non essentiels<sup>13</sup>. La mise à disposition gratuite par l'État de logiciels à des tiers conduirait en outre à une distorsion de la concurrence et exigerait par conséquent une base légale<sup>14</sup>.

Trois autres juristes, le professeur Tomas Poledna (docteur en droit), le professeur Simon Schlauri (docteur en droit) et Samuel Schweizer (master en droit)<sup>15</sup>, estiment au contraire que la seule mise à disposition gratuite du code source ne constitue le plus souvent pas une prestation commercialisable. Pour être qualifiée de commercialisable, une telle mise à disposition devrait s'accompagner de prestations complémentaires, telles que l'intégration, la maintenance, l'assistance et la sécurité informatique, permettant d'exploiter le code en question<sup>16</sup>. À leur avis, c'est la raison qui motive la publication d'un logiciel ouvert sous licence qui est déterminante: si cette raison réside dans la volonté d'améliorer un logiciel utilisé comme moyen d'exploitation, alors sa publication équivaut à l'acquisition de ressources et relève donc de l'administration auxiliaire, celle-ci servant indirectement à l'accomplissement d'une tâche publique<sup>17</sup>. Les auteurs considèrent par ailleurs que le modèle d'utilisation des logiciels ouverts est répandu dans le secteur économique et que le principe de la neutralité concurrentielle est respecté pour autant que l'État utilise et transmette de tels logiciels de la même manière que le feraient des acteurs privés<sup>18</sup>. Une base légale formelle ne serait donc nécessaire que dans des cas particulièrement exceptionnels<sup>19</sup>.

Vu l'écart qui sépare les avis des experts, il est impossible de conclure de manière définitive si la mise à disposition gratuite de logiciels ouverts à des tiers requiert une base légale.

<sup>12</sup> Avis de droit Müller/Vogel

<sup>13</sup> Avis de droit Müller/Vogel, p. 5

<sup>14</sup> Avis de droit Müller/Vogel, p. 30 s.

<sup>15</sup> Pour donner suite à la motion du 11 juin 2013 «Exploiter les synergies dans le développement et l'utilisation de logiciels» (numéro de l'affaire: 2013.RRGR.648), le canton de Berne a chargé le professeur Tomas Poledna (docteur en droit, avocat), le professeur Simon Schlauri (docteur en droit, avocat) et Samuel Schweizer (master en droit, avocat) d'établir un avis de droit: «Gutachten zu den rechtlichen Voraussetzungen der Nutzung von Open Source Software in der öffentlichen Verwaltung insbesondere des Kantons Bern» (avis de droit sur les conditions légales requises pour l'utilisation de logiciels ouverts dans l'administration publique, en particulier celle du canton de Berne; en allemand seulement) du 18 août 2016. Cet avis, ci-après «avis Poledna/Schlauri/Schweizer», est disponible à l'adresse: [www.fin.be.ch](http://www.fin.be.ch) > Informatique > Bases légales > Publications (page consultée le 9 février 2017).

<sup>16</sup> Avis de droit Poledna/Schlauri/Schweizer, ch. 95

<sup>17</sup> Avis de droit Poledna/Schlauri/Schweizer, ch. 278

<sup>18</sup> Avis de droit Poledna/Schlauri/Schweizer, ch. 321

<sup>19</sup> Une base légale formelle serait notamment nécessaire lorsque l'offre de logiciels ouverts proposée par les pouvoirs publics restreindrait gravement (de fait) la liberté économique ou qu'elle serait développée et proposée sans lien matériel avec l'activité de l'unité administrative concernée (avis de droit Poledna/Schlauri, ch. 473).

## 7 Prochaines étapes

En matière de mise à disposition gratuite de logiciels ouverts, plusieurs questions juridiques d'importance sont encore en suspens et attendent des réponses. Il importe également de préciser les limites qui séparent ce secteur d'autres domaines du droit, tels que le droit fiscal et la législation sur les subventions. Dans l'accomplissement de leurs tâches, quelques rares unités administratives doivent pouvoir participer à des projets relatifs aux OSS et ont donc intérêt à mettre gratuitement des logiciels ouverts à disposition ou à participer au développement de tels logiciels pour s'acquitter de leur mandat. L'administration fédérale peut d'ailleurs tirer profit de la transmission gratuite de logiciels, car les autres utilisateurs (communauté informatique) sont susceptibles de leur apporter des améliorations qualitatives et d'étendre leurs fonctionnalités. Force est donc de constater que l'administration fédérale a tout intérêt à ce que l'incertitude qui pèse sur la transmission gratuite de logiciels ouverts soit levée.

Le Conseil fédéral charge donc le DFF (UPIC, OFIT, OFCL, Administration fédérale des finances), en collaboration avec le DFJP (Office fédéral de la justice), de répondre aux questions encore en suspens et d'élaborer au besoin les bases légales requises.

## 8 Annexe

- Postulat 14.4275



## Conseil national

14.4275

### Postulat Glättli

### Comment autoriser expressément la mise à disposition de logiciels à source ouverte par l'administration fédérale?

---

#### Texte du postulat du 12 décembre 2014

Le Conseil fédéral est chargé d'examiner s'il y a lieu de compléter la loi sur les finances (LFC) afin d'autoriser expressément la Confédération à mettre des codes sources à la libre disposition du public; le cas échéant il proposera une modification des actes pertinents afin que la stratégie OSS de l'administration fédérale puisse être mise en œuvre.

#### Cosignataires (10)

Gilli Yvonne, Ingold Maja, Müller Geri, Quadranti Rosmarie, Riklin Kathy, Schelbert Louis, Trede Aline, van Singer Christian, Vischer Daniel, Weibel Thomas

#### Développement

La question du réemploi, sous forme de logiciels à source ouverte (Open Source Software, OSS), de logiciels développés par l'administration se pose depuis près de dix ans. En 2005, la stratégie OSS de l'administration fédérale soulignait déjà la nécessité d'encourager la mise à disposition de logiciels à source ouverte. Mais l'administration fédérale n'a rien fait de plus depuis lors, bien qu'un grand nombre d'autorités fédérales, en particulier le DFJP, le DDPS et le Tribunal fédéral, et d'autorités cantonales (cantons de Berne, de Zoug et de Vaud) aient rendu public le code source de logiciels.

Il a fallu attendre la réponse à l'interpellation Weibel 12.4247 pour que le Conseil fédéral charge des experts de réaliser un avis de droit sur cette question. Cet avis de droit («Rechtsgutachten zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Randnutzung von Software im Verwaltungsvermögen, insbesondere der Veröffentlichung und Verbreitung von Open-Source-Software durch Träger von Bundesaufgaben») a été établi par Georg Müller et Stefan Vogel. Il met en évidence le manque de clarté de la situation juridique actuelle et conclut que la teneur actuelle de l'art. 41 de la loi sur les finances s'oppose à ce que les codes sources des logiciels développés par la Confédération soient mis à la disposition du public. Si la publication de codes sources par la Confédération constitue effectivement une prestation commerciale, une autorisation expresse est requise.

La mise à disposition du code source de logiciels accroît l'utilité pour la société des logiciels dont le développement a été financé par des collectivités publiques. D'autres services administratifs, et même des particuliers, peuvent en effet utiliser des codes sources conçus ou développés par la Confédération, ou en poursuivre le développement. Lorsque la Confédération recourt à des logiciels à code source librement accessible pour ses propres projets, elle réalise des économies appréciables dans la mesure où elle peut utiliser sans frais de licence des logiciels libres existants. L'utilisation de ces logiciels présuppose cependant très souvent un libre accès au code adéquat. Lorsque la libre mise à disposition du code est illicite, comme l'indique l'avis de droit, l'utilisation efficace du logiciel libre est entravée. Si la Confédération se porte acquéreur de logiciels à code source ouvert, elle pourra réduire sa dépendance à l'égard des fournisseurs de produits informatiques et renforcer la concurrence sur le marché des logiciels. L'expérience a montré que cette démarche stimulait l'économie et était créatrice de valeur ajoutée.

Mise à disposition de logiciels ouverts par l'administration fédérale (rapport en réponse au postulat 14.4275 Balthasar Glättli)

### **Avis du Conseil fédéral**

L'examen réclamé par l'auteur du présent postulat sera réalisé. Le cas échéant, l'examen évaluera également si la loi sur les finances est le bon réceptacle pour la nouvelle réglementation.

### **Proposition du Conseil fédéral**

Le Conseil fédéral propose d'accepter le postulat.