

La signature électronique et l'intégrité du consentement dans les contrats dématérialisés de la commande publique

Commentaire TA Toulouse, 09 mars 2011, *Société MC2I*, n°1100792

Camille Cubaynes, Docteur en droit, ATER, Université Toulouse Capitole, IMH

Introduction

L'origine européenne de la dématérialisation de la commande publique et les avantages attendus. La dématérialisation consiste à substituer des documents ou procédures réels par des documents ou des procédures numériques. En matière de commande publique, cela suppose que les documents de la consultation soient mis en ligne sur le profil d'acheteur¹, que les candidatures et les offres soient transmises par voie électronique, de même que les communications et échanges d'information lors de la passation².

L'objectif de la dématérialisation, qui découle d'une obligation européenne, est de simplifier la vie des acteurs de la commande publique³. Elle permettrait un accès plus large et facilité pour les PME et les entreprises européennes, une économie de moyens et de temps.

Une source de changements dans l'organisation des opérateurs et des acheteurs publics. Si elle représente une réelle opportunité pour les acteurs de la commande publique, la dématérialisation est également à l'origine de changements. Ceux-ci sont divers et concernent l'ensemble des acteurs en présence. Elle implique tout d'abord un changement d'organisation des acheteurs, s'agissant de leurs services et de leur organisation. Les opérateurs sont également concernés. En effet, si l'accès dématérialisé aux appels d'offres est source de progrès, la réponse dématérialisée intégrale, c'est-à-dire exigeant la signature électronique du marché final, doit être prévue. Elle implique l'achat de licence et de certificat.

De nouvelles questions techniques à trancher. La dématérialisation est encore à l'origine de nouvelles interrogations portant par exemple sur les conséquences des incidents techniques survenus pendant la passation sur la recevabilité des candidatures⁴. C'est à ce titre que le tribunal administratif (TA) de Toulouse s'est illustré au plan national et a eu les honneurs d'une fiche spéciale de la Direction des Affaires Juridiques (DAJ) de Bercy, un mois seulement après que l'ordonnance du juge des référés ait été rendue⁵. La question posée au juge toulousain portait sur la régularité de la signature électronique d'une offre.

Précisément, le juge des référés du TA de Toulouse était saisi par une société évincée dont la candidature et l'offre avaient été rejetées au motif que celles-ci n'avaient pas été signées

¹ Pour les marchés égaux ou supérieurs à 40 000 euros HT et dont la passation donne lieu à la publication d'un appel à la concurrence (article R. 2132-2 CCP) et sans condition pour les concessions (article R. 3122-9 CCP).

² En principe obligatoire en marché (article L. 2132-2 CCP) mais à la libre appréciation de l'autorité concédante en matière de concession (article R. 3122-14 CCP).

³ Voir considérant 52 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 : De façon générale, sur les avantages de la dématérialisation, voir AMILHAT (M.), « Les enjeux de la dématérialisation des marchés publics », *Contrats et marchés publics*, Juin 2014, n° 6, p. 60 à 62.

⁴ Comment réagir par exemple, en cas de signature électronique « altérée » (TA Limoges, 15 nov. 2010, n° 1001569), en cas de problème de dépôt électronique de l'offre lié à un problème informatique interne à l'opérateur (TA Bordeaux, ord. réf., 30 mars 2011, n° 1100972) ou en cas de défaillance du profil d'acheteur empêchant temporairement le dépôt des offres sur la plateforme de dématérialisation (CAA Nantes, 4^e ch., 22 décembre 2017, n° 16NT01413) ?

⁵ Fiche DAJ de Bercy, 12 avril 2011, « Marchés dématérialisés : le juge confirme que la signature du ZIP ne suffit pas », disponible en ligne.

électroniquement, conformément aux exigences de la législation, reprises dans le règlement de consultation. Contestant le bien-fondé de ce rejet, la société évincée faisait valoir d'une part que l'acte d'engagement avait été signé manuellement puis scanné ce qui équivalait selon elle à une signature électronique. Elle estimait d'autre part que la signature électronique du fichier compressé au format ZIP contenant l'ensemble des documents de la candidature et de l'offre valait signature électronique individuelle de chacun d'entre eux.

Au terme d'un raisonnement en deux temps, le juge des référés constate sans surprise que l'absence de signature de chaque document, formalité lourde mais légale, rend la candidature et l'offre irrégulières. Il affirme également, et l'intérêt de l'ordonnance se trouve là, que la signature électronique du fichier ZIP ne remplace pas la signature électronique individuelle de l'ensemble des documents qu'il comporte.

Le commentaire de cette ordonnance offre donc la possibilité de s'interroger sur le degré adéquat des exigences relatives à la signature électronique des documents en matière de commande publique dématérialisée (I). Ce sont encore les enjeux relatifs à la fonction même de la signature électronique qui sont posés. Définie comme « *l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache* » par le code civil, la signature électronique emporte en effet des enjeux relatifs à la perfection de l'acte juridique et à l'intégrité du consentement ainsi manifesté dans le cadre de la passation des contrats de la commande publique (II).

I. LA NÉCESSITÉ DE SIGNER ÉLECTRONIQUEMENT L'ENSEMBLE DES DOCUMENTS DU MARCHÉ

Si la question essentielle résidait dans la validité de la signature de la candidature et de l'offre, deux questions subsidiaires devaient être résolues.

1. La première portait sur l'exigence même de signature électronique des documents de la candidature et de l'offre.

Sous l'empire du code des marchés publics, tous les documents relatifs à la candidature et à l'offre devaient être signés. Ainsi que le rappelle en préliminaire le juge (cons. 5), sous l'empire du code des marchés publics et depuis le 1^{er} janvier 2010, la transmission des documents relatifs à la candidature à un marché portant sur l'achat de fournitures de matériels informatiques d'un montant supérieur à 90 000 euros HT se faisait obligatoirement par voie électronique. Cela supposait dès lors que la candidature et l'acte d'engagement fassent l'objet d'une signature électronique⁶.

Ces exigences législatives, reprises dans le document de consultation, autorisaient donc l'acheteur à déclarer les candidatures et les offres irrégulières lorsqu'elles ne s'y conformaient pas (cons. 6). Au terme de l'article 35 du code des marchés publics applicable à l'espèce en effet, « *une offre irrégulière est une offre qui, [...] est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation* »⁷.

Une exigence peu pertinente. Tout en étant imposée par la législation alors applicable aux marchés de fourniture informatique d'un montant supérieur à 90 000 euros HT, la dématérialisation s'avérait alors toutefois exigeante. En effet, elle impliquait la transmission électronique des offres et candidatures qui, sous l'empire du code des marchés publics, devaient

⁶ Article 5 de l'arrêté du 28 août 2006, pris en application du I de l'article 48 et de l'article 56 du code des marchés publics et relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics formalisés. Voir également articles 44 II CMP et 48 I alinéa 2 CMP

⁷ Cette définition a été un peu remaniée au sein du code de la commande publique au sein duquel elle figure à l'article L. 2152-2.

chacune être signées (articles 44 II CMP et 48 I alinéa 2 CMP). Dans le cadre d'une dématérialisation de la procédure de passation, il convenait ainsi que chacun de ces documents fasse l'objet d'une signature électronique. L'opération prenant elle-même environ 3 minutes par document, on comprend qu'il s'agit d'une formalité fastidieuse qui représentait un frein à l'accès à la commande publique, notamment pour les petites et moyennes entreprises. L'utilité et la nécessité de cette exigence n'étant en outre, pas prouvée⁸.

C'est pour répondre à cette demande d'allègement manifestée lors des concertations réalisées dans le cadre de la rédaction du code de la commande publique que ce dernier n'impose désormais que la signature du contrat en lui-même, c'est-à-dire uniquement au stade de l'attribution⁹. Les documents relatifs à la candidature et à l'offre n'ont donc plus besoin d'être signés, ni de façon manuscrite, ni électroniquement. Cela ne signifie pas que les opérateurs ne sont pas engagés par leur offre : ils le sont pour le délai de validité fixé dans l'appel d'offres¹⁰.

Par ailleurs, si les acheteurs ont toujours la possibilité d'imposer de telles formalités, cela est fortement déconseillé par la doctrine administrative¹¹. De façon générale, les acheteurs sont invités à laisser aux opérateurs le temps de faire l'acquisition des systèmes permettant la signature électronique (acquisition d'un certificat et d'un logiciel de signature) avant d'imposer la signature électronique. Outre les opérateurs, c'est l'acheteur lui-même qui doit prendre en compte cette dématérialisation dans son *process* (organisation interne des services, délégation de signature, double des clés USB d'authentification...). Lorsque le choix d'une procédure entièrement dématérialisée est fait, c'est-à-dire y compris l'attribution au moyen d'une signature électronique (ce que la réglementation n'impose pas à dessein), il importe que l'acheteur s'assure que celle-ci puisse l'être de bout en bout, y compris pour les opérateurs. S'agissant de la signature du contrat, la situation dans laquelle celui-ci serait signé de façon manuscrite par une partie et électroniquement par une autre est délicate. Dans ce cas, la DAJ de Bercy affirme que « *seul le contrat signé électroniquement a le statut de document original. L'autre document n'est qu'une copie. Aucune des deux parties ne dispose d'un original signé des deux parties. Une telle situation est donc à éviter* ». Plus encore, dans l'hypothèse où la signature électronique du contrat (final) figurait dans les exigences formulées lors de la consultation, et à défaut pour l'entreprise sélectionnée de pouvoir régulariser son offre, c'est l'entreprise classée en seconde position qui sera déclarée attributaire¹². Les conséquences sont donc tout sauf platoniques !

2. La seconde question portait sur le statut d'une signature manuscrite scannée. Pouvait-elle être considérée comme une signature électronique, ainsi que le soutenait la société requérante ?

La signature manuscrite scannée n'équivaut pas à une signature électronique. Sur ce point, l'ordonnance affirme logiquement que le fait que l'acte d'engagement, c'est-à-dire l'élément essentiel de l'offre, ait été signé de façon manuscrite avant d'être scanné puis transmis par voie dématérialisée, ne constitue pas une signature électronique. Dans ce cas, la DAJ de Bercy affirmait à ce sujet dès 2008 qu'« *un acte d'engagement, sur support papier, qui est signé manuscritement puis*

⁸ À ce sujet, le Guide très pratique de la dématérialisation des marchés publics pour les acheteurs de la DAJ (version 4.0, avril 2019, question A 97, p. 39) affirme que « *c'est un formalisme excessif et inutile, qui n'apporte aucune sécurité juridique supplémentaire. Seule la signature de l'offre finale devrait être demandée* ».

⁹ Article R. 2182-3 CCP (marché) et article R. 3125-2 CCP (concession). Voir également Question écrite n° 21405 et Réponse JO Sénat du 16/06/2016, p. 2691.

¹⁰ Guide très pratique de la dématérialisation des marchés publics pour les acheteurs de la DAJ (version 4.0, avril 2019, question A 98, p. 39).

¹¹ Sur le sujet, voir Question écrite n° 19737 et Réponse JO Assemblée Nationale du 15/10/2019, p. 8856 ; Question écrite n° 21405 et Réponse JO Sénat du 16/06/2016, p. 2691.

¹² Guide très pratique de la dématérialisation des marchés publics pour les acheteurs de la DAJ (version 4.0, avril 2019, question A 94, p. 38).

scanné n'a pas la valeur d'un document original. Il est assimilé à une copie »¹³. L'entreprise évincée se prévalait de l'article 1316-3 du code civil¹⁴ affirmant l'égale valeur d'une signature manuscrite et d'une signature électronique. Le juge constate cependant que si elles sont de même valeur, la présence de l'une ne pallie pas à l'absence de l'autre si c'est cette dernière qui est exigée. La signature électronique constitue donc un procédé particulier qui ne consiste pas seulement dans la dématérialisation de la signature apposée de façon manuscrite (cons. 8).

À défaut d'avoir signé électroniquement les pièces relatives à la candidature et à l'offre, la société faisait valoir qu'une telle signature avait été apposée sur le dossier compressé contenant l'ensemble de ces documents.

Il importait donc au juge de se prononcer sur la valeur de cette signature électronique et précisément, de dire si la signature de ce dossier compressé valait signature individuelle de chacun des documents qu'il contient. Cette question interrogeait les fonctions même de la signature électronique.

II. LA GARANTIE DE L'INTÉGRITÉ DU CONSENTEMENT PAR LA SIGNATURE ÉLECTRONIQUE

Le rôle technique du fichier ZIP. Dans son ordonnance du 9 mars 2011, le juge toulousain affirme que la signature électronique des fichiers ZIP « *ne peut pallier l'absence de signature électronique des documents figurant dans ces fichiers* » (cons. 7). La solution est logique. Si l'on raisonne par analogie avec la procédure « papier », c'est bien la signature de chaque document et non la signature de l'enveloppe qui les contient qui importe. Le fichier ZIP est similaire à l'enveloppe, il joue simplement le rôle de contenant dématérialisé. C'est un fichier compressé qui permet de réduire la taille des documents contenus afin de faciliter leur partage en réduisant les délais de téléchargement et les capacités de mémoire nécessaire à la réception. Il n'a que cette seule fonction et ne garantit pas son contenu. À cet égard, il ne peut, logiquement, pas remplacer la signature électronique.

Le rôle juridique de la signature électronique. Celle-ci est en effet définie comme « *l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache* »¹⁵.

Comme la signature manuscrite, elle est nécessaire à la perfection de l'acte juridique et remplit deux fonctions distinctes. Elle identifie le signataire et manifeste son consentement à l'acte¹⁶. Dans le cas d'une candidature à un contrat de la commande publique, la signature par la personne habilitée, engage donc le soumissionnaire sur l'offre formulée. Celui-ci ne peut revenir sur ce qui a été proposé pendant le délai de validité de l'offre. C'est le principe de non répudiation. On dit que l'offre est intangible et lie au sens juridique du terme le soumissionnaire à l'acheteur.

Il en va de même en cas de signature électronique, cette dernière remplissant des fonctions équivalentes à la signature manuscrite. Dans le cadre de la dématérialisation, il importe que la signature électronique garantisse elle-aussi l'intégrité de l'acte sur lequel elle est apposée. Une modification postérieure à l'apposition de la signature électronique sera ainsi immédiatement signalée. C'est pourquoi, dès lors que le fichier ZIP n'est qu'un contenant, sa signature électronique n'est pas en mesure de garantir son lien avec les documents qu'elle comporte. La signature électronique des fichiers ZIP « *ne peut pallier l'absence de signature électronique des documents figurant dans ces fichiers* » (cons. 7).

¹³ Fiche DAJ Bercy, « Les outils de la dématérialisation des marchés publics formalisés », 7 mai 2008, disponible en ligne. Comme l'affirme cette dernière dans son Guide : « *Juridiquement, une copie n'est pas dénuée de valeur. Mais, pour obtenir la même valeur et le même effet que l'original, il convient d'établir par tout moyen de preuves, la conformité de la copie à l'original* » (version 4.0, avril 2019, question A 91, p. 37-38).

¹⁴ Aujourd'hui article 1366 code civil.

¹⁵ Ancien article 1316-4 du code civil, aujourd'hui article 1367 code civil.

¹⁶ Ancien article 1316-4 du code civil, aujourd'hui article 1367 code civil.

Le moyen tenant à la régularisation de l'offre est rejeté au regard du fait que le code des marchés publics ne faisait état que d'une possible régularisation de la candidature et non de l'offre, ainsi qu'au fait qu'il ne s'agit que d'une simple faculté offerte à l'acheteur et non d'une obligation¹⁷. Aucune demande de régularisation n'ayant été formulée par ailleurs, le principe d'égalité de traitement n'a pas été violé (cons. 10). La requête de la société est donc rejetée.

La signature électronique, et plus largement la dématérialisation des contrats de la commande publique constitue donc un progrès pour les acheteurs, comme pour les opérateurs. En raison de son caractère nouveau et technique, elle représente également un vivier d'interrogations nouvelles qu'il importe au juge de trancher. Le juge toulousain – en ce domaine comme dans d'autres – a donc apporté sa pierre brique (rose !) à l'édifice.

¹⁷ Article 52 du code des marchés publics. La possibilité de demander la régularisation des offres est désormais prévue par le code de la commande publique (article R. 2152-2).