

**COMMISSIONS DES MARCHES
PUBLICS DE L'ETAT**

SECTEUR INFORMATIQUE -TELECOMMUNICATIONS

Bâtiment CONDORCET
- Télédocus 333 -
6, rue Louise Weiss - 75703 Paris Cedex 13

12^e Séance
du 6 mai 2008

DOSSIER CMPE N° 08-0179.

MINISTÈRE : DEFENSE.

SERVICE : Direction interarmées des réseaux d'infrastructure et des systèmes d'information de la défense.

MARCHE : Accord-cadre mono-attributaire.

DUREE : 4 ans.

OBJET : Maintien en condition opérationnelle des systèmes informatiques exploitant des produits de la société Microsoft avec option d'achat.

MONTANT ESTIMÉ : non communiqué

**

*

SOMMAIRE

SOURCE : ANNONCE N°202, PUBLIÉE LE 17/04/2008 DANS LE BOAMP 031 C, DÉPT. 755

La DIRISI présente à votre commission un projet d'accord-cadre ayant pour objet le « Maintien en condition opérationnelle des systèmes informatiques exploitant des produits de la société Microsoft avec option d'achat ».

Il est proposé de le passer sans publicité préalable et sans mise en concurrence avec la société MICROSOFT au titre de l'article article 35 II 8 du code des marchés publics.

L'accord-cadre concerne le ministère de la défense mais l'ex ministère des finances envisage de s'y joindre, d'autres ministères pouvant s'y joindre ultérieurement. Il ne devrait donc pas présenter de caractère spécifique propre aux aspects « défense ».

La DIRISI diffère de la DGSIC (direction générale des systèmes d'informations et de communication de la défense) par son caractère essentiellement opérationnel. C'est donc l'acheteur principal au MINDEF des produits MICROSOFT.

CADRAGE PREALABLE

Sur le cas particulier du fournisseur MICROSOFT

S'agissant d'un fournisseur exerçant une position dominante sur son marché, il en résulte un contexte particulier.

En effet, MICROSOFT a déjà été condamné en 2004 par la Cour de justice européenne pour « abus de position dominante », condamnation confirmée en appel et qui a donné lieu à de lourdes amendes (899 millions d'euros¹).

La Cour instruit actuellement deux autres plaintes, dont une déposée en février 2006, provenant de l'association ECIS (European Comitte for Interoperable Systems), représentant plusieurs groupes informatiques importants, notamment Adobe, IBM, Nokia, Oracle, Sun : « L'examen de la Commission ...s'attachera notamment à déterminer si le nouveau format de fichier Office Open XML de Microsoft, mis en place dans Office, permet une interopérabilité suffisante avec les produits de ses concurrents. »²

Enfin, un débat assez violent agite actuellement la communauté informatique sur les circonstances de l'acceptation par l'ISO (« International standard association »), de la proposition de MICROSOFT de transformer en norme internationale le format de fichier Office Open XML « OOXML ». Dans le cadre des instructions citées précédemment, la Commission

¹ Source : <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/microsoft/index.html>

² source <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/08/19&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=en>

européenne aurait récemment ouvert une enquête complémentaire sur la régularité de la procédure ayant conduit à la décision de l'ISO³.

Quoi qu'il en soit, les logiciels d'OFFICE constituant comme on le verra l'objet principal du présent projet d'accord-cadre, l'existence de ces enquêtes est importante pour votre commission. En effet, l'article 11, paragraphe 6, du règlement n° 1/2003, prévoit : « que l'ouverture d'une procédure dessaisit les autorités de concurrence des États membres de leur compétence pour appliquer les règles de concurrence énoncées aux articles 81 et 82 du traité. En outre, l'article 16, paragraphe 1, dudit règlement dispose que les juridictions nationales doivent éviter de prendre des décisions qui iraient à l'encontre de la décision envisagée dans une procédure intentée par la Commission. »

Plus généralement, le monopole de fait de MICROSOFT est contesté sur les produits prévus par le présent projet d'accord-cadre par un grand nombre d'acteurs du secteur, regroupés au sein de la nébuleuse dite du « logiciel libre »⁴, ou « OPEN SOURCE ». Ces acteurs sont ainsi particulièrement vigilants sur les conditions de la concurrence.

Cela concerne principalement la suite « OFFICE » de MICROSOFT (dont le produit concurrent principal dans le logiciel libre est « OPEN OFFICE », mais il y en a d'autres), et les logiciels des serveurs informatiques où MICROSOFT n'est pas en position dominante. La situation est toutefois fortement évolutive. Bien entendu les logiciels libres comprennent d'autres logiciels que ceux cités.

Le panorama doit être complété par le débat actuel sur la brevetabilité du logiciel, qui donne aussi lieu à d'âpres discussions. Rappelons que les brevets logiciels n'existent pas encore de façon certaine en Europe, même s'il existe un office européen des brevets. Pour l'instant ils n'existent pas en France, mais la situation peut évoluer sous la pression de grands groupes du secteur, dont MICROSOFT.

En pratique, le dépôt de multiples brevets européens par MICROSOFT permettra peut-être d'éviter de nouvelles condamnations de la Cour de justice européenne et donc de préserver sa position dominante sur le marché. Par ailleurs, le caractère jurisprudentiel et incertain du droit des brevets logiciels favorise les entreprises puissantes, seules capables de supporter les frais judiciaires en résultant⁵.

³ en application de l'article 18 du règlement 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002-
Source : <http://www.pcworld.com/article/id,144036-pg,1/article.html> – pour l'instant, la Commission n'a pas été décidée de rendre publique la notification de la procédure

⁴ « Un logiciel libre est un [logiciel](#) dont la [licence](#) dite [libre](#) donne à chacun le droit d'utiliser, d'étudier, de modifier, de dupliquer, de donner et de vendre ledit logiciel » – source : http://fr.wikipedia.org/wiki/Logiciel_libre

Enfin, il est important ne pas confondre la notion de « logiciel libre » avec celle d'interopérabilité, qui qualifie « la capacité à composer le système d'information souhaité à partir de logiciels coopérant efficacement »⁶.

Syntec-informatique, association représentative des SSII, estime maintenant que l'enjeu véritable n'est pas le choix entre des « logiciels libres » et des logiciels « propriétaires », **mais la politique d'interopérabilité** : « Si une politique doit être suivie, c'est donc celle en faveur de l'adoption par le plus grand nombre d'acteurs possibles de ces « standards ouverts » et de l'objectif plus général d'interopérabilité, politique à laquelle la quasi-totalité des acteurs du logiciel, OPEN SOURCE ou propriétaire, doivent pouvoir adhérer, car elle est conforme à leur intérêt et à celui de leurs clients.⁷ »

Quoiqu'il en soit, il est significatif selon votre rapporteur que l'article 5-DEFINITIONS du projet d'accord-cadre qui vous est présenté ne mentionne pas le terme d'interopérabilité.

Sur les évolutions de l'administration française

Ces évolutions se sont traduites dans le cas de l'administration française par la migration de la suite MICROSOFT OFFICE vers les logiciels libres de la suite « OPEN OFFICE » de certains services. La Gendarmerie nationale, l'ex ministère de l'Equipe ont terminé cette migration, d'autres sont en cours.

Le mouvement vers les logiciels libres touche aussi d'autres ministères, l'ex ministère des Finances (notamment pour une application très stratégique : la télédéclaration des impôts⁸), les Journaux officiels⁹. La Direction générale de la modernisation de l'Etat (DGME) a fait jusqu'à récemment la promotion de l'utilisation du format de fichier universel et ouvert, « Open Document Format (dit ODF) » dans le cadre d'une politique d'interopérabilité¹⁰.

Votre rapporteur n'est pas un militant actif du logiciel libre¹¹. Il attire seulement l'attention de votre commission sur les conséquences pratiques et

⁵ par exemple, MICROSOFT aurait fait breveter le « double click » sur une souris et peut donc intenter un procès qui durera un grand nombre d'années sur ce thème à n'importe quel autre fabricant de logiciel.

⁶ Définition de Syntec-informatique

⁷ source : www.syntec-informatique.fr/import/ThemaTIC_n9OPENSOURCE.pdf

⁸ <http://www.zdnet.fr/actualites/informatique/0,39040745,39164450,00.htm>

⁹ SOURCE : ANNONCE N°202, PUBLIÉE LE 17/04/2008 DANS LE BOAMP 031 C, DÉPT. 75

¹⁰ politique concrétisée par le projet de référentiel général d'interopérabilité dit « RGI » - Voir par exemple <http://www.adele.gouv.fr/wiki/index.php/Accueil>.

¹¹ il a été dans un lointain passé très impliqué dans la sortie de l'administration française du monopole de fait des ordinateurs IBM dans les années 1970, qui n'est pas sans similitudes avec la situation actuelle – à ce jour il partage entièrement la position de Syntec-informatique citée ci-dessus.

juridiques qui découlent de son développement, notamment vis-à-vis de l'absence de mise en concurrence :

- l'administration française ne peut ignorer les positions de la Commission européenne sur les pratiques de MICROSOFT et le fait que de nouvelles enquêtes sont en cours,
- une ordonnance ministérielle du 7 décembre 2005 prévoit « des dispositions relatives (...) à l'interopérabilité des systèmes d'information destinés à rendre compatibles les différents systèmes des administrations ».
- cette ordonnance a été confirmée par le décret n°2007-284 du 2 mars 2007 fixant les modalités d'élaboration, d'approbation, de modification et de publication du référentiel général d'interopérabilité¹².
- La création toute récente d'un secrétariat d'État chargé de la Prospective, de l'Évaluation des politiques publiques et du Développement de l'économie numérique.
- enfin s'agissant du MINDEF, le décret n° 2006-497 du 2 mai 2006 portant création de la direction générale des systèmes d'information et de communication prévoit dans son article 2 - 4° que cette direction: « Est responsable, au sein du ministère, du choix des normes, standards et méthodes pour les systèmes d'information et de communication, décide des référentiels correspondants et assiste le représentant ministériel pour la normalisation » ;

Or le rapport du service mentionne que : « Compte tenu de la volonté d'équiper et d'harmoniser le parc informatique du ministère avec les nouveaux produits logiciels de la gamme Microsoft, il convient de lancer une procédure sans publicité préalable ni mise en concurrence permettant de mettre en place ou d'étendre ces prestations de service sur une période de 4 ans. »

Le service pourra en séance préciser s'il y a des décisions ministérielles qui expriment une telle volonté, et notamment si l'on doit en déduire le retour des services déjà équipés de la suite « OPEN OFFICE » non fournie par MICROSOFT, à des produits propriétaires fournis au titre du présent accord cadre,

Sans engager un débat de fond sur la question des logiciels libres qui s'apparenterait aux guerres de religion¹³, il serait utile que le service précise s'il a pris en compte les préoccupations annoncées dans l'ordonnance de 2005 et le

¹² En réalité, ce décret ne va pas résoudre la question, car il ne fixe que les modalités d'approbation du référentiel d'interopérabilité. Ce dernier n'est toujours pas approuvé.

¹³ et qui en tout état de cause est devenu un enjeu d'ordre politique – voir décision n°58 du rapport ATTALI, 300 décisions pour changer la France : « promouvoir la concurrence entre les logiciels propriétaires et les logiciels libres ».

décret de 2007, s'il a consulté le secrétariat d'Etat chargé de l'économie numérique, et pour la partie MINDEF s'il a l'accord de la DGSIC sur les normes et standards impliqués par le présent projet d'accord-cadre.

Il pourrait également préciser les raisons de l'absence de mention du format Open Office et surtout OOXML dans le projet d'accord-cadre¹⁴.

En effet, l'interopérabilité des produits MICROSOFT entre eux et avec ceux utilisés par les nombreux services qui utilisent maintenant les logiciels libres semble un besoin incontournable à votre rapporteur dans le cadre du développement de l'administration et de l'économie numériques¹⁵.

La question de l'intégration de OOXML dans le projet d'accord cadre se pose d'autant plus que MICROSOFT lui-même en fait un cheval de bataille : "Open XML, an International Standard since December 8, 2006"¹⁶.

SUR L'OBJET DE L'ACCORD-CADRE PROPOSÉ

Le rapport du service étant peu disert sur la question, il paraît utile à votre rapporteur de rappeler quelles sont les fournitures concernées, d'autant que les dispositions envisagées ne se comprennent qu'à l'aune de l'usage qui est fait des prestations.

Tout d'abord, l'ensemble des logiciels prévus doit fonctionner avec les systèmes d'exploitation propriétaires MICROSOFT WINDOWS et équiper des postes de travail finaux et non des serveurs.

Ensuite il apparaît dans le projet présenté que la fourniture principale est celle de droits d'usage pendant 4 ans de la suite « OFFICE » (principalement traitement de texte Word, tableur Excel, présentateur Power-point).

Votre rapporteur propose de modifier le titre de l'accord-cadre pour le titre suivant, plus conforme à son objet réel : « **concession de droits d'usage des produits MICROSOFT pour postes de travail et prestations associées** » - l'utilité et le détail d'un nouveau titre pourrait être débattue en séance avec le service.

¹⁴ voir <http://www.01net.com/editorial/321510/bureautique/bercy-place-microsoft-devant-le-defi-open-document/> - a noter cependant que la DGME aurait changé de position vis à vis de MICROSOFT lors des votes successifs d'adoption du format OOXML à l'ISO. Voir aussi l'annonce toute récente d'un éventuel revirement de la DGME : <http://www.cio-online.com/actualites/lire-rgi-bercy-veut-sauver-microsoft-et-l-imposer-aux-administrations-1302.html>

¹⁵ votre rapporteur a été dans un passé récent un utilisateur de base de ces logiciels ouverts au ministère de l'équipement - les difficultés de compatibilité avec les logiciels MICROSOFT génèrent un problème particulièrement irritant pour les utilisateurs ayant à traiter des informations issues d'autres ministères ou des entreprises : le convertisseur de format fourni par MICROSOFT est mal commode car non intégré à OFFICE.

¹⁶ Source : <http://www.microsoft.com/interop/letters/choice.mspx>

Est ensuite mentionné la fourniture du produit « CAL », sans qu'on sache de quoi il s'agit. Votre rapporteur a trouvé sur le site commercial de MICROSOFT qu'il s'agit de la partie client de l'accès aux serveurs MICROSOFT.

Enfin toute une liste de produits annexes est donnée. Cette liste ne contient pas les systèmes d'exploitation WINDOWS proprement dits, supposés fournis par ailleurs, vraisemblablement avec les postes de travail eux-mêmes.

Le produit OFFICE bénéficie d'un droit d'usage gratuit à leur domicile pour les personnels des services coordonnés qui l'utilisent (article 9-1-1).

Bien que cette clause soit habituelle dans les contrats de MICROSOFT pour les grands comptes¹⁷, on peut s'interroger sur son caractère dérogatoire au code des marchés publics car il ne s'agit pas selon votre rapporteur d'un besoin de la personne publique.

Le représentant de la DAJ pourra exprimer en séance son point de vue sur cette disposition, sur la définition de ce qu'est le personnel des services coordonnés et sur les risques de délit de favoritisme qu'elle pourrait générer.

D'après votre rapporteur son caractère « gratuit » n'est qu'une disposition de façade, alourdissant d'autant le coût des prestations payées par l'administration.

Cette disposition a été prise par le fournisseur pour des raisons commerciales, dont on pourrait souhaiter qu'elles ne risquent pas de contribuer aux reproches d'abus de position dominante faits à ce jour par la Cour de justice européenne¹⁸.

Le représentant de la DGCCRF pourra exprimer en séance son point de vue sur cette disposition.

Enfin, il est prévu la possibilité d'achat non pas de droits d'usage, mais des logiciels eux-mêmes en fin de période, dans des conditions non précisées à ce jour car elles feront vraisemblablement partie de l'offre du titulaire.

Votre rapporteur ne sait pas ce qu'est l'achat de logiciels MICROSOFT, ni quels sont concrètement les fournitures prévues et les droits et obligations des deux parties à ce sujet. Le service pourra préciser ce qu'il entend par « achat » en séance, et s'il prévoit de compléter le projet d'accord cadre à ce sujet.

¹⁷ Bien que particulièrement favorable ici

¹⁸ La première condamnation de MICROSOFT pour abus de position dominante porte principalement sur l'usage d'un produit fourni gratuitement (Internet explorer).

Plus délicat selon votre rapporteur, est l'article 1-2 qui permet l'ajout sans avenant de nouveaux produits (alinéa 3), non spécifiés à ce jour. Evidemment, le prix de ces nouveaux produits ne peut être défini d'avance.

Si l'interprétation de votre rapporteur est la bonne, on se demande alors quel est l'objet réel du marché, autre que celui d'accepter pour le présent et pour l'avenir le catalogue de MICROSOFT.

De plus, si l'on suit le service sur le caractère inévitable de se fournir auprès de MICROSOFT des nouvelles versions des logiciels, cet avenir sera illimité et rend alors sans objet la durée du marché de 4 ans.

Accessoirement, le représentant de la DAJ pourra préciser si à son avis cette dérogation aux principes à la base du code des marchés peut aussi entraîner des recours des autres fournisseurs potentiels et/ou des risques relatifs au délit de favoritisme.

Enfin, il est prévu la fourniture de matériels et de prestations annexes de pilotage et d'assistance qui ne semblent pas poser de problèmes de principe.

Toutefois, s'agissant des prestations d'assistance, le service pourra expliquer en séance comment il a fait la part des prestations obligatoirement fournies par MICROSOFT, et de celles qui pourraient être fournies par exemple par des distributeurs.

En effet, on ne dispose pour cela que de la seule déclaration d'exclusivité du titulaire, qui peut être acceptée sans aucun doute pour certaines des prestations prévues, mais dont l'extension à leur ensemble ne semble pas évidente à votre rapporteur.

Par exemple, le service pourra en séance préciser le contenu des prestations 40 (étude d'opportunité et de qualification projet), et surtout 41 (assistance à l'analyse de réponses à appel d'offres), où à ce titre, en s'abritant sur les dispositions de l'article 13-4 Confidentialité, MICROSOFT pourra avoir communication des offres de ses concurrents et donner un avis dessus alors qu'il aura répondu par ailleurs au même appel d'offres.

Dans les contrats du monde anglo-saxon, il est d'usage d'inclure une clause d'engagement d'absence de conflit d'intérêt, même s'il y a par ailleurs une clause de confidentialité.

SUR LES ASPECTS ÉCONOMIQUES DE L'ACCORD-CADRE ET SON PÉRIMÈTRE

Le service ne donnant pas de coût estimé, votre rapporteur s'est essayé au calcul suivant, basé sur les dires du service dans son rapport:

Nombre de postes de travail estimé : 170.000

Part des droits d'usage (essentiellement OFFICE) : 85 %

Coût de la licence OFFICE : 30 à 50 euros (ordre de grandeur – estimation du rapporteur)

Coût estimé des marchés : $170.000 * 40 / 0,85 = 8.000.000$ euros.

Le service pourra en séance donner son avis sur l'estimation de votre rapporteur.

En particulier, il semble essentiel pour votre rapporteur, qu'avant la négociation avec le fournisseur, l'administration ait une vue claire du coût constaté des licences « OFFICE », et notamment de son élasticité par rapport aux quantités (commandées fermes ou envisagées).

En réalité, si l'on suivait le raisonnement du service, le coût à considérer devrait inclure aussi celui des marchés qui seront à passer selon ses dires obligatoirement avec MICROSOFT pour les mises à jour ultérieures.

Votre commission a été dans d'autres domaines très soucieuse d'intégrer les besoins ultérieurs dans les marchés présentés, lorsqu'ils ne pouvaient être satisfaits par d'autres que le fournisseur initial.

Le service pourra en séance indiquer s'il a de la part du fournisseur des indications sur les évolutions envisagées des versions des logiciels prévus dans l'accord-cadre et sur le coût du passage au format OOXML.

Il est également évident que vu le poids du MINDEF et de l'ex MINEFI, le présent accord-cadre aura des impacts sur les autres ministères même s'ils ne s'y joignent pas.

Plus généralement votre commission a souvent insisté sur la nécessité pour un acheteur public de prendre en compte les aspects économiques de l'achat envisagé, contrepartie positive des allègements des procédures permises par le nouveau CMP. Dans le cas de l'accord-cadre, cet aspect est d'autant plus important que son intérêt dépend du périmètre d'achats envisagé.

Cependant le point le plus important sur le plan économique est ailleurs : en effet dans le coût à considérer entre aussi le coût de possession ¹⁹. La RGPP a été précédée par une série d'audits et d'études sur ce sujet.

Selon une de ces études réalisée en 2003 sur les coûts moyens directs d'un poste de travail et de son environnement, la partie afférente au support

¹⁹ incidemment, la considération du coût de possession est, sauf erreur, obligatoire selon des instructions ministérielles au sein du MINDEF.

et service d'infrastructures représente 50 % et les coûts d'acquisition et de maintenance du matériel 16 % du coût total. Compte tenu de l'importance de la taille du parc informatique de l'État, une optimisation du coût de ces fonctions représente une économie potentielle de plusieurs centaines de millions d'euros²⁰.

Sur cette base, en supposant que les coûts concernés par le présent accord-cadre représentent le vingtième du coût d'une station de travail et de sa maintenance, que les coûts de support soient pour moitié liés aux logiciels prévus dans le présent accord-cadre, les coûts indirects qu'il impacte sont de l'ordre de : $0,5 * 8.000.000 * 20 = 80.000.000$ d'euros.

De plus, le débat entre l'usage des logiciels propriétaires et celui des logiciels libres est quelque peu obscurci par l'annonce de la soi-disant gratuité de ces derniers. En réalité, leur avantage principal potentiel se situe dans les coûts de possession, même si les coûts initiaux de transition pour les utilisateurs de logiciels propriétaires sont importants, car ils ne sont pas récurrents. Les coûts des logiciels propriétaires quant à eux sont récurrents et résultent notamment de « l'obligation » d'acquérir leurs versions successives comme l'illustre le présent dossier et surtout des coûts considérables d'interfaçage des applications qu'ils génèrent en plus des coûts décrits ci-dessus.

Ainsi en réalité, c'est une partie significative de l'ensemble du budget logiciel de l'Etat qui est concernée par le présent dossier, voire même du budget des matériels. En effet, l'administration paie pour ses stations de travail le coût du logiciel « WINDOWS », dont les versions successives sont liées par MICROSOFT aux versions successives des logiciels du présent accord-cadre. Ce coût est certes indirect et aujourd'hui caché, mais il apparaîtra si un jour une mise en concurrence devient possible en pratique sur des fournitures machines et systèmes non liées.

En revenant à des considérations plus directes, le résultat de ces audits sur les coûts complets devrait être pris en compte pour déterminer la priorité des besoins à satisfaire, par exemple pour négocier les réductions éventuelles qu'un engagement ferme d'achat permettrait sur les besoins les plus prioritaires.

SUR LA DÉTERMINATION DES BESOINS ET LE CHOIX DES PROCÉDURES

Cet accord-cadre se situe dans le contexte de la mode actuelle consistant à centraliser les achats de tous les ministères dans un domaine donné dans le but de

²⁰ Source : http://www.audits.performance-publique.gouv.fr/performance/audit_ci.php?idref=141

- voir aussi <http://www.01net.com/editorial/371577/1-201-euros-par-an-pour-un-poste-informatique/>

généraliser des économies d'échelle par le poids accru des négociateurs de l'administration vis-à-vis des fournisseurs dû à l'agrégation des besoins.

La DGME est un actif promoteur de cette procédure dans le cadre de ses missions de modernisation de l'Etat.

Dans la mesure où une telle centralisation éloigne les concepteurs de l'accord-cadre et les négociateurs du contrat des utilisateurs finaux des prestations prévues, une attention particulière devrait être portée à la définition de leurs besoins surtout dans un domaine où ils sont aussi variés. Le risque est en effet de perdre les avantages espérés de la mutualisation par une adéquation moins pertinente des prestations prévues aux besoins réels et par une négociation avec le fournisseur en position de faiblesse de la part de l'administration.

En cas d'asymétrie d'information et de compétence technique entre l'administration et le fournisseur finalement le fournisseur connaît mieux les besoins que le négociateur unique de l'administration.

On est bien ici dans ce cas, car MICROSOFT dispose d'outils très perfectionnés pour connaître le nombre et l'usage de ses logiciels utilisés par ses clients. Evidemment les informations collectées à cette occasion sont d'ordre commercial, donc non connues des clients surtout lors d'une négociation. En particulier, seul MICROSOFT est en l'état actuel de l'organisation de l'administration, capable de consolider les usages des différentes administrations concernées et leur place par rapport au périmètre de l'accord-cadre envisagé.

Il en résulte que le calcul économique justifiant la procédure de l'accord-cadre ne peut s'appliquer. L'optimum atteint est alors celui du vendeur et non celui de l'acheteur. C'est la stratégie de MICROSOFT, ce qui est normal.

Ainsi la centralisation des achats par un accord-cadre peut conduire à des surcoûts significatifs

Le choix de la procédure aurait dû être précédé par la connaissance de l'avantage économique espéré (écart entre le coût des prestations actuelles achetées de façon isolée ministère par ministère et réductions attendues par la procédure envisagée) en fonction du volume de prestations fournies.

En réalité, toutes ces difficultés partent du fait que l'on accepte que le fournisseur connaisse mieux les besoins que l'administration sous prétexte que l'on est dans un domaine très technique. L'expérience de votre rapporteur dans ce domaine le conduit à regretter cette approche qui confond la technicité des moyens à employer et celle de la détermination des besoins.

Au contraire, surtout dans ce domaine, le succès passe sans aucune exception par la détermination des besoins par celui qui commande les

prestations, et donc ici par l'application des principes à la base du code des marchés.

Le service pourra en séance, donner son point de vue sur l'application dans le cas présent du CMP article 5 quant à « la nature et l'étendue des besoins à satisfaire avec précision », et s'il s'est préoccupé à connaître la hiérarchie à donner à ces besoins.

Incidentement, le projet présenté ne prévoit qu'un minimum (article 7-1), ce qui pose la question des modalités de sa détermination et des risques de contentieux que cela entraînerait par absence de maximum.

De toute façon, l'établissement d'un minimum devrait avoir pour contrepartie un rabais sur le prix. Compte tenu du contexte, la conclusion d'un accord-cadre sans minimum ne serait pas absurde. En effet, les conditions de résiliation (article 8-5) ne prévoient pas d'effet pour une éventuelle condamnation de MICROSOFT dans les procédures en cours actuellement à la Cour de justice européenne.

Ces points devraient être vus en séance avec le service.

Plus généralement, votre rapporteur se pose la question de principe de la justification du choix d'une procédure négociée. D'après le rapport du service, « Microsoft est la seule société autorisée à effectuer la mise à jour de ses propres produits ». Cependant, sauf erreur, le projet d'accord-cadre ne parle à aucun endroit de « mise à jour ». S'il s'agissait de cette configuration, l'accord-cadre devrait prévoir deux tarifs :

- *« upgrade » - tarif pour le droit d'usage d'une version déjà utilisée d'un logiciel (par exemple mise à jour de WORD 2003 pour WORD 2007), et ainsi faire référence au marché d'origine qui a permis d'acquérir le droit d'usage du logiciel initial (par exemple WORD 2003),*
- *un tarif pour le droit d'usage d'un nouvel utilisateur.*

Il semble bien qu'il s'agisse dans le cas présent d'acquisition de droits d'usage en tant que tels, indépendants du passé.

Dans ces conditions, la justification donnée par le service pour éviter la mise en concurrence paraît à votre rapporteur peu convaincante et quelque peu tautologique.

Dans le passé, votre commission a, sur un sujet analogue, admis qu'un accord-cadre négocié sans mise en concurrence pouvait s'appliquer aux services qui utilisaient auparavant les logiciels

considérés. Cette interprétation, quelque peu dérogatoire selon votre rapporteur, pouvait se comprendre pour un fournisseur qui n'était pas en position dominante, lorsqu'il n'y a pas de risques de vente liée, et/ou pour des services qui utilisaient le logiciel à la suite d'une mise en concurrence initiale.

On n'est pas ici dans cette situation. Il s'agit en fait d'une question très technique.

Par exemple, il est évident selon votre rapporteur que l'acquisition des logiciels « CAL » ne peut se faire qu'auprès de MICROSOFT, puisqu'il s'agit d'une partie d'un système plus vaste, non utilisable isolément et que l'objet du marché et du besoin est bien celui d'un produit MICROSOFT.

Par contre il n'en est pas du tout de même pour WORD par exemple, qui peut être utilisé isolément. Plusieurs approches sont possibles :

- Admettre que seul WORD est capable de répondre au besoin réel, à savoir celui d'un traitement de texte, mais c'est contrevenir à l'article 6 du CMP²¹ et c'est manifestement faux techniquement.*
- Admettre que WORD est dans la même situation que « CAL » c'est confirmer directement l'abus de position dominante au travers par exemple du délit de vente liée ou de dissimulation de contraintes dans un produit vendu.*
- Admettre qu'une mise à jour d'une version existante est obligatoire pour des raisons techniques avant l'expiration du délai du droit d'usage de cette version, ce qui est tout à fait acceptable à condition qu'elle soit gratuite.*
- A contrario, admettre qu'une mise à jour d'une version existante doit être payée au titre d'un nouveau contrat ne se conçoit que si elle répond à des besoins nouveaux, mais dans ce cas s'agissant de besoins nouveaux on ne peut s'appuyer sur le contrat existant qui a changé d'objet. On devrait remettre en concurrence sur la base des besoins nouveaux, sauf à prouver que MICROSOFT est seul capable de répondre à ces besoins, ce qui est justement*

²¹ « Les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'un mode ou procédé de fabrication particulier ou d'une provenance ou origine déterminée, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, dès lors qu'une telle mention ou référence aurait pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits ».

loin d'être évident si l'on se refuse à faire une mise en concurrence.

Par ailleurs:

- *la stratégie de MICROSOFT est claire, et même affichée²²: au travers de l'implantation des nouvelles versions d'OFFICE prévues dans le présent projet d'accord-cadre il va essayer d'imposer le format OOXML, incompatible avec le format OPEN source (ODF) et protégé par une armée de brevets²³.*
- *le caractère indispensable de faire appel au même fournisseur pour des versions nouvelles occulte le coût non négligeable du passage des anciens formats d'OFFICE vers OOXML et surtout le fait que selon une décision du seul fournisseur MICROSOFT **les versions actuelles d'OFFICE ne pourront pas utiliser ces anciens formats**, faits qui en vérité constituent une qualification difficilement contestable de ce que les produits du présent accord-cadre répondent à d'autres « besoins » que les produits qui ont été fournis au titre de marchés antérieurs²⁴.*
- *la décision sur les produits « arrêtés » (article 10-1-2) est unilatérale de la part du fournisseur, donc si l'on suit le service, on aura obligation d'achat de la nouvelle version suite à une telle décision, à une date et un prix dépendant du seul fournisseur.*

A vrai dire, tout le monde sait bien ce qui se passe en pratique, et qui se répète dans bien d'autres domaines où un fournisseur est en position dominante: dans le cas présent les utilisateurs ont l'habitude des produits du fournisseur et rechignent à en changer, l'acheteur public est de toute façon obligé à terme d'acheter les versions successives des produits, les anciennes versions étant « arrêtées » à une date dépendant du bon vouloir du fournisseur. De plus l'acheteur public est depuis longtemps en relation avec le fournisseur et se fait convaincre facilement par ce dernier que la nouvelle version des produits présente

²² voir document de MICROSOFT cité plus haut :

<http://www.microsoft.com/interop/letters/choice.mspx>

²³ le lecteur un peu curieux pourra consulter l'article suivant, assez objectif selon votre rapporteur :

<http://www.itrmanager.com/articles/62166/open-xml-faire-bonne-specification-mauvais-standard-jean-marie-gouarne.html>

²⁴ d'où la nécessité absolument vitale pour MICROSOFT de faire qualifier son format OOXML comme une norme ISO.

des avantages significatifs et qu'il se doit de l'acquérir. Comme l'acheteur est loin des utilisateurs, il a du mal à apprécier la réalité de ces avantages, de plus éminemment variables suivant les utilisateurs. De toute façon le fournisseur qui, lui, connaît dans le détail leurs différents besoins est capable d'apporter les arguments techniques nécessaires que l'acheteur ne peut prendre le temps de vérifier.

Comme personne ne regarde le coût global du dispositif, surtout dans l'informatique, c'est ainsi que « vogue la galère ».

Votre rapporteur a eu à gérer de telles situations dans le passé : dans l'informatique elles se sont dénouées suite à l'évolution des technologies, dans le domaine de l'affichage urbain suite à l'évolution des jurisprudences. Dans d'autres domaines, elles perdurent depuis plus d'un siècle.

Dans le cas présent, votre commission pourra en discuter si elle le décide, mais votre rapporteur s'interroge sur l'intérêt d'un tel débat qui relève, lui semble-t-il, d'autres instances et d'autres délais d'étude et de décision.

Par contre, la détermination des besoins réels de la personne publique et de leur précision est une question clé pour la justification de la non mise en concurrence et relève directement de l'article 5 du CMP.

Par exemple le présent rapport a été élaboré avec WORD 2002 de MICROSOFT²⁵, mais votre rapporteur n'utilise qu'une toute petite partie de ce logiciel et il n'a pas besoin de WORD 2007 prévu dans le présent accord-cadre. Ainsi, le caractère indispensable d'acquérir cette nouvelle version résulte des « besoins » commerciaux de MICROSOFT qui ont leur propre légitimité mais aucunement de ceux, qui devraient être les seuls à considérer, de la personne publique.

Enfin le service dans son rapport fait référence au « développement durable ». Votre rapporteur n'a pas exploré cette question, faute d'information.

Le service et la DAJ pourront en séance, préciser ce qu'il faut entendre par « développement durable » dans ce domaine.

SUR LA QUESTION DE LA VENTE LIÉE ET DE L'INTEROPÉRABILITÉ

²⁵ Licence « Cour des comptes »

La notion de vente liée n'existe pas en droit public français: c'est du droit de la consommation²⁶. Néanmoins, certaines dispositions du présent dossier s'y apparentent et pourraient être des moyens avancés dans la procédure d'abus de position dominante menée par la Cour de justice européenne.

La question de la vente liée et celle de l'interopérabilité sont à aborder ensemble car il s'agit principalement des relations qu'ont entre eux les différents logiciels prévus et leurs versions successives (et accessoirement avec d'autres logiciels).

La vente liée directe

Par exemple, sauf erreur, le projet ne prévoit pas l'acquisition séparée de WORD dans la suite OFFICE.

Dans OFFICE également, est intégrée obligatoirement l'acquisition de POWERPOINT, dont l'usage n'est pas un besoin de tous les agents.

Ces obligations sont incohérentes avec le fait que les formats d'enregistrement de word, excel, powerpoint sont actuellement différents, et le seront dans OOXML²⁷.

Le service pourra en séance, expliquer les raisons de ces dispositions.

La vente liée indirecte et l'interopérabilité

Ce point est plus délicat : il n'y a aucune obligation d'achat directe de plusieurs produits de la liste fournie. Cependant, comme il n'y a aucune garantie d'interopérabilité entre les versions des logiciels fournis, il est évident que l'acquéreur d'OFFICE 2007 devra aussi acquérir d'autres logiciels de la liste, même s'il dispose de versions antérieures de ces logiciels : ils seront selon toute vraisemblance incompatibles avec OFFICE 2007. **L'interopérabilité est donc une question qui se pose aussi en interne pour les produits MICROSOFT.**

On peut espérer que les produits de la liste sont interopérables facilement, mais rien n'est moins sûr, et en tout cas aucune disposition du projet d'accord-cadre ne le garantit. Des tests seraient nécessaires.

La question se pose d'autant plus que les logiciels prévus ne sont en réalité pas tous compatibles avec le format OOXML : la complexité de cette norme et son caractère non stabilisé, font qu'à ce jour MICROSOFT ne peut s'appuyer dessus pour garantir l'interopérabilité des logiciels proposés dans le présent accord

²⁶ article L122-1 du Code de la consommation : « il est interdit ...de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service »

²⁷ la norme correspondante n'est en fait qu'un habillage juridique et technique de la juxtaposition de ces formats. C'est d'ailleurs ce qui explique son volume

cadre. La situation va évoluer, et l'on peut d'ores et déjà s'attendre à ce que l'acquisition de nouvelles versions soient présentée comme « indispensable » pour en tenir compte, sans avenant (selon l'article 10-2) mais à un prix inconnu.

Votre rapporteur s'interroge aussi sur le périmètre des besoins concernés. Il est en effet à craindre que le caractère « indispensable » dépasse le cadre du présent accord-cadre.

Le service pourra expliquer en séance comment il prévoit la fourniture des nouvelles versions de WINDOWS en général, et en particulier comment ferait un service qui disposerait à l'heure actuelle d'une version incompatible avec les logiciels prévus au présent accord-cadre.

Plus concrètement, les bonnes pratiques dans la profession prévoient qu'un produit est garanti pendant une période donnée dans sa version livrée.

Ce point pourrait être discuté en séance car sauf erreur, n'est pas le cas ici. Le présent accord-cadre pourrait aussi préciser les versions de Windows qui correspondront à une telle garantie.

Toujours selon ces bonnes pratiques, lors de la sortie d'une version nouvelle, il est prévu également une période de latence pour permettre au client de mettre à jour ses applications interfacées.

L'absence de mise en concurrence permet ainsi au fournisseur de s'abstraire d'obligations de compatibilité descendante, montante et horizontale et de pérennité de formats des versions qui pourraient être exigées à juste titre dans le cahier des charges d'un appel d'offres, puisqu'elles qu'elles conduisent à des économies substantielles et sont offertes par les produits concurrents au travers de la norme ODF²⁸.

S'agissant des produits d'autres fournisseurs, en pratique l'article 15-4 alinea 3 va permettre, à MICROSOFT de ne prendre aucun engagement lorsqu'un autre fournisseur sera concerné par une application mixte. En effet, selon l'expérience de votre rapporteur, la charge de la preuve par l'administration sera toujours dans ce cas, très problématique.

Votre rapporteur n'a pas pu, dans le temps qui lui a été imparti, aborder avec plus de précision la question des dispositions techniques d'interopérabilité interne et externes aux produits MICROSOFT et de garantie des versions qui pourraient être proposées. Au moins pour le MINDEF, c'est la mission de la DGSIC. Ce point pourrait cependant être débattu en séance.

²⁸ Ainsi la lecture de fichiers dans WORD 2007 créés par certaines versions antérieures de WORD génère une procédure complexe et coûteuse, leur écriture sur l'ancien format peut tout simplement être impossible, ce qui pose un problème majeur lorsque des applications tierces sont concernées.

SUR LA PLACE DU PRÉSENT ACCORD CADRE DANS L'OPÉRATION DE MAINTIEN EN CONDITION OPÉRATIONNELLE DES STATIONS DE TRAVAIL

Le passé

Le présent accord-cadre fait suite à de nombreux marchés passés dans les services pour un objet similaire. Le présent accord-cadre, sauf erreur, ne dit pas comment il va s'y raccorder.

Par exemple l'usage veut que le transfert de garantie du contrat initial soit automatique, mais votre rapporteur ne sait pas ce qu'il en est ici, et s'il y a des risques d'incompatibilité entre les contrats initiaux et le présent accord-cadre.

Des dispositions automatiques de caducité des marchés précédents pourraient aussi être prévues, au même titre que celles des marchés subséquents (qui sont prévues).

Le futur

Ce point a déjà vu dans le présent rapport pour ses aspects techniques, mais pas pour les aspects contractuels.

SUR LES DROITS ET OBLIGATIONS DU TITULAIRE

On peut concevoir à la rigueur que dans le cadre d'un logiciel le contrat prévoit une obligation de moyens et non de résultats (article 15-1 : « obligations de moyens »), car leur définition est contractuelle et non d'ordre public.

Cependant la rédaction de cet article pose problème : en effet, il en résulte que la charge de la preuve d'un dysfonctionnement d'un logiciel fourni incombe à l'administration. Or elle ne pourra matériellement l'exercer car bien souvent les informations sensibles relatives à un logiciel et nécessaires à l'établissement de la preuve sont couvertes par des brevets et ne peuvent lui être délivrées²⁹.

D'autres obligations sont prévues, mais on ne sait pas si elles sont de moyens ou de résultats : par exemple le titulaire s'engage à ce que les logiciels fonctionnent conformément à la documentation « sur tous les points essentiels » (article 15-2, premier alinéa).

²⁹ MICROSOFT aurait prévu pour OOXML des dispositions notamment juridiques sur ce point, mais on peut avoir des doutes sur leur caractère opérationnel tant qu'il n'y aura pas de jurisprudence. Par exemple, toute discussion juridique sur l'interopérabilité passe par l'assimilation d'un document de 6.000 pages définissant le standard OOXML tel qu'approuvé par l'ISO.

Une telle rédaction paraît étrange à votre rapporteur et ne se comprend que si l'on accepte que l'informatique est un domaine particulier et opaque: elle signifierait par exemple, si on la transpose à un autre domaine en forçant le trait, qu'un constructeur automobile ne s'engage qu'à ce que ses voitures aient 4 roues et roulent quand on démarre.

En réalité, la rédaction de cet article résulte de l'abandon de l'idée que les fournitures doivent répondre au besoin de la personne publique : il se peut que certains besoins particuliers soient très importants dans certains cas, et que l'on choisisse justement un logiciel proposé dans la liste pour cela, alors qu'il s'agit d'un point « non essentiel » des possibilités du logiciel choisi³⁰.

Il est clair qu'en cas de contentieux, l'application de l'article 15-1 conduira à ce que la charge de la preuve du caractère « essentiel » du produit considéré soit à faire par l'administration, ce qui est pour le moins problématique.

Votre rapporteur propose que votre commission essaie de voir en séance avec le service comment mieux qualifier d'avance ce qu'est un « point essentiel » dans le fonctionnement des logiciels prévus.

S'agissant de la déclaration d'exclusivité, elle fait référence sur le fond et sur la forme au « groupe MICROSOFT », qui à tort ou à raison en l'état du droit français des marchés publics, ne sera pas titulaire du contrat.

Ne faudrait-il pas par exemple, que MICROSOFT Irelande, qui sera bénéficiaire des royalties correspondants aux licences du présent contrat-cadre et sera porteur de certaines de ses obligations si l'administration joint cette déclaration au contrat, soit mentionné comme sous-traitant ?

**

*

CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS PRINCIPALES

Comme votre commission a pu le constater à la lecture du présent rapport, votre rapporteur a été gêné pour déterminer les recommandations pratiques qu'il devrait proposer.

Il y a à cela de nombreuses raisons de principe qui le dépassent:

³⁰ par exemple, il est arrivé une fois dans sa vie à votre rapporteur d'essayer d'utiliser une fonction particulière et peu connue d'EXCEL pour résoudre un problème mathématique délicat qui avait des conséquences économiques « essentielles » dans une entreprise.

- visiblement, les stations de travail ont été considérées dans ce dossier comme les avatars modernes de la plume d'oie, alors qu'elles sont devenues l'interface obligatoire entre les agents de l'administration et un nombre de plus en plus grand d'applications d'origine et de fonctions variées ; dans cette optique les préoccupations d'interopérabilité sont devenues centrales ;
- à supposer même que l'aspect stratégique de la question qui en résulte puisse être pris en compte, ses conséquences sont difficiles à exprimer lorsque l'objet même du contrat, son prix et sa durée sont incertains, qu'il est négocié sans mise en concurrence et surtout sans définition préalable des besoins de la personne publique;
- le présent dossier n'est qu'une partie émergée de l'iceberg des relations entre l'administration française et MICROSOFT, relations qui relèvent maintenant d'enjeux d'ordre politique et éminemment conflictuels, marquées par la puissance économique et financière de MICROSOFT,
- qu'il est donc vain de vouloir les régler par des considérations de respect du code des marchés publics qui ne peuvent déterminer à elles seules les éléments d'une politique industrielle,
- plus précisément, si une telle politique avait été définie clairement, votre rapporteur aurait pu en déduire les recommandations à faire pour la mettre en œuvre dans le cadre du code des marchés publics et du projet qui est présenté à votre commission,
- une telle politique n'a pas encore été définie pour des raisons dont on peut comprendre qu'elles dépassent le service, voire l'administration française en général, et a fortiori votre rapporteur.

Néanmoins, il a essayé de rassembler dans son rapport les éléments dont il faudra tenir compte lorsqu'on saura mieux quelle stratégie l'administration française veut adopter vis-à-vis de MICROSOFT, principalement vis-à-vis du format OOXML et accessoirement vis-à-vis du format ODF.

Votre rapporteur a aussi des doutes quant aux avantages qu'on peut attendre du présent projet d'accord-cadre en contrepartie des nombreux abandons des principes relatifs aux achats publics qu'il suppose.

Il constate aussi qu'en cette période de questionnement sur l'utilité de la dépense publique, les justifications des dépenses proposées semblent peu solides et occulter des coûts liés importants et récurrents induits par le présent accord-cadre, ce qui est à l'opposé des préoccupations centrales de la RGPP.

En attendant, la DIRISI a été chargée d'une mission qu'elle doit accomplir au mieux, et fournir aux services les moyens de travailler efficacement.

Dans ce cadre, votre rapporteur a été frappé par l'asymétrie de compétences et d'informations entre le service et son fournisseur, à la veille d'une négociation difficile.

La première recommandation que votre rapporteur peut faire dans cette situation est donc que le service se dote d'une assistance à maître d'ouvrage rassemblant les compétences des divers utilisateurs potentiels et, si possible, les services chargés d'aider à définir une éventuelle stratégie industrielle vis-à-vis de MICROSOFT. Cette AMO devrait l'aider à préparer (état des lieux, prix constatés et état de la concurrence) et mener la négociation qui va avoir lieu dans des conditions honorables pour l'administration française, surtout dans le contexte actuel de révision des politiques publiques.

Une seconde recommandation générale porterait sur le caractère indispensable, selon votre rapporteur, d'intégrer dans le texte les préoccupations de développement de l'interopérabilité suivant des modalités qui restent à déterminer avec l'aide de l'équipe d'AMO évoquée ci-dessus.