

Revue

Lexbase Hebdo édition publique n°354 du 4 décembre 2014

[Marchés publics] Questions à...

L'obligation pour un candidat de signer électroniquement l'acte d'engagement en cas d'offre dématérialisée — Questions à Blandine Poidevin et Viviane Gelles, Avocats au barreau de Lille, cabinet Jurisexpert

N° Lexbase : N4864BUP



par Yann Le Foll, Rédacteur en chef de Lexbase Hebdo — édition publique

Réf. : CE 2° et 7° s-s-r., 7 novembre 2014, n° 383 587, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : A9463MZI)

Le Conseil d'Etat a rendu, le 7 novembre 2014, une décision précisant, au sujet d'une procédure d'appel d'offres dématérialisée, que l'absence de signature électronique sur un acte d'engagement rendait l'offre irrégulière. Le juge des référés avait estimé que le défaut de signature ne pouvait, à lui seul, entraîner le rejet de l'offre du candidat. En l'espèce, les juges du Palais-Royal ont relevé que la plateforme interministérielle de dématérialisation des achats de l'Etat, dite "PLACE", prévoyait, à la suite d'un dépôt de candidature, l'émission d'un accusé de réception indiquant, notamment, le jeton de signature associé à chaque pièce du dossier. Cet accusé ne faisant état d'aucune signature électronique relativement à l'acte d'engagement, il appartenait, en conséquence, au candidat de compléter son offre avant la date limite de dépôt à peine d'irrégularité, le Conseil d'Etat relevant que si la plate-forme de dématérialisation ne l'a pas alerté du fait que l'acte d'engagement qu'il y déposait n'était pas signé, "ni les dispositions de l'article 56 du Code des marchés publics (N° Lexbase : L0184IRA), ni les documents de la consultation ne prévoyaient la mise en place d'un tel dispositif [d'alerte]". Pour faire le point sur cette décision, Lexbase Hebdo — édition publique a rencontré Blandine Poidevin et Viviane Gelles, Avocats au barreau de Lille, cabinet Jurisexpert.

Lexbase : Pouvez-vous nous rappeler les grands principes relatifs à la dématérialisation des marchés publics ? Quel en est le cadre juridique ?

Blandine Poidevin et Viviane Gelles : La dématérialisation, dans le domaine des marchés publics, permet de conclure des marchés par voie électronique par le biais d'une messagerie électronique ou d'une plateforme en ligne proposée par l'acheteur public (profil d'acheteur). Il s'agit "de simplifier considérablement la publicité des marchés publics et de rendre les procédures de passation des marchés efficaces et transparentes" (1).

Le cadre juridique actuel applicable à la dématérialisation des marchés publics résulte, principalement : au niveau de l'Union, des Directives du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014/24/UE (N° Lexbase : L8592IZA) et 2014/25/UE (N° Lexbase : L8593IZB) sur la passation des marchés publics, abrogeant la Directive 2004/18/CE, et du Règlement n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014, sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du Marché Intérieur (N° Lexbase : L1237I4L) ; au niveau français, de l'arrêté du 14 décembre 2009, relatif la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics (N° Lexbase : L0775IGS), de l'arrêté du 13 juin 2014, portant approbation du Référentiel Général de Sécurité (RGS 2.0) (N° Lexbase : L9633I4K), et du décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014, portant mesures de simplification applicables aux marchés publics (N° Lexbase : L2927I48).

Les Directives du 26 février 2014 ont ajouté des obligations nouvelles à celles liant déjà les acheteurs publics au niveau communautaire. Ainsi, dès le 18 avril 2016 (date limite de transposition des Directives), l'utilisation de moyens de communication électronique sera obligatoire pour la transmission des avis et la mise à disposition des documents de marché. Les Etats auront également à mettre en place, dans un délai supplémentaire de trente mois, le principe de la communication par voie électronique à tous les stades de la procédure et, notamment, celui de la transmission des offres par les candidats.

En attendant la mise en œuvre de ces nouvelles règles, rappelons que la dématérialisation s'impose pour tous marchés de fourniture et de services courants, ainsi que pour les achats de fourniture de matériels informatiques et de services informatiques de plus de 90 000 euros HT. Elle peut également être imposée par l'acheteur public.

Plus généralement, le pouvoir adjudicateur ne peut refuser de recevoir par voie électronique les documents transmis par les candidats pour les marchés dont le montant est supérieur à 90 000 euros HT. Précisons que, lorsque la voie électronique est retenue par un candidat, il lui revient d'adresser au pouvoir adjudicateur l'ensemble de ses documents par le même mode de transmission. Tous les documents, pièces et certificats transmis par voie électronique doivent être signés électroniquement.

La personne publique a l'obligation d'assurer la confidentialité et la sécurité des transactions et, il est, par conséquent, recommandé (2) de recourir à un profil d'acheteur pour diffuser en ligne les avis de publicité, les dossiers de consultation des entreprises, recevoir les candidatures et offres électroniques, gérer les échanges d'information pendant la procédure de passation et mettre à disposition des candidats l'application logicielle de signature, utilisée avec le certificat de signature électronique du candidat lui permettra de signer électroniquement ses envois.

En tout état de cause, les profils d'acheteur sont obligatoires pour la publication des documents de consultation à partir de 90 000 euros HT. Ils doivent respecter les référentiels généraux de sécurité (RGS) et d'interopérabilité (RGI). A défaut d'utilisation d'un tel profil d'acheteur, le pouvoir adjudicateur doit être particulièrement vigilant quant au respect d'un niveau de sécurité et de confidentialité adapté à la nature et au montant de son marché.

A titre d'illustration, l'utilisation d'une boîte dédiée à la réception des offres, accessible à un nombre limité de personnes est largement recommandée afin d'assurer la confidentialité en cas d'utilisation de la messagerie électronique comme outil de dématérialisation.

Lexbase : Quelles sont les règles relatives à la signature électronique ?

Blandine Poidevin et Viviane Gelles : La signature électronique consiste, selon la définition donnée à l'article 1316-4 du Code civil (N° Lexbase : L0630ANN), "*en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat*".

Le droit reconnaît la même valeur juridique aux signatures électronique et manuscrite. Les signatures électroniques dont la fiabilité est garantie reposent sur l'utilisation de la cryptographie asymétrique (clé privée et clé publique) (3). Pour signer électroniquement, le candidat doit disposer d'un certificat électronique et d'une application logicielle de signature.

On distingue la signature électronique simple garantissant le lien entre l'identification du signataire et l'acte auquel elle s'attache, de la signature électronique dite "sécurisée" satisfaisant aux exigences suivantes :

- être propre signataire ;
- être fait par des moyens tels que le signataire puisse la garder sous son contrôle exclusif ;

- garantir, avec l'acte auquel elle s'attache, un lien tel que toute modification ultérieure de l'acte soit détectable.

La signature électronique sécurisée bénéficie de la présomption présumée de fiabilité mettant à la charge de l'acheteur public la preuve de la démonstration de sa non-conformité.

Lexbase : Comment le juge administratif a-t-il appréhendé cette problématique dans ses décisions jusqu'à présent ?

Blandine Poidevin et Viviane Gelles : Plusieurs décisions de justice ont été rendues, en lien avec des questions relatives à la signature électronique, par le juge administratif. Ainsi, le tribunal administratif de Toulouse (4) a jugé que la signature électronique d'un fichier Zip comportant les documents relatifs à une candidature ne pouvait suffire à pallier l'absence de signature électronique de chacun des documents figurant dans ses fichiers, dans la mesure où un tel fichier, permettant l'archivage et la compression des données, ne pouvait être assimilé aux documents, en nombre variable, qu'il pouvait contenir.

Le juge administratif de Limoges s'est également prononcé dans un litige introduit par un candidat qui avait tenté de répondre à un marché à bon de commande, passé par la région du Limousin par voie électronique, et s'était vu rejeter par le profil d'acheteur pour un défaut de conformité du certificat électronique accompagnant la signature électronique de son offre. Le temps de procéder à quelques ajustements techniques, la date limite du dépôt des offres était dépassée et sa candidature avait, par conséquent, été rejetée. Le juge annula la procédure passée, estimant que *"les documents de l'offre de cette société ne pouvaient pas être regardés comme n'étant pas signés, dès lors que l'existence d'un certificat de signature électronique adéquat n'était pas en cause et que la difficulté concernait seulement le contrôle de la validité de l'utilisation de ce certificat"* (5).

Dans une décision du 14 décembre 2012, la cour d'appel de Fort de France (6) a également rappelé, dans un domaine étranger au droit des marchés publics, que la seule signature scannée était insuffisante pour s'assurer de l'authenticité d'un engagement juridique, dans la mesure où elle ne permettait pas une parfaite identification du signataire. En l'espèce, une personne avait déposé une demande d'enregistrement de marque auprès de l'INPI (Institut National de la Propriété Industrielle), par voie électronique, non revêtue d'une signature électronique (absence de production de certificat électronique). Invité à régulariser en transmettant par voie postale une version imprimée revêtue de cette signature manuscrite, le déposant s'était contenté de retourner un exemplaire revêtu d'une signature scannée. La juridiction a pris le soin, en rendant sa décision, de préciser que, "si la mention écrite par la partie qui s'engage, n'est plus nécessairement manuscrite, elle doit toutefois résulter des procédés d'identification conformes aux règles qui gouvernent la signature électronique", à savoir les articles 1316-4 et suivants du Code civil.

La cour d'appel de Nancy s'est également prononcée récemment (7) dans un litige de droit privé opposant une banque à un de ses clients : ledit client avait signé, sous forme électronique, un avenant augmentant son autorisation de découvert. Le client contestait avoir signé cet avenant et avait été suivi dans son raisonnement par le tribunal d'instance d'Epinal, dans un jugement rendu le 12 décembre 2011. La cour d'appel relève, en l'espèce, que la banque produisait aux débats le fichier de preuve de la transaction émis par l'autorité de certification. La mention du numéro de l'avenant sur le fichier de preuve permettait de vérifier que c'était bien cet avenant qui avait été signé électroniquement par le client. Elle retient, ainsi, que la preuve de la signature par le client de l'avenant était rapportée, contrairement à ce qu'avait jugé le tribunal.

Lexbase : En l'espèce, sa relative sévérité en l'espèce quant à l'irrégularité de l'offre en l'absence de signature électronique vous semble-t-elle justifiée ?

Blandine Poidevin et Viviane Gelles : Les différentes et rares décisions rendues, en lien avec les problématiques liées à la signature électronique, nous paraissent, pour la plupart, bien fondées et motivées.

En effet, en présence de supports plus facilement manipulables, il nous apparaît nécessaire de garantir la fiabilité des procédés utilisés et, en ce sens, de faire preuve d'une interprétation restrictive des règles existantes, parfois encore mal adaptées au contexte de la dématérialisation.

(1) Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics, cons. n° 52.

(2) Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics du 26 septembre 2014 et guide pratique de la dématérialisation des marchés publics de décembre 2012.

(3) 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 (N° Lexbase : L1813ASX).

(4) TA Toulouse, 9 mars 2011, n° 1 100 792 (N° Lexbase : A7114HP8).

(5) TA Limoges, 25 novembre 2010, n° 1 001 569 (N° Lexbase : A3905GXW).

(6) CA, Fort-de-France, 14 décembre 2012.

(7) CA Nancy, 2ème ch., 14 février 2013, n°12/01 383.