

Jean-Yves FELTESSE

*Spécialiste en droit commercial et droit social  
Ancien membre du CNB*

Bertrand WARUSFEL

*Spécialiste en droit de la propriété intellectuelle  
Professeur agrégé à l'Université de Lille 2*

Marie PASQUIER

*Mandataire européen en Marques et Modèles  
(OHMI)*

Olivier CUPERLIER

*Médiateur  
Maître d'enseignement à l'EFB de Paris*

Jean-Pierre DURIEUX

*Avocat honoraire  
AVOCATS ASSOCIÉS*

Anne-Hélène CARVIN

*AVOCAT*

Jean-Christophe GALLOUX

Michel MOREAU

*Professeurs agrégés des facultés de droit  
CONSULTANTS*

Sabine JOUVE

*Avocate au Barreau de Marseille  
CORRESPONDANTE*

*FWPA, membre du réseau*

**Madame la Ministre  
de l'Éducation nationale**  
110, rue de Grenelle  
75007 Paris

*Par courrier électronique :*

*najat.vallaud-belkacem@education.gouv.fr*

*bernard.lejeune@education.gouv.fr*

*eleonore.slama@education.gouv.fr*

N. Réf : Recours gracieux MEN/Microsoft

Paris, le 29 janvier 2016

Madame la Ministre,

En notre qualité de conseils du collectif EDUNATHON représentant notamment le Conseil National du Logiciel Libre, l'association PLOSS Rhône-Alpes et l'association LA MOUETTE, qui représentent ensemble plusieurs centaines de structures productrices de logiciels informatiques dans le secteur de l'éducation, nous avons l'honneur de vous saisir en leur nom d'une demande de retrait de votre décision de signer l'accord passé le 30 novembre 2015 entre le Ministère de l'Éducation Nationale et la société Microsoft France<sup>1</sup>.

La convention que vous avez signée porte sur cinq points :

- l'engagement dans une démarche visant à l'adhésion à une « charte de confiance » en cours de rédaction pour assurer la protection de la vie privée et des données personnelles des élèves et des enseignants ;
- l'accompagnement et la formation des élèves et des enseignants ;
- la mise à disposition de solutions pour une utilisation intelligente, facile et optimale des équipements mobiles ;
- une expérimentation pour l'apprentissage du code à l'école ;
- une aide aux acteurs français de l'e-education.

Bien que cet accord soit qualifié de « partenariat », la nature des prestations proposées par Microsoft France au sein de celui-ci conduisent à penser qu'il aurait en réalité dû être qualifié de

---

<sup>1</sup> [http://cache.media.education.gouv.fr/file/Partenaires/17/7/convention\\_signee\\_506177.pdf](http://cache.media.education.gouv.fr/file/Partenaires/17/7/convention_signee_506177.pdf)

marché public, et qu'il aurait du être conclu à l'issue de la procédure normale relevant du Code des marchés publics.

L'accompagnement et la formation des élèves et des enseignants se subdivisent en :

- mise en place de séminaires ;
- mise en place d'ateliers ;
- mise en place d'accompagnements ;
- mise à disposition d'une plateforme de « jeux sérieux » ;
- mise à disposition de ressources.

Ces prestations de formation correspondent à des services et des produits qui sont aujourd'hui normalement proposés par de nombreuses entreprises et associations, et qui n'auraient pas du être attribuées autrement que par une procédure de mise en concurrence. .

De même, la mise à disposition de solutions pour une utilisation intelligente, facile et optimale des équipements mobiles correspond à :

- la mise à disposition de l'écosystème Cloud de Microsoft (Office 365, Microsoft Azure Active Directory, etc.) pour tous les établissements scolaires du Plan Numérique à l'Ecole qui le souhaiteraient ;
- la co-construction de situations expérimentales de déploiement s'appuyant sur Office 365 Éducation, MDM Intune et Microsoft Azure Active Directory ;
- le développement et l'expérimentation d'une plateforme universelle de collaboration.

Là encore, ces prestations correspondent à des services et des produits dont il existe de nombreux concurrents sur le marché et qui n'auraient pas du être attribués autrement que par une procédure de mise en concurrence.

Enfin l'expérimentation de l'apprentissage du code à l'école repose sur :

- l'accès à une plateforme ;
- des ateliers de formation ;
- la mise à disposition d'un réseau social privé ;
- l'élaboration d'un livre blanc.

De la même manière et pour les mêmes raisons, ces différents produits et services auraient du faire l'objet d'une mise en concurrence.

Pour mémoire, le Code des marchés publics (ainsi que la nouvelle ordonnance n°2015899 du 23 juillet 2015, en son article 1<sup>er</sup>) pose trois principes fondamentaux applicables à tous les marchés publics et accords-cadres, quels que soient le montant du marché et la procédure qui leur est applicable : liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats et transparence des procédures.

Ces principes, qui relèvent des articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789, ont valeur constitutionnelle. (Cons. const., décision n° 2003-473, du 26 juin 2003). Ils s'appliquent à tous les marchés publics (CE Contentieux, 30 janvier 2009) et doivent permettre d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics, dérivée du principe du consentement à l'impôt.

Plus précisément, les prestations concernés par cet accord semblent relever de :

- marchés publics de fournitures : ce sont les marchés conclus avec des fournisseurs qui ont pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits ou matériels - c'est notamment le cas de la mise à disposition des différentes « plateformes » ou logiciels prévus à l'accord ;
- marchés publics de services : ce sont les marchés conclus avec des prestataires de services qui ont pour objet la réalisation de prestations de services - par exemple les prestations de « co-construction » ou de rédaction de livres blancs ;

Au demeurant, la valeur de ces marchés semblent être connue puisqu'il a été annoncé que « 13 millions d'euros seront ainsi investis par Microsoft pour le développement du numérique éducatif »<sup>2</sup>.

De nombreuses entreprises et associations proposent des services équivalents sans avoir eu l'occasion de formaliser d'offre - par exemple en matière de rédaction de livres blancs, d'enseignement de l'informatique, etc.

De même, de nombreux entreprises et associations proposent des produits équivalents sans avoir eu l'occasion de formaliser d'offre autour de leurs propres solutions comme Scribus, GIMP, LibreOffice, InkScape, VLC, DarkTable, Linux Mint, etc.

Cela signifie qu'en pratique, les étudiants des établissements partenaires seront formés et tenus d'utiliser Office365, sans que d'autres possibilités aient pu être mises en concurrence.

La convention a d'ailleurs été critiquée dans une lettre ouverte par de nombreuses institutions telles que April, Adullac, AFUL, CNLL, Framasoft, FSFE (Free Software Foundation Europe), FSF France, SEP-UNSA, CGT Educ'Action, Association Enseignement Public & Informatique (EPI), Fédération SUD Éducation, et SGEN-CFDT qui dénoncent les risques naturels qui sont liés à l'ignorance des procédures de marché public :

« Ce partenariat prévoit de présenter une fois de plus aux élèves un logiciel privateur et des formats fermés comme seuls outils incontournables et par voie de conséquence la dépendance comme modèle à adopter. Tout cela tend à renforcer la position dominante de l'entreprise américaine, au détriment des logiciels libres et des formats ouverts, qui pourtant respectent les principes élémentaires de neutralité et d'interopérabilité »<sup>3</sup>.

La signature de cette convention paraît donc juridiquement très contestable, que ce soit au regard du droit de la concurrence, des principes de la commande publique ou des dispositions du code des marchés publics.

Vous savez par ailleurs que le Conseil d'État n'hésite pas à requalifier de marché public certains contrats passés à titre non onéreux mais qui peuvent être considérés comme donnant lieu à une rémunération indirecte ou en nature.

Par ailleurs, et au-delà du risque d'annulation de la convention, le fait de s'abstenir de respecter la procédure de marchés publics pourrait être susceptible de constituer un délit de favoritisme.

<sup>2</sup> <https://news.microsoft.com/fr-fr/2015/11/30/numerique-a-l-ecole-microsoft-france-renforce-son-partenariat-avec-le-ministere-de-l-education-nationale/>

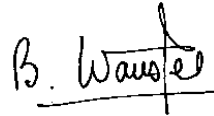
<sup>3</sup> <https://www.april.org/un-partenariat-indigne-des-valeurs-affichees-par-leducation-nationale>

Dans ces conditions, nous vous demandons de bien vouloir rentrer votre décision de signer cette convention et d'engager les procédures adéquates pour choisir les produits et les services correspondants aux différentes prestations prévues.

Restant à la disposition de vos services pour expliciter les raisons de ce recours,

Je vous prie d'agréer, Madame la Ministre, l'expression de nos salutations distinguées

**Jean-Baptiste SOUFRON**



**Bertrand WARUSFEL**  
*bwarusfel@fwpa-avocats.com*