

## DEMATERIALIZATION ET ARCHIVAGE

Citation : Eric A. Caprioli et Anne Cantéro, L'entreprise face à la dématérialisation des marchés publics, <http://www.caprioli-avocats.com>  
Première publication : janvier 2005

### L'entreprise face à la dématérialisation des marchés publics

Eric A. Caprioli (Avocat à la Cour de Paris) et Anne Cantéro (Juriste, Docteur en droit)  
[contact@caprioli-avocats.com](mailto:contact@caprioli-avocats.com)

---

#### Plan

#### Introduction

#### I/ LES BENEFICES DE LA DEMATERIALIZATION POUR L'ENTREPRISE

#### II/ LA DEMATERIALIZATION DES PROCEDURES DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS

#### III/ LES ENCHERES ELECTRONIQUES INVERSEES

---

#### Introduction

Le code des marchés publics (CMP) issu du décret du 7 janvier 2004 reconnaît la valeur juridique de la dématérialisation des procédures de mises en œuvre des achats publics. Le CMP reprend, dans sa section 8 intitulée " *Dématérialisation des procédures* " et plus précisément dans son article 56, le principe de la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics. Le dernier alinéa de ce texte dispose : " *Les dispositions du présent code qui font référence à des écrits ne font pas obstacle au remplacement de ceux-ci par un support ou un échange électronique* ". Cette rédaction permet d'appréhender la dématérialisation des marchés publics de bout en bout. Sont ainsi concernés " *les écrits* " qui précèdent la passation du marché (notamment les règlements de consultation, cahiers des charges, informations complémentaires) mais également ceux relatifs à son exécution. Les personnes morales soumises au CMP ont de nombreux avantages à la dématérialisation ; étant noté que compte tenu de la complexité et de la technicité de la dématérialisation en matière de marchés publics, il semble judicieux pour les personnes publiques de recourir aux services d'une plate-forme de service externe, plutôt que de la développer en interne. Cette reconnaissance juridique des écrits sous forme électronique dans le droit public s'inscrit au demeurant de manière plus large dans l'administration électronique. Les travaux de l'Agence pour le développement de l'Administration Electronique (le plan stratégique de l'administration électronique 2004 - 2007, le plan d'action de l'administration électronique 2004-2007, la politique de référencement intersectorielle ; cf. le site de l'ADAE : [www.adae.gouv.fr](http://www.adae.gouv.fr)) vont dans ce sens. Il en est de même du projet de loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit

et venant compléter la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit (J.O n° 152 du 3 juillet 2003 p. 11192). Dans ce cadre, le Gouvernement est habilité à adopter par ordonnance un certain nombre de mesures permettant et facilitant le recours aux échanges électroniques entre les entreprises (téléprocédures notamment) et les administrations (Projet de loi adopté en dernier lecture par le Sénat le 18 novembre 2004 ; décision du Conseil constitutionnel n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004, accessible en ligne à partir du site du Conseil constitutionnel : [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr), rubrique actualités).

Cette démarche correspond notamment à une directive européenne du 31 mars 2004 qui pose des principes identiques et qui devront être transposés dans tous les Etats membres au plus tard le 31 janvier 2006 (Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation de marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JOUE, L. 134 du 30 avril 2004, p. 114 et s.). Il s'ensuit que les technologies de l'information sont censées jouer un rôle majeur pour l'élargissement de la concurrence et l'amélioration de l'efficacité de la commande publique au sein des Etats membres de l'Union européenne.

Plus tôt, les entreprises entreront dans le processus de dématérialisation des marchés publics et feront très vite un bilan coûts/inconvénients, plus tôt elles se seront adaptées à un phénomène inexorable ; ce qui à court et moyen terme peut constituer un avantage concurrentiel important.

Toutefois, il convient de se demander si d'autres formalités ne constituent pas dans ces phases des obstacles au remplacement du support papier par le support électronique. Les praticiens (administrations, entreprises) comme les juristes devront ainsi apprécier écrit par écrit jusqu'où la dématérialisation est effectivement possible. A toutes fins utiles, il est intéressant de relever que l'article 26 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (publiée au J.O. du 22 juin 2004) prévoit que le Gouvernement prenne une ordonnance permettant de lever un certain nombre d'obstacles à la dématérialisation. Il devrait en être ainsi des notions d'original, de double exemplaire, de verso, de notification, de coupon à détacher, ... A priori, il semblerait que cette ordonnance puisse servir également au code des marchés publics. En conséquence, le droit s'organise et évolue pour intégrer les nouveaux moyens de communication et la dématérialisation des échanges qui s'ensuit ; sécurité juridique oblige. Mais cette adaptation ne se fait pas sans condition.

Ainsi, en matière de marchés publics, les trois premiers alinéas de l'article 56 renvoient à des décrets d'application. Le décret n°2001-846 du 18 septembre 2001 pris en application du 3° de l'article 56 du code des marchés publics et relatif aux enchères électroniques et le décret n°2002-692 du 30 avril 2002 pris en application du 1° et du 2° de l'article 56 du code des marchés publics et relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics fixent les modalités de la dématérialisation en application de l'ancien article 56. Ces décrets antérieurs au nouveau code des marchés publics demeurent applicables.

Deux types de procédures de passation sont ainsi visés : les procédures " classiques " (II) et les enchères électroniques inversées (III). Ces procédés de dématérialisation ne doivent pas se contenter d'améliorer les services publics, ils doivent également concourir à la croissance des entreprises (I).

## **I / LES BENEFICES DE LA DEMATERIALIZATION POUR L'ENTREPRISE**

Pour l'entreprise, répondre à un appel d'offre en ligne peut générer des bénéfices importants en termes de **productivité et de qualité** dans le traitement de l'information

destiné à constituer la candidature et l'offre à communiquer à la personne publique. Les coûts d'impression, de transmission, de traitement et d'archivage de l'information sur support physique sont largement réduits, ainsi que les délais de transmission supprimés. Au sein des grandes entreprises, parfois, un temps précieux est perdu dans le circuit de signature avec l'attente de tous les accords de la hiérarchie avant de pouvoir envoyer la proposition. Pendant la préparation du passage à la dématérialisation, une procédure doit être établie et permettre la désignation de la ou des personnes habilitées à signer par voie électronique, y compris la politique d'enregistrement des titulaires des certificats avec leurs attributs/pouvoirs.

Mais il ne faut pas non plus négliger le fait que la **concurrence** va s'en trouver accrue, que de nouveaux marchés (y compris européens) peuvent être ciblés par l'entreprise et présenter de réelles opportunités de développement. L'internet facilite l'accès des Petites et Moyennes Entreprises (TPE, PME/PMI) aux marchés publics en ligne. La dématérialisation devrait également atténuer sensiblement la complexité des formalités administratives vis à vis des petites entreprises, spécialement pour la constitution des dossiers de candidature.

Les technologies des communications électroniques apportent plus de **transparence** dans les procédures d'attribution des marchés publics en ligne, et par voie de conséquence, plus de confiance étant donné que les textes mettent l'accent sur la sécurité des échanges électroniques par exemple en imposant l'utilisation de la **signature électronique** du candidat/entreprise pour signer les plis. Les contestations relatives au formalisme de la procédure devraient s'en trouver sensiblement réduites. La personne publique doit assurer la **sécurité des transactions** et garantir la sécurité et la **confidentialité** des informations contenues dans les candidatures et les offres.

Au surplus, les entreprises tireront certainement profit des **nouvelles offres de services en ligne** qui ne manqueront pas de fleurir sur l'internet. Ces services seront complémentaires ou connexes de la commande publique en ligne à proprement dit. Ils porteront sur les modalités d'accès et le traitement de l'information relative aux appels d'offre. Les marchés publics seront publiés en ligne. La veille économique sera considérablement facilitée avec l'utilisation des réseaux (services interne ou externe/abonnement payant aux avis publiés dans le domaine de compétence de l'entreprise).

## **II/ LA DEMATERIALISATION DES PROCEDURES DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS**

L'obligation de dématérialisation ne s'applique pas à tous les marchés publics. Ne sont pas concernés les marchés passés selon une procédure adaptée (MPA) tels que définis à l'article 28 du CMP. Cependant, rien n'interdit à la personne publique de le faire même si elle n'y est pas tenue par les textes applicables. Au contraire, à partir du moment où les procédés électroniques de passation sont mis en place, il apparaît opportun pour elles d'utiliser les développements et outils existants pour d'autres types de marchés afin d'optimiser la rentabilité des investissements initiaux et de les amortir.

Par ailleurs, en l'état actuel des textes et de l'accès aux Technologies de l'information et de la communication (TIC), la diffusion sur l'internet peut constituer un moyen de publicité ; étant noté que le caractère exclusif d'une telle publicité doit être manié avec beaucoup de prudence au regard des principes d'égalité des candidats et de liberté d'accès à la commande publique. Les articles 2 et 3 du décret du 30 avril 2002 énoncent les mentions obligatoires de l'avis d'appel à concurrence (AAPC). Quand la personne publique soumise au code met à disposition en ligne le règlement de la consultation, le cahier des charges, les documents et renseignements complémentaires, elle doit indiquer

dans l'AAPC les modalités d'accès au réseau informatique. Rappelons que le candidat peut toujours demander la transmission de ces documents par voie postale. Si la collectivité publique choisit l'envoi par courrier électronique de ces documents, elle doit le mentionner dans l'AAPC. Il en est de même pour la réception des candidatures et des offres par voie électronique. Dans ce dernier cas, le décret du 30 avril 2002 impose que les candidatures et les offres soient envoyées " *dans des conditions qui permettent d'authentifier la signature du candidat selon les exigences posées aux articles 1316 à 1316-4 du code civil.* ". Les fonctions d'intégrité et d'authentification (vérification de l'origine du message, identification de l'émetteur/signataire) devront ainsi être garanties par le procédé utilisé par le candidat. De plus, cette transmission " *doit pouvoir faire l'objet d'une date certaine de réception et d'un accusé de réception électronique.* " La fiabilité d'un procédé électronique de datation est sans contestation supérieure à celle qui repose sur la remise d'un récépissé papier et signé. Le recours à un horodatage sécurisé apparaît ainsi nécessaire (il devrait en ce sens être basé sur au moins deux sources de temps). Le système repose sur les normes et standards du marché. La signature électronique sécurisée reposant sur un certificat qualifié est obligatoire uniquement dans la procédure de double envoi prévue à l'article 4 du décret (étant précisé que ces catégories de signature telles que définies dans le cadre du décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique ne sont pas encore disponibles sur le marché à l'heure actuelle dans la mesure où le schéma des accréditations et qualifications en la matière n'est pas encore effectif dans les faits, compte tenu de la récente adoption de l'arrêté du 26 juillet 2004 relatif à la reconnaissance de la qualification des prestataires de services de certification électronique et à l'accréditation des organismes qui procèdent à leur évaluation, J.O. du 7 août 2004, p. 14104).

Enfin, il pèse sur la personne publique une obligation de sécurité et de confidentialité des transactions et des informations circulant sur le réseau informatique. En d'autres termes, l'entreprise utilisera les moyens de cryptologie afin de chiffrer les données de sa candidature et de son offre. Le texte précise " la personne responsable des marchés peut demander aux candidats d'assortir leurs fichiers d'un système de sécurité tel que les candidatures et les offres ne puissent être ouvertes qu'avec leur concours ". En clair, l'entreprise utilisera la clé publique de la personne publique pour rendre inintelligible ses plis à destination de cette dernière qui sera la seule en mesure de déchiffrer. La mise au clair s'effectue grâce à la clé privée que seule la personne physique habilitée auprès de la personne publique détient. En principe, la gestion des clés est réalisée sur la plate-forme mise à la disposition de l'entreprise par la personne publique.

L'article 10 prévoit également : " *Tout document électronique envoyé par un candidat dans lequel un virus informatique est détecté par l'acheteur public peut faire l'objet par ce dernier d'un archivage de sécurité sans lecture dudit document. Ce document est dès lors réputé n'avoir jamais été reçu et le candidat en est informé.* ". Cet archivage du document électronique en quarantaine est sans doute la bonne pratique à suivre car il permet de préconstituer une preuve (vérification que le fichier contenait bien un virus). Parallèlement le nouvel article 323-1-3 du code pénal dispose : " *Le fait, sans motif légitime, d'importer de détenir, d'offrir, de céder ou de mettre à disposition un équipement, un programme informatique ou toute donnée conçus ou spécialement adaptés pour commettre une ou plusieurs des infractions prévues par les articles 323-1 à 323-3 est puni des peines prévues respectivement pour l'infraction elle-même ou pour l'infraction la plus sévèrement réprimée.* ". Or, dans le cas de figure visé à l'article 10 du décret, on peut supposer que le motif est légitime.

Compte tenu de l'obligation faite aux personnes publiques d'accepter à compter du **1er janvier 2005** les candidatures et offres transmises par voie électronique (pour les marchés formalisés), ces dispositions doivent être intégrées et mises en place de façon incontournable (et urgente pour celles qui n'y auraient pas encore procédé !).

### III/ LES ENCHERES ELECTRONIQUES INVERSEES

Un nouveau mode de passation des marchés est ouvert aux entreprises : les enchères électroniques pour les fournitures courantes. Le décret du 18 septembre 2001 (J.O. du 19 septembre 2001, p. 14847 et s.) précise dans son article 1<sup>er</sup> que " *sont réputées être des fournitures courantes celles pour lesquelles la personne publique n'impose pas des spécifications techniques qui lui soient propres* " (Tel est classiquement le cas pour les fournitures de bureau : stylos, crayons, gomme, ...). En outre, les enchères électroniques sont définies comme " *le procédé par lequel les candidats à un marché public admis à présenter une offre s'engagent sur une offre de prix transmise par voie électronique dans une période de temps préalablement déterminée par l'acheteur public et portée à la connaissance de l'ensemble des candidats* ".

Dans ce cadre, la personne responsable du marché doit notamment déterminer les candidats admis à présenter une offre et préciser dans le cahier des charges les conditions auxquelles les candidatures et les offres devront répondre afin de pouvoir procéder à une présélection des candidats. La période de temps durant laquelle la procédure se déroulera doit être déterminée et communiquée aux candidats. La notion de temps étant particulièrement importante en la matière, la mise en place d'un système d'horodatage sécurisé et conforme aux normes et standards du marché semble nécessaire. Cette charge pèse sur la personne publique qui est chargée d'organiser " *les enchères électroniques sur un réseau informatique accessible à tous les candidats de façon non discriminatoire* ". En conséquence, le réseau informatique doit être accessible à tous les candidats, de façon non discriminatoire, même si les frais d'accès au réseau restent à la charge de ceux-ci.

La personne publique doit assurer la sécurité des transactions afin de protéger les données circulant sur le réseau. Durant la procédure, les candidats doivent être informés du niveau des offres de prix formulées par les autres candidats mais l'identité de ces derniers doit rester confidentielle.

Comme le décret du 30 avril 2002, le décret du 18 septembre 2001 fait référence expressément dans ses visas aux articles 1316 à 1316-4 du code civil et au décret du 30 mars 2001 relatif à la signature électronique. Toutefois, aucune référence expresse n'est ensuite faite dans le corps du texte. Le procédé à utiliser n'est donc pas clairement visé. En revanche, les fonctions exigées se déduisent des termes utilisés. Ainsi, il est prévu que les offres de prix engagent les candidats qui les ont faites durant la durée de validité des offres. A la fin de la période d'enchères, elles deviennent intangibles. Le candidat ne peut révoquer ses offres. Il s'agit ici de l'application du principe d'irrévocabilité, voire de non dénégiation si l'engagement a été signé électroniquement.

Avec les marchés publics en ligne et la facture électronique, la dématérialisation entre de plein pied dans la vie de l'entreprise, quels qu'en soient la taille et le secteur d'activité.

A vos ordinateurs, entreprises citoyennes !!!