

Focus sur la signature électronique : à quelles difficultés sont confrontés les acheteurs ?

La mise en œuvre de la signature électronique dans le cadre de la commande publique révèle de nombreuses craintes dans l'esprit des acheteurs publics. Quelles questions suscite la signature électronique s'agissant de l'analyse des candidatures et des offres mais aussi du marché lui-même ?

Parce que « la signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie son auteur » et qu'« elle manifeste son consentement aux obligations qui découlent de cet acte »⁽¹⁾, l'enjeu que la signature électronique représente pour les personnes publiques, et en particulier – c'est ici le sujet – lorsqu'elles agissent en tant qu'acheteurs publics, se mesure sans peine.

Et cet enjeu se présente évidemment avec autant d'acuité qu'à compter du 1^{er} octobre 2018, les acheteurs publics seront tenus, sauf exceptions spécifiques⁽²⁾, de procéder à la dématérialisation intégrale de leurs marchés publics, dont la valeur estimée est supérieure à 25 000 euros⁽³⁾ : tant les documents de la consultation que les échanges avec les candidats devront être effectués par la voie électronique.

La signature électronique des documents a donc vocation à remplacer, petit à petit, la signature manuelle, ce qui implique que les acheteurs publics et les opérateurs économiques se dotent des moyens de signer électroniquement leurs documents. En pratique, il importe de se doter d'un dispositif de création de signature électronique (un logiciel qui permet d'apposer sa signature électronique sur les documents) et d'un certificat de signature électronique (forme de carte à puce ou clé USB, qui permet pour l'essentiel de s'assurer de l'identité du signataire et de l'intégrité des documents signés) conforme à l'article 2 de l'arrêté du 12 avril 2018⁽⁴⁾, certificat qui est strictement nominatif (délivré à une seule

Auteur

Astrid Boullaut

Avocat
Seban et associés

Mots clés

Candidatures • Certificat de signature • Offres • Signature électronique

(1) C. civ., art. 1367.

(2) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, première partie, titre III, chapitre IV, section I.

(3) Pour l'heure, les concessions ne sont pas soumises à cette obligation.

(4) Arrêté du 12 avril 2018 (NOR : ECOM1800780A).

personne et non à la personne publique en elle-même ou à l'opérateur).

Cette étape « matérielle » ne pose pas véritablement de difficultés juridiques : il s'agit, pour les acheteurs publics, d'acheter un ou plusieurs certificats auprès de prestataires déterminés⁽⁵⁾, et ce de manière suffisamment anticipée, puisque la délivrance d'un certificat sollicite plusieurs semaines. En revanche, la mise en œuvre de la signature électronique dans le cadre de la commande publique révèle – comme tout nouveau dispositif – de nombreuses craintes dans l'esprit des acheteurs publics. Et s'il n'est évidemment pas possible de parer ici à toutes les préoccupations que la signature électronique peut ainsi susciter, il est en revanche possible d'esquisser quelques garde-fous qui permettent d'aborder sans doute plus sereinement ce dispositif, ou à tout le moins de souligner les questions qui l'animent, et ce tant en qu'il a vocation à s'appliquer à la procédure de passation des marchés publics, qu'en ce qu'il concerne au-delà la vie du marché lui-même.

Signature électronique et procédure de passation

Il faut, avant toutes choses, souligner que l'anxiété que la signature électronique génère chez les acheteurs publics doit sans doute être relativisée, tant il ne s'agit en réalité pas d'un dispositif requis à titre obligatoire pour tous les contrats publics, mais uniquement pour les marchés. Il faut rappeler en effet que les concessions ne sont pour l'heure pas concernées par l'exigence de dématérialisation intégrale des procédures, et que les actes qui doivent être signés à l'effet de conclure un contrat de concession peuvent parfaitement l'être de façon manuscrite classique. Ensuite, il faut rappeler que, depuis l'entrée en vigueur du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, les candidatures et les offres des candidats à un marché public ne doivent pas être obligatoirement signées⁽⁶⁾, et donc pas obligatoirement électroniquement signées, et ce même à compter du 1^{er} octobre prochain, de sorte qu'il est possible de ne pas solliciter la signature électronique de documents par les candidats à un marché public. Pour des raisons que l'on comprend sans peine, l'acheteur public peut toutefois naturellement souhaiter que les documents remis par les candidats soient effectivement signés, et donc en principe électroniquement signés à compter du 1^{er} octobre prochain. Dans ce cas, pour neutraliser au maximum les difficultés auxquelles l'acheteur public pourrait être ensuite confronté lors de l'analyse des offres, il importe que les documents de la consultation indiquent très précisément ce que l'acheteur public attend effectivement : quels documents doivent être signés, quels sont les formats de signatures admis, quel sera le sort d'une

offre comportant des documents non signés⁽⁷⁾,... Et, à cet égard, les acheteurs devront utilement prendre en considération le tout récent arrêté du 12 avril 2018 relatif à la signature électronique dans la commande publique, lequel indique notamment quels formats de signature et quels certificats de signature sont autorisés⁽⁸⁾.

C'est naturellement au stade de l'analyse des candidatures et des offres que la signature électronique suscite le plus de difficultés pour les acheteurs publics. Il est clair que, lorsque l'acheteur public a exigé la signature électronique d'un document et que le candidat n'a pas signé ou a apposé une signature manuelle sur le document, son offre est en principe irrégulière et doit être rejetée à ce titre⁽⁹⁾. Il est clair aussi que l'acheteur public qui a exigé une signature électronique des offres ne peut pas accepter l'offre d'un candidat qui serait revêtue d'une signature manuelle numérisée par un candidat, ou l'offre d'un candidat dont seul le fichier « zip » aurait été signé électroniquement, à l'exclusion de chacun des documents que ce fichier comporte⁽¹⁰⁾. Toutefois, il faut souligner que – même si cette solution n'a, à notre connaissance, pas été pour l'heure validée par les juridictions – il est désormais sans doute possible de demander aux candidats dont l'offre serait ainsi affectée d'irrégularité de la régulariser en procédant à la signature électronique des documents requis⁽¹¹⁾, et d'éviter ainsi d'écartier des offres fondamentalement intéressantes, mais formellement irrégulières.

Dans le même ordre d'idées, il faut souligner que les acheteurs publics doivent rejeter les offres signées au moyen d'un certificat électronique qui n'est plus valide⁽¹²⁾, ce qui doit constituer un point d'attention particulier puisque l'arrêté du 12 avril 2018 prévoit que les signatures électroniques devront, à compter du 1^{er} octobre prochain, reposer sur un certificat qualifié conforme au règlement dit « eIDAS »⁽¹³⁾, et non plus sur un certificat « RGS » (les certificats de signature utilisés selon le standard « RGS » restent cependant valables jusqu'à leur expiration)⁽¹⁴⁾.

Indépendamment de cette question de la présence ou de l'absence de signature sur les documents expressément

(7) Voir à ce sujet la fiche de la Direction des affaires juridiques « La signature électronique dans les marchés publics » [attention, cette fiche n'est pas à jour de l'arrêté du 12 avril 2018] : www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/dematerialisation/signature-electronique-dans-mp.pdf

(8) Arrêté du 12 avril 2018 (NOR : ECOM1800780A).

(9) CE 7 novembre 2014, Service des Achats de l'Etat, req. n° 383587 ; CE 27 oct. 2011, Sté Signature, req. n° 350935 ; CAA Bordeaux 4 mars 2010, req. n° 08BX02366.

(10) TA Toulouse 9 mars 2011, Société MC2I/CNRS, req. n° 1100792.

(11) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 59.

(12) TA Paris 26 septembre 2013, OPHLM de Paris, req. n° 1313022.

(13) Règlement n° 910/2014 du 23 juillet 2014 européen n°910/2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques.

(14) Arrêté du 12 avril 2018 (NOR : ECOM1800780A), art. 2 et 8.

(5) Arrêté du 12 avril 2018 (NOR : ECOM1800780A), art. 2.

(6) Rép. min. n° 21405, *JO Sénat* 16 juin 2016, p. 2691.

visés par le règlement de la consultation, la signature électronique est susceptible d'entraîner des difficultés pour les acheteurs publics sur le terrain de la vérification de la signature. On sait en effet qu'il appartient à l'acheteur public de vérifier la signature électronique des candidats⁽¹⁵⁾ : il doit s'assurer a minima de l'identité du signataire, de l'appartenance du certificat de signature aux catégories de certificat autorisées par la réglementation, du respect du format de signature, du caractère non échu du certificat à la date de la signature et de l'intégrité du document signé⁽¹⁶⁾.

Il n'est pas nécessaire, pour les acheteurs publics, de disposer des compétences nécessaires à cet effet, puisque la vérification peut être faite de manière automatisée par le profil acheteur ou la plateforme de dématérialisation, à l'exception de la vérification de l'identité du signataire. Mais, si cette informatisation de la vérification de la signature facilite naturellement grandement la tâche des acheteurs publics, elle peut parfois comporter un revers de médaille. Ainsi, il a été jugé qu'un pouvoir adjudicateur ne peut pas régulièrement rejeter une offre pour irrégularité au motif qu'il n'a pas pu vérifier la validité de sa signature électronique, alors que la société candidate avait respecté l'arrêté ministériel attaché à la signature électronique ainsi que la procédure de signature électronique prévue par le règlement de la consultation et qu'elle n'avait commise aucune erreur particulière⁽¹⁷⁾. Dans le même sens, il a été jugé qu'un acheteur public commet un manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, qui entraîne l'annulation de la procédure de passation du marché concerné, lorsqu'il rejette la candidature d'un opérateur au motif que les documents de son offre n'étaient pas valablement signés, alors que l'impossibilité de valider la signature électronique de l'offre du candidat résultait de défaillances de la plateforme de dématérialisation dans la vérification de la signature électronique⁽¹⁸⁾. Certes, ces décisions se comprennent en ce qu'elles poursuivent les objectifs d'amélioration de la rapidité et de la facilité de l'accès à la commande publique attachés à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics. En effet, elles font peser sur l'acheteur public la responsabilité d'un dysfonctionnement éventuel de son propre profil ou de la plateforme de dématérialisation qu'il sollicite et à laquelle il oblige les candidats de recourir. Néanmoins, ces décisions peuvent conduire à placer l'acheteur dans une situation délicate lorsqu'il se retrouve face à une signature électronique dont la vérification ne permet pas de conclure qu'elle est valide. En effet, la solution logique qui réside dans un rejet de l'offre expose l'acheteur à un risque de recours si l'entreprise parvient à démontrer a posteriori que le défaut de validité de sa signature constaté par l'acheteur est dû

à un dysfonctionnement qui lui est totalement extérieur. Une solution – qui n'est toutefois pas à notre connaissance validée par les juridictions – pourrait alors être d'inviter le candidat concerné à régulariser sa signature électronique (par exemple en prenant attache avec la plateforme de dématérialisation), mais elle n'est pas pleinement satisfaisante parce que, précisément, il s'agit ici de situations dans lesquelles l'invalidité de la signature est totalement extérieure au candidat.

Enfin, le terme de la procédure de passation n'est pas épargné par les questions que suscite la signature électronique. En effet, à compter du 1^{er} octobre 2018, les acheteurs publics devront logiquement notifier le rejet des offres des candidats par la voie électronique pour les marchés soumis à l'obligation de dématérialisation⁽¹⁹⁾, et la question se pose de savoir si ces courriers devraient être signés électroniquement ou s'ils pourraient ne pas être signés⁽²⁰⁾. Il est vrai que la pratique témoigne de ce que les courriers de notification du rejet des offres sont quasi systématiquement signés par les acheteurs publics, et que l'ancien formulaire « noti 3 », qui constituait un modèle de notification aux candidats du rejet de leur candidature ou de leur offre, prévoyait du reste sa signature par le représentant du pouvoir adjudicateur habilité à signer le marché. Mais il n'est pas absurde de penser que la signature (et donc la signature électronique) des courriers de notification de rejet n'est pas absolument obligatoire, et qu'un simple courrier non signé faisant part de la décision de l'acheteur public et des motifs de cette décision ne serait pas irrégulier⁽²¹⁾. Naturellement, dans un souci de sécurité juridique et dans l'attente d'une décision des juridictions sur ce point, il serait préférable d'apposer la signature électronique de l'acheteur sur les courriers de notification de rejet.

Une autre question est celle de savoir si la signature du marché lui-même doit avoir lieu par voie électronique, on y vient.

Signature électronique et « vie » du marché

La première difficulté attachée à la signature électronique dans le cadre de la « vie » du marché tient à la « naissance » même du contrat : pour exister valablement, le contrat doit-il être signé électroniquement, et ce par les deux parties ? Tout le monde s'accorde pour dire que la signature électronique des marchés n'est pas obligatoire, et qu'elle ne le sera pas non plus à compter du

(15) Arrêté du 12 avril 2018 (NOR : ECOM1800780A), art. 5.

(16) CE 26 juin 2015, SARL Olympe Service, req. n° 389599.

(17) CE 17 octobre 2016, Ministère de la défense c/ Sté Tribord, req. n° 400791.

(18) TA Limoges 15 novembre 2010, SNC Infostance c/ Région Limousin, req. n° 1001569

(19) Fiche de la direction des affaires juridiques de Bercy « 2018 : la dématérialisation de la commande publique pour les entreprises ».

(20) www.caissedesdepotsdesterritoires.fr/cs/ContentServer?page name=Territoires/Articles/Articles&cid=1250280991436.

(21) En ce sens, on peut relever que le juge administratif a pu admettre une notification du rejet d'une offre et des motifs de cette décision par voie téléphonique : CAA Marseille 28 septembre 2010, req. n° 08MA01775.

1^{er} octobre prochain^[22], et ce du reste suivant une lecture littérale de l'article 102 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, lequel dispose que « le marché public peut être signé électroniquement ». Toutefois, la direction des affaires juridiques de Bercy recommande vivement une signature électronique : dans l'objectif de dématérialisation intégrale de la procédure, la signature électronique permettrait d'éviter de devoir matérialiser le seul contrat sur format papier, et de le signer manuellement. Mais la question se pose alors de savoir s'il est possible d'envisager une signature électronique par l'une des parties, et une signature manuelle par l'autre partie : peut-on envisager que les candidats signent de manière électronique le projet de contrat dans le cadre de leur offre, et que l'acheteur signe ensuite manuellement le contrat avant de le notifier à l'attributaire ? Il semble qu'il faille éviter cette pratique : toujours selon la direction des affaires juridiques de Bercy, cette façon de faire aurait pour conséquence de « transformer l'original en copie et donc de poser des difficultés de preuve sur l'intégrité des documents en cas de contentieux »^[23].

Dans tous les cas, il importera que l'acheteur public indique aux candidats, dans les documents de la consultation, ce qu'il souhaite faire afin qu'ils puissent, le cas échéant, se procurer un certificat de signature électronique pour la signature du marché. De même, en cas de signature électronique l'acheteur public devra prendre garde d'utiliser un certificat de signature adéquat lorsque le signataire (l'exécutif) dispose de plusieurs qualités (par exemple maire, président d'un établissement de coopération intercommunale, représentant de l'État...). Préconisée par Bercy, la signature électronique du marché suscite par ailleurs la réflexion s'agissant de certains marchés qui impliquent non pas la signature d'un seul acte d'engagement par les deux parties, mais d'une série d'actes dont la signature doit intervenir de manière concomitante pour rassurer les prêteurs (on pense par exemple, aux conventions tripartites, cessions de créances et autres actes qui entourent la conclusion

des marchés de partenariat) : en pratique, la signature de l'ensemble de ces actes intervient le plus souvent lors d'une « séance de signature » pendant laquelle les parties s'assurent de l'intégrité des documents mis au point, et requièrent l'intervention de plusieurs signataires (banques, titulaire, personne publique, comptable,...), de sorte qu'une signature électronique de chacun des documents par chacun des signataires concernés pourrait s'avérer plus compliquée à mettre en œuvre que la traditionnelle signature manuelle. L'utilisation d'un parapheur électronique pourrait sans doute faciliter l'opération^[24]. Se pose également la question de savoir s'il est possible de signer électroniquement un marché dans le cas où l'acheteur ne dispose pas de système d'archivage électronique fiable, alors qu'il est tenu de conserver les pièces constitutives du marché pendant une durée minimale de cinq ans pour les marchés de fournitures ou de services et de dix ans pour les marchés publics de travaux, de maîtrise d'œuvre ou de contrôle technique à compter de la fin de l'exécution du marché public^[25].

La phase d'exécution des marchés n'est pas non plus entièrement étrangère à la signature électronique : on peut logiquement penser que si le marché a été signé électroniquement, il faudra qu'ensuite les avenants le soient aussi pour ne pas froisser le principe du parallélisme des formes. De même, la signature des bons de commande pourra soulever certaines difficultés pratiques si l'organisation des délégations de signature n'a pas été définie en amont et anticipée de manière suffisante : il importe de s'assurer que la ou les personnes qui signent les bons de commande disposent régulièrement d'une délégation et d'un certificat propre de signature à cet effet^[26].

Il faut donc maintenant laisser place au temps et à la pratique, pour que la signature électronique s'installe dans les mœurs des acteurs de la commande publique et prenne (sans doute pas sans embûches) progressivement le relais de la signature manuelle.

[22] N. Khalid, 13 avril 2018, « Marchés publics : la signature électronique interroge (toujours) les praticiens », LeMoniteur.fr.

[23] N. Khalid, 13 avril 2018, « Marchés publics : la signature électronique interroge (toujours) les praticiens », LeMoniteur.fr ; N. Khalid, « marchés publics : les préconisations de Bercy pour réussir le passage à la démat », 23 mars 2018, LeMoniteur.fr ; M. Laugier, « Des précisions sur la signature électronique et l'open data », 23 mars 2018, achatpublic.info.

[24] Arrêté du 12 avril 2018 (NOR : ECOM1800780A), art. 7.

[25] Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 108.

[26] C. George, interview de L. Bédier, directrice de la Direction des affaires juridiques de Bercy, « Dématérialisation de la commande publique : à cœur vaillant rien d'impossible », 30 janvier 2018, www.decision-achats.fr/Thematique/achats-publics-1230/Breves/ITW-Laure-Bedier-directrice-DAJ-Bercy-Dematérialisation-commande-publique-coeur-vaillant-rien-impossible-327173.htm#yKzTQ2KR0vAq4hwK.97.