



Centre des Etudes Doctorales : Sciences Juridiques et Politiques

Laboratoire de Recherche : des Etudes Stratégiques et des Analyses Juridiques et Politiques

Thèse pour l'obtention du Doctorat en Droit Public

Sous le thème :

Dématérialisation du contrat administratif : De la contractualisation à l'exécution, étude comparative

Présentée et soutenue par :

Houyam BOUZIDI

Sous la direction du professeur :

Pr. Abdelali BOUZOUBAA

Membres de Jury :

Pr. MOHAMED FAKIHI	PES-FSJES-FES	Président
Pr. ABDELALI BOUZOUBAA	PH-FSJES-FES	Directeur de Thèse
Pr. ABDERRAZAK EL HIIRI	PES-FSJES-FES	Suffragant
Pr. MOUNIA BELMLIH	PES-FSJES-MEKNES	Rapporteur
Pr. ABDSELAM OUHAJJOU	PES-FSJES-FES	Suffragant
Pr. MOHAMMED REDA NOUR	PH-FSJES-FES	Suffragant

Année universitaire : 2020/2021

REMERCIEMENTS

Mes remerciements s'adressent tout d'abord à mon Directeur de thèse, le Professeur **Dr. Abdelali Bouzoubaa**, qui a accepté de diriger cette thèse de doctorat, par ses encouragements, il a su m'apporter un soutien constant, une disponibilité et des conseils précieux et avisés à la hauteur de ses compétences et de ses réelles qualités humaines tout au long de ce travail.

Ils s'adressent aussi à mes chers professeurs qui ont également encadré ce travail de recherche. Sans eux ce travail n'aurait probablement pas vu le jour. Leur détermination, leur conseils constructifs et pertinents, leur regard opérationnel critique ont guidé ce travail jusqu'au bout.

Qu'ils trouvent ici l'expression du profond respect et de l'admiration de leur disciple.

Je souhaite rendre hommage et exprimer ma profonde gratitude à tous ceux qui, de près ou de loin, ont contribué à la réalisation de cette Thèse et à son aboutissement.
Qu'ils trouvent ici l'expression de ma gratitude.

Dédicaces

A mes chère et adorés Parents

A ma source de vie, à mon premier et dernier souffle
Qui par leur amour, leur soutien constant et leur prière m'ont permis d'être
ce que je suis.

Aucun travail ne saurait exprimer ma profonde gratitude.
Je vous témoigne /à toute mon affection, mon dévouement et mon profond
respect.

Je vous dédie ce travail en témoignage du grand amour qui nous unit.

À mes chères sœurs et frère

Pour les relations fraternelles que nous entretenons au sein de notre
famille. Puisse cet ouvrage témoigner toute mon estime et ma
reconnaissance. Rien ne saurait égaler mon affection à votre égard

A la Direction Générale et Corps Professoral

Pour leur formation et leur effort pour nous offrir ce qu'il y a de meilleur
dans ce domaine.

A tous ceux que j'ai omis de citer.

Houyam Bouzidi

LISTE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS :

- AAPC : Avis d'Appel Public à la concurrence.
- ACCP : Contrats publics - L'actualité de la commande et des contrats publics
- AJFP : Actualité juridique - Fonctions publiques
- ADI : Actualités du droit de l'information
- AJDA : Actualité juridique de droit administratif
- Art: Article
- AVS : Adresse Vérification Service.
- B.O : Bulletin Officielle.
- C. civ. Code civil
- C. com. Code de commerce
- CAA : Arrêt de Cour administrative d'appel.
- Cah.Cons.const : Cahiers du Conseil constitutionnel
- Cass. civ. Arrêt de la Cour de cassation (Chambre civile).
- Cass. com. Arrêt de la Cour de cassation (Chambre commerciale).
- Cass. crim. Arrêt de la Cour de cassation (Chambre criminelle).
- Cass. req. Arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation.
- Cass. soc. Arrêt de la Cour de cassation (Chambre sociale).
- CCTP : Cahier des Clauses Techniques Particulières.
- CE : Arrêt du Conseil d'État.
- CEDH : Arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme.
- Cf. : Confère
- CGCT : Code général des collectivités territoriales
- CGI : Code général des impôts
- Chron : Chronique
- CJA : Code des juridictions administratives
- CJCE : Arrêt de la Cour de Justice des communautés européennes.
- CJF : Code des juridictions financières
- Comm.Com.électr : Communication - Commerce électronique
- Concl : Conclusion
- Coontrats.Comm.consom : Contrats, concurrence, consommation
- CPCE : Code des postes et communications électroniques
- CPI : Code de la propriété intellectuelle
- CPT : Code des Postes et Télécommunications
- D : Recueil Dalloz
- DCE : Dossier de consultation des entreprises.
- DIT : Droit de l'informatique et des Télécommunications
- Doc.fr : Documentation française
- Dr. Et patr. : Droit et patrimoine
- Dr.adm. : Droit administratif

- Ed : Edition
- EDCE : Études et documents du Conseil d'État
- EDI : Echange de documents informatisés.
- FAI : Fournisseur d'Accès internet.
- GAJA : Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative.
- GAJA : Grands arrêts de la Jurisprudence Administrative
- Gaz. des communes : La gazette des communes, des départements, des régions
- Gaz.Pal. : Gazette du Palais
- Ibidem : Au même endroit
- J.-ci.Adm. : Juris-Classeur de droit administratif
- J.-CL : Juris-Classeur
- J.T : Journal des tribunaux
- JAL : Journal d'annonces légales
- JCP-A : La semaine juridique. Édition Administrations et Collectivités territoriales
- JCP-E : La semaine juridique. Édition Entreprises
- JCP-G (JCP) : La semaine juridique. Edition Générale
- JCP-N : La semaine juridique. Edition Notariale
- LCEN: Loi pour la confiance dans l'économie numérique
- LPF : Livre des procédures fiscales
- MEDEF : Le Mouvement des entreprises de France.
- Not : notamment
- Obs: observation
- Op.cit : oper citato, ouvrage précité.
- Ord. Ordonnance.
- P.A.G.S. : Plan d'action gouvernemental pour la société de l'information
- PDCP : Programme de Dématérialisation de la Commande Publique.
- PMMP : Le Portail Marocain des Marchés Publics
- RC : Règlement de la Consultation.
- Req: Requête
- Somm. Com : sommaires commentés
- Spéc : Spécifiquement ou spécialement
- SSL : Secure Sockets Layers.
- T : tome
- TA : Jugement du Tribunal Administratif.
- TC : Arrêt du Tribunal des conflits.
- TGI : Jugement du Tribunal de Grande Instance.
- TI : Tribunal d'Instance.
- TIC : les technologies de l'information et de la communication.
- V : Version

SOMMAIRE

Introduction :

Partie I : La formation du contrat administratif dématérialisé.

TITRE I : Le régime général du contrat administratif électronique.

CHAPITRE I : Les règles en matière de formation du contrat public dématérialisé

CHAPITRE II : Le contrat électronique un nouvel environnement pour les relations contractuelles.

TITRE II : E- passation des marchés publics.

CHAPITRE I : La reconnaissance juridique des procédures dématérialisées de passation de marchés publics.

CHAPITRE II: La sécurité de la dématérialisation des contrats publics

Partie II: La reconnaissance juridique des procédures dématérialisées d'exécution des marchés publics.

TITRE I : Les effets d'exécution des contrats de la commande publique

CHAPITRE I : Droits et obligations des parties

CHAPITRE II : L'intervention du tiers à l'exécution de la commande publique dématérialisée

TITRE II : Le contrôle du contrat administratif électronique

CHAPITRE I : Les procédures de contrôle du contrat administratif électronique

CHAPITRE II : Le contentieux du contrat administratif électronique.

CONCLUSION :

Introduction :

“ Toute loi écrite est déjà périmée. Car la main du scribe est lente. ”
Anatole France¹

Les moyens d'assurer l'activité économique se manifestent toujours par l'utilisation d'un outil juridique indispensable : le contrat. Défini par l'article 1378 du Code Civil du Québec, le contrat serait " un accord de volonté, par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à exécuter une prestation (...) ". Les pays industrialisés s'engagent dans une profonde mutation avec l'entrée dans la société de l'information au sein de laquelle le commerce électronique jouera un rôle moteur². L'ouverture des réseaux informatiques et de télécommunications permet désormais à tout un chacun de communiquer par voie électronique toutes sortes d'informations numérisées (commerciales, administratives, culturelles, ...) que le droit appréhende à différents stades (création, transmission, enregistrement, consultation ou mise à disposition). Alors que diverses approches peuvent être suivies pour définir le commerce électronique,³ ou le cyberspace⁴, plusieurs facteurs, sans être exhaustifs, ont des incidences juridiques typiques : cela touche aux activités commerciales lato sensu, les relations sont à la fois interactives et internationales, les communications s'opèrent à distance sans support papier⁵.

Depuis l'avènement des ordinateurs, et plus récemment d'Internet, la pression exercée sur les administrations pour qu'elles s'acquittent mieux de leurs tâches s'est accrue, et les

¹ Anatole France, de son nom exact François-Anatole Thibault [...], est un écrivain français, né le 16 avril 1844 à Paris, quai Malaquais, mort le 12 octobre 1924 à Saint-Cyr-sur-Loire (Indre-et-Loire). Lauréat du Prix Nobel de littérature en 1921.

² Rapport de Martin Bangemann, L'Europe vers la société de l'information planétaire, 1994 et Communication de la Commission, Une initiative européenne pour le commerce électronique, COM(97) 157 final, 16 avril 1997. <http://www.caprioli-avocats.com/dematerialisation-et-archivage/112-cadre-juridique-archivage-regime-juridique>

³ Politique : Selon l'O.C.D.E., ce sont " toutes les formes de transactions liées aux activités commerciales, associant tant les particuliers que les organisations, et reposant sur le traitement et la transmission de données numérisées, notamment texte, son et image. Il désigne aussi les effets que l'échange électronique d'informations commerciales peut avoir sur les institutions et sur les processus qui facilitent et encadrent les activités commerciales ", Le commerce électronique : Opportunités et défis pour les gouvernements, OCDE, 1997, p.3. Economique : " Le fait pour une entreprise d'utiliser l'informatique, associé de réseaux de télécommunications, pour interagir avec son environnement. Kaplan (D), Internet : les enjeux pour la France, Paris, A.F.T.E.L, 1995, p.93. Technique: d'après les travaux de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international ce sont : le courrier électronique sur Internet, les Echanges de Données Informatisés, les bases de données partageables, les transferts électroniques de fonds, les formulaires administratifs électroniques. Nations Unies, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n°17 (A/51/17), Rapport de la C.N.U.D.C.I. sur les travaux de sa 29ème session 28 mai-14 juin 1996.

⁴ TRUDEL (P) et Ali (I), Droit du cyberspace, Montréal, éd. Thémis, 1997.

⁵ ERIC (A) CAPRIOLI et RENAUD (S), « Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales », J.D.I. 1997, 2, p.p 323-324. Jérôme Huet, Aspects juridiques du commerce électronique : approche internationale, Petites affiches, 26 septembre 1997, p.p.6-7. Benyekhlef (K), GAUTRAIS (V), LEFEBVRE (G), « Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la lex electronica », R.D.A.I. 1997, n°5, p.p. 547-548.

technologies de l'information et de la communication (TIC) leur ont donné la capacité de le faire grâce à l'administration électronique.

L'administration électronique est « l'utilisation des TIC, et en particulier d'Internet, dans le but d'améliorer la gestion des affaires publiques ». Sa conséquence essentielle réside tout simplement dans une meilleure administration, autrement dit, l'administration électronique est davantage affaire d'administration que d'électronique. Elle permet d'obtenir de meilleurs résultats sur le plan de l'action publique, des services de meilleure qualité et un engagement accru des citoyens. Une fois lancée l'idée, voilà que déjà elle raisonne dans les "conduites" du réseau internet... Alors que tout le monde prête à ce même réseau, l'image d'un espace virtuel libéré de toute réglementation ou de frontières, de cadre réglementaire et administratif, dans lequel « il n'y a plus de contrôle central, plus de chefs, plus de lois : aucune nation ne pourra se l'approprier, aucune administration en assurer la police », selon certains, voilà que le Chef de l'administration lui-même envisage "d'importer" l'administration sur internet..., en mettant en place une procédure dématérialisée de passation de marchés publics.¹

Le marché public est tout contrat à titre onéreux conclu entre, d'une part, un maître d'ouvrage et, d'autre part, une personne physique ou morale appelée entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services ayant pour objet, l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la réalisation de prestations de services². Le marché public produit des effets uniquement à l'égard de ses cocontractants : l'Administration et le titulaire du marché.³ Les deux parties s'engagent à respecter leurs obligations mutuelles : tout marché est un contrat synallagmatique. La dématérialisation des procédures de passation de marchés publics par le biais d'internet, illustre l'intérêt que portent les pouvoirs publics à ce même réseau. En effet, elle n'implique aucunement que les règles de fond et de procédure qui régissent les marchés publics soient modifiées hormis les cas où la voie électronique peut provoquer la naissance de nouveaux faits ayant une portée juridique que la règle ne pouvait prendre en considération jusqu'alors.

La dématérialisation est avant tout une technique. D'un point de vue pratique, la dématérialisation consiste à mettre en œuvre des moyens électroniques pour effectuer des opérations de traitement, d'échange et de stockage d'informations sans support papier. A priori, elle n'a aucun effet sur le contenu de ces informations qui restent ce qu'elles sont indépendamment de la forme que prend leur support. Elle implique, néanmoins, l'existence préalable d'une matérialisation puisque sa définition indique que c'est l'action de rendre immatériel ou de donner un aspect irréel. Au sens du vocabulaire courant, dématérialiser c'est « rendre immatériel, dépouiller de sa matière concrète quelque chose » et « se dématérialiser » c'est se « désintégrer »⁴. Il s'agit d'une transformation d'état

¹ ACCARDO (Ch.), «la dématérialisation des procédures de passation de marchés publics», D.E.S. De Droit Public des Affaires, Université de Paris X – Nanterre, septembre 2001, p.8

² L'article 4 du décret du Décret n° 2-12-349 du 8 jomada I 1434 relatif aux marchés publics. (B.O. n° 6140 du 4 avril 2013.

³ www.marches-publics.gouv.fr

⁴ Grand dictionnaire encyclopédique Larousse.

physique. Selon le dictionnaire juridique du Gérard Cornu, la dématérialisation est une «opération liée à de nouvelles technologies consistant à remplacer un support matériel tangible qui circule entre les mains des intéressés comme instrument de paiement ou de commerce, par un support comptable centralisé, sous des modalités diverses, système qui suppose cependant que soient replacés entre les mains des intéressés d'autres éléments matériels de preuve ou de fonctionnement, en quoi la dématérialisation est moins matérielle que juridique»¹. S'il est toutefois incontestable que les technologies «nouvelles» favorisent l'impression d'une dématérialisation, l'histoire de ce terme n'y est pas attachée et, pour les juristes, il naît, à l'origine, dans le droit des valeurs mobilières².

La loi du 31 décembre 1981 dite de « dématérialisation » des valeurs mobilières a, comme son nom l'indique, permis la suppression des supports individuels et physiquement palpables des titres au porteur de valeurs mobilières ; en bref, la suppression du papier³. Dès lors, le terme de dématérialisation est entré dans le vocabulaire juridique d'abord sous la plume de la doctrine, puis sous celle du « législateur avec le décret des marchés publics de 2013 »⁴. A laquelle il est reconnu une valeur juridique. Depuis, aucun domaine ne lui échappe. Jusqu'à récemment et d'une manière générale, le fonctionnement de notre système juridique était fondé uniquement sur la reconnaissance d'une valeur donnée aux faits et aux droits par l'intermédiaire d'un système probatoire qui donnait la suprématie à l'écriture manuscrite, qu'elle soit manuelle ou mécanique, sur un support papier.

L'inscription ou la transcription d'informations sur un support électronique et toutes les manipulations qui peuvent en être faites ne pouvaient pas alors être prises en considération directement dans les relations juridiques puisqu'elles nécessitaient préalablement de décrire ce qui n'étaient que de simples faits pour permettre de procéder ensuite à leur qualification juridique. La volonté de donner directement une valeur juridique aux informations et aux opérations dématérialisées oblige d'adopter une nouvelle approche qui consiste à fixer préalablement par des textes les caractéristiques qu'elles doivent présenter pour en tirer directement des conséquences juridiques.

En général, deux conditions au moins sont requises : la garantie de l'identification de leur auteur et l'intégrité (qui garantit qu'elles n'ont subi aucune altération). Ceci se traduit

¹ Cf. CORNU(G), «vocabulaire juridique», association H. Capitant, Paris, PUF, 6ème éd, 2004, voir Dématérialisation.

² Cf. sur la dématérialisation des valeurs mobilières, FOYER(J), «la dématérialisation des valeurs mobilières en France», in Mélanges Flattet (G), Lausanne, Payot, 1985, p.21 ; GAUSSE(H), «principe, nature et logique de la dématérialisation », JCP-E, 1992, n°194, p.p.530-531 ; DABIN(L), « la dématérialisation et la circulation scripturale des valeurs mobilières dans le cadre des marchés financiers », RIDE, 1997, p.291.

³ La dématérialisation obligatoire des valeurs mobilières a été introduite en France par l'article 94-II de la loi de finance n° 81-1160 du 30 décembre 1981. Cette dématérialisation est générale et irréversible. Elle est entrée en vigueur le 3 novembre 1984, Voir l'art. 1 du décret n° 83-359 du 2 mai 1983. 'Dix-huit mois après la date de publication du présent décret, les titres de valeurs mobilières ne sont plus matérialisés que par une inscription en compte'.

⁴ RAYNOUARD(A), «la dématérialisation des procédures de la commande publique», in LICHERE (FR) (dir.) le nouveau droit des marchés public, Paris, L'Hermès, 2004, p.61.

ensuite par la mise en place de moyens techniques et organisationnels dont il est reconnu qu'ils y répondent.

De l'internet; Il n'existe pas, à proprement parler de définition unique de l'internet, mais plutôt un ensemble de réalités, de notions, qui en permettent son appréhension. Certain peut considérer ainsi qu'internet constitue un réseau, un espace informatisé de communication, sur lequel transite des données numérisées, entre ordinateurs connectés. Dans son acception d'espace physique, internet est un transporteur d'informations, dont les ordinateurs accueillent les données et services transmis et se comportent comme des hôtes de façon interactive avec toutes les autres composantes du réseau, selon des protocoles de communication publics. Autoroutes de l'information, Village planétaire, Réseau des réseaux, Cyberspace, Réseau universel, Nébuleuse des réseaux...Les définitions sont si diverses qu'il est difficile de trouver celle qui dissipe l'ambiguïté du concept et qui reflète la réalité et la complexité du «Cyberspace».

Le dictionnaire Encyclopédique Larousse le définit comme un «environnement résultant de la mise en œuvre de systèmes de réalité virtuelle ou de l'utilisation de réseaux télématiques internationaux».D'après LAQUET (T). Internet «est un amalgame disparate composé de milliers de réseaux d'ordinateurs qui permet d'atteindre des millions de personnes dispersées sur la planète. Ces dernières années, il est devenu si vaste et si puissant qu'il est désormais un outil d'information et de communication que vous ne pouvez plus vous permettre d'ignorer».¹ Internet est, donc, le réseau mondial des échanges d'information sous format électronique pour l'enseignement, la culture, le patrimoine, la recherche, la technologie, l'économie, l'industrie...Du fait de ce caractère public, internet constitue un réseau ouvert et universel, dont le contrôle échappe à toute volonté d'administration. Mais aussi, en raison de cette même caractéristique, en tant que réseau ouvert, les hôtes n'en sont pas moins soumis à d'éventuelles menaces d'intrusion extérieures et non autorisées, comme des virus informatiques.

Historiquement, L'administration électronique est une notion assez facile à appréhender. Cette notion résulte de la politique d'informatisation des services administratifs poursuivie depuis les années 70. Au Maroc, le développement de l'Administration a été historiquement lié au développement des moyens servant à fixer et à transmettre l'information. Le lancement d'Internet au Maroc a eu lieu le 15 novembre 1995, étant le 101ème pays à se raccorder au World Wide Web. Dans cette logique, et comme étant une organisation dont la fonction principale est le traitement administratif, le Ministère de la Fonction Publique et de la Réforme Administrative a intégré l'outil informatique dans sa stratégie du rendement du service public, comme l'un des piliers de la modernisation de l'action administrative de par sa contribution efficace d'aide à la décision, de transparence, de gain du temps et d'une meilleure communication interne et externe. Prenant conscience de la nécessité de développer l'Administration électronique, le Gouvernement marocain, par le biais du Ministère de la Modernisation des Secteurs

¹ LAQUEY (T), « Sésame pour Internet », Paris, 1994, p. 2

Publics, a élaboré un vaste programme de promotion et de développement des nouvelles technologies dans l'Administration. Dans ce contexte, le programme baptisé IDARATI – ¹إدارتي - "Informatisation des Départements de l'Administration et leur mise en Réseau Adéquat via les Technologies de l'Information"- permettra le développement de l'Administration électronique autour de trois axes fondamentaux visant à ce que l'Administration puisse entrer par la grande porte et accéder à l'ère des technologies de l'information et de la modernité.

Ces axes sont : Généralisation et refonte de l'informatisation des secteurs publics (Administration et établissements publics); Mise en place des réseaux locaux et interconnexion entre les Administrations ; Utilisation des technologies de l'information pour offrir un meilleur service administratif en ligne. La mise en œuvre de ce programme se fera à travers l'élaboration d'une vision stratégique du court, moyen et long terme. Celle-ci, tout en s'appuyant sur ce qui a été réalisé, permettra d'identifier les grandes lignes du plan d'action d'Idarati qui s'inscrit dans le cadre de la stratégie nationale de l'e-gouvernement, entamé depuis quelques années par la Trésorerie Générale du Royaume, vise comme objectifs stratégiques la consécration de la transparence, la simplification des procédures et la modernisation des processus d'exécution de la dépense publique.

C'est au demeurant, ce qui découle de la volonté délibérée des pouvoirs publics de généraliser l'usage des technologies de l'information et de la communication, à travers la stratégie «Maroc numérique 2013»² qui préconise que le développement d'une utilisation efficace de ces technologies dans tous les domaines de la vie économique et sociale marocaine demeure une priorité pour assurer au pays une croissance et une compétitivité fortes et durables. L'importance du projet de dématérialisation de la commande publique tient essentiellement au fait que le projet est à cheval sur deux priorités nationales: le développement de l'administration électronique et la lutte contre la corruption. Un projet global qui vise à améliorer l'efficacité de la gestion des marchés publics et à faciliter l'accès des opérateurs économiques aux opportunités d'affaires offertes par les marchés publics.

Des exigences que la nouvelle constitution de juillet 2011 a mis en valeur notamment dans son article 36 qui fait place à la bonne gouvernance et à la lutte contre la délinquance financière et la mauvaise gestion des deniers publics y compris des marchés publics. Les technologies de l'information recèlent un potentiel important en matière de transparence des processus et de remontée instantanée de l'information qu'il va falloir saisir.³ Ainsi, les objectifs prioritaires à atteindre pour la dématérialisation de la commande publique se résument comme suit : L'amélioration de la transparence, quant aux conditions d'accès

¹ www.service-public.ma

² Cf. Le document intitulé Plan Numéric 2013 est accessible sur le site du Ministère de l'Industrie, du Commerce et des Nouvelles Technologies, à cette adresse http://www.technologies.gov.ma/Fiche_pdf/MarocNumeric2013/MarocNumeric2013_Fr.pdf.

³ BOUTAQBOU (A), «La dématérialisation de la commande publique: dimensions juridiques», ALKHAZINA, Revue de la trésorerie générale du Royaume, n°9 Aout 2011, Spécial, le programme de la dématérialisation de la commande publique au service de la transparence des marchés publics, p 7.

aux informations sur la commande publique et à l'application des règles de traitement des marchés pour l'administration; La rationalisation de la commande publique, en mettant en œuvre des outils permettant aux administrations d'acheter mieux et à moindre coût; Le développement de la concurrence, en élargissant les possibilités de toucher un panel plus large de fournisseurs potentiels; La simplification des procédures, en tirant profit des possibilités offertes par les Technologies de l'Information et de la Communication, tout en conservant le même niveau de contrôle et de fiabilité sur le processus de sélection des fournisseurs. L'instrument juridique est, en fait, un préalable indispensable à tout projet d'introduction des technologies de l'information dans la gestion de l'acte d'achat et devra évoluer au rythme de cette introduction.

La loi 53-05 portant sur l'échange électronique de données juridiques¹; est une nouvelle loi qui prolonge le code des obligations, en tenant compte des nouvelles contraintes, et des nouvelles disposition que le législateur marocain doit en tenir compte devant l'évolution constante des échanges commerciaux, juridiques avec le moyen de communication informatique. Cette loi se compose de 43 articles déclinant 5 points forts, La présente loi fixe le régime applicable aux données juridiques échangées par voie électronique, à l'équivalence des documents établis sur papier et sur support électronique et à la signature électronique. Elle détermine également le cadre juridique applicable aux opérations effectuées par les prestataires de service de certification électronique, ainsi que les règles à respecter par ces derniers et les titulaires des certificats électroniques délivrés.

Les premières dispositions relatives à l'introduction des technologies de l'information dans le domaine des marchés publics ont été adoptées dans le cadre du décret n° 2-12-349 du 8 jourmada I 1434 relatif aux marchés publics² dans ses articles 147-151 relatifs au portail des marchés de l'Etat et à l'échange d'informations entre le maître d'ouvrage et les concurrents par voie électronique. En effet, en vertu de l'article 147 suscitée, le portail des marchés publics est créé et dans lequel, sont publiés les textes législatifs et réglementaires relatifs aux marchés publics et les documents relatifs aux appels d'offres lancés par les acheteurs publics. La circulaire du premier ministre du 18 septembre 2007 prise en application de l'article 76 du décret précité désigne la Trésorerie Générale du Royaume en tant que gestionnaire du Portail des marchés de l'Etat et précise les modalités de publication des documents d'appels à la concurrence et d'inscription des acheteurs publics audit portail.

La TGR est également chargée d'assurer la publication des textes législatifs et réglementaires relatifs aux marchés de l'Etat et de tous autres documents, circulaires ou décisions, se rapportant au même objet. Le portail des marchés de l'Etat ³ est le premier progiciel national fédérateur de toutes les administrations de l'Etat, des collectivités

¹ Dahir n° 1-07-129 du 19 kaàda 1428 (30 novembre 2007) portant promulgation de la loi n° 53.05 relative à l'échange électroniques de données juridiques, B.O.5584 (6/12/2007), p. 1357.

² Décret n° 2-12-349 du 8 jourmada I 1434 relatif aux marchés publics, B.O. n° 6140 du 4 avril 2013, p.1645.

³ <http://www.marchespublics.gov.ma>: Programme de Dématérialisation de la Commande Publique (PDCP)

locales et des établissements publics. C'est également le premier et l'unique progiciel entièrement bilingue (arabe et français) dédié à la dépense publique, qui permet aux entreprises de disposer d'informations exhaustives sur les appels à la concurrence de toutes les administrations publiques. Dans ce cadre 3.500 acheteurs publics dont 1624 des acheteurs publics des administrations de l'Etat soit 100% et 1727 des collectivités locales soit 100% et 76 des établissements publics soit 36 % des établissements publics soumis au contrôle financier de l'Etat, publient régulièrement les avis appels à la concurrence des marchés et les documents y afférent au portail des marchés de l'Etat.

A ce titre, pour l'année 2008, 16.700 appels à la concurrence ont été publiés sur le portail des marchés de l'Etat et 3813 appels d'offres sont publiés au premier trimestre 2009. Ces chiffres traduisent le succès du portail comme support national et fédérateur d'information sur les marchés publics en témoigne le nombre de visiteurs qui est pour le premier trimestre 2009 de 58102 visiteurs et 2582954 pages consultées. La base de données des marchés publics est l'instrument clé pour permettre une vision globale et uniforme sur les différentes étapes de la commande publique, depuis la publication des avis d'appels d'offres jusqu'au paiement, en passant par l'engagement des marchés publics, des bons de commandes et des contrats.

Or, une réforme de décret régissant les marchés de l'Etat intervenue en février 2007 demeure nécessaire et constitue certes, une grande avancée dans le processus de modernisation des procédures et de renforcement de la transparence et de l'efficacité dans la passation, le contrôle et la gestion de la commande publique représentant une plus-value économique d'environ 58 milliards de dirhams soit 15% du PIB; En moyenne, l'Etat passe 11.000 marchés annuellement dont plus de 91% par AO ouvert ; Le secteur des BTP réalise 70% de son chiffre d'affaires dans le cadre des marchés publics ; Le secteur de l'ingénierie réalise 80% de son chiffre d'affaires dans le même domaine¹.

La réforme objet du projet de décret 2-12-349 du 2013 relatif aux marchés publics ; constitue le couronnement d'une large concertation engagée depuis pas mal de temps avec les principaux acteurs et partenaires concernés par la commande publique, qu'ils soient acheteurs publics, entreprises ou fédérations d'entreprises, société civile, organes de contrôle ou institutions internationales intervenant dans le domaine des marchés publics². Le processus de concertation a en outre, été enrichi de manière significative par les contributions, les débats et les recommandations du colloque national sur les marchés publics organisé en avril 2009, dont l'un des objectifs fondamentaux qui lui ont été assignés consiste à dégager les axes principaux de la réforme des marchés publics, à la lumière des dysfonctionnements ou insuffisances relevées, des attentes du secteur privé, de la société civile et des différents partenaires ainsi que du renforcement du dispositif de bonne gouvernance de la commande publique.

¹ Revue de la trésorerie générale du royaume, Programme de Dématérialisation de la Commande Publique (PDCP), Plate-forme d'échange commune entre les acheteurs publics et les fournisseurs, n° 23 janvier 2013.

² http://www.sgg.gov.ma/Projet_decret_2-12-349_Fr.pdf

La réforme s'appuie également sur les propositions du ministère de l'intérieur relatives aux particularités des collectivités locales et de leurs groupements, sur quelques règlements intérieurs régissant les marchés des établissements publics, ainsi que sur les propositions de l'ordre national des architectes relatives aux prestations architecturales. Le principe de la commande électronique est initié par le chapitre VII du décret n° 2-12-349 du relatif aux marchés publics, qui consiste à permettre l'ouverture de la réglementation régissant les marchés publics sur la possibilité de recours à la procédure de choix des offres au moyen d'enchères électroniques inversées pour les marchés de fournitures courantes ; la dématérialisation de la commande publique notamment, la mise en place d'une base de données des fournisseurs en vue de dématérialiser les dossiers administratifs des concurrents leur permettant de la sorte, de se concentrer sur la préparation de leurs offres; la soumission électronique dans le cadre d'un processus dématérialisé de dépôt et de dépouillement des offres permettant plus de transparence et une simplification des conditions de soumission aux entreprises; l'introduction de la possibilité de recours à la procédure d'achats groupés sur la base d'une convention conclue entre les maîtres d'ouvrages regroupés dans un collectif d'achat, en vue d'une plus grande rationalisation des dépenses publiques et l'incitation à la réalisation d'économies de gestion.¹

La dématérialisation de la soumission sera introduite de manière progressive, selon le type d'acheteur public, son niveau de qualification, le seuil du marché et la nature des prestations (travaux, fournitures, services). Les modalités et les conditions de recours et de mise en œuvre des enchères électroniques inversées sont fixées par arrêté du ministre chargé des finances après avis de la commission des marchés. Les préalables juridiques ont été préparés dans le cadre de refonte du décret relatif aux marchés de l'Etat, dans la perspective de la mise en œuvre des développements de la plateforme de dématérialisation. Le portail des marchés de l'Etat en est d'ailleurs la preuve, dans la mesure où sa mise en place a été perçue par les fournisseurs comme une traduction de la volonté du gouvernement à consacrer l'efficacité de gestion dans le domaine des marchés publics.

Il est également soutenu par les bailleurs de fonds et les partenaires internationaux, notamment l'OCDE, l'OMC, la Banque Mondiale, la Banque Africaine de Développement et l'Union Européenne qui inscrivent ces réalisations dans le cadre du développement des outils de bonne gouvernance au Maroc. Les points forts de ce système consistent en l'adaptation continue du dispositif juridique qui organise les achats publics et son ouverture sur les bonnes pratiques internationales. La réalisation d'un programme ambitieux de développement des technologies de l'information dans le domaine des marchés publics et les réalisations accomplies en la matière suscitent également l'intérêt des partenaires. Le Réseau africain des marchés publics a été créé par 13 pays dont 11 pays de l'UEMOA, le Royaume du Maroc et la Tunisie. Il se veut un espace de

¹ Chapitre VII, dématérialisation des procédures, Décret n° 2-12-349 du 8 jourmada I 1434 relatif aux marchés publics. B.O. n° 6140 du 4 avril 2013.

concertation et de coopération dans le domaine des marchés publics ouvert à tous les pays du continent. En effet, lors de la réunion de Rabat du 2 mars 2011, le Bureau exécutif a admis le Cap Vert comme nouveau membre du Réseau et a exprimé son intérêt à l'adhésion d'autres pays. Affirmé par Monsieur Bensouda, Trésorier Général du Royaume¹.

La dématérialisation de la commande publique s'inscrit également dans le cadre de l'Initiative Maghrébine de modernisation des marchés publics, avec comme cible la possibilité de favoriser l'accès transfrontalier aux marchés publics des différents pays de la région. Le déploiement du programme de dématérialisation de la commande publique s'étend sur une période de cinq ans et s'appuie sur 3 paliers techniques: Palier n°1 : Mise en œuvre du Portail et de la Base de Données des Marchés Publics; • Palier n°2 : Mise en œuvre des Plates-Formes de Dématérialisation des Offres et des Bases de Données Fournisseurs; • Palier n°3 : Mise en œuvre des Places de Marchés Virtuelles. Chaque palier intègre une phase pilote servant aussi bien de test que de support de communication avant une généralisation progressive (collectivités locales, établissements publics). Afin d'assurer les conditions de réussite pour la mise en œuvre de ce projet un certain nombre de chantiers ont été engagés et concernent, notamment, les volets réglementaire, de communication, de formation des utilisateurs et de conduite de changement.² Le recueil des besoins au niveau du programme de dématérialisation de la commande publique a commencé par un benchmarking international, se basant sur les expériences d'un certain nombre de pays notamment, la Corée du Sud, le Brésil, l'Italie, la Turquie et le Chili.³

La France a d'ailleurs été une pionnière en matière «d'administration électronique » puisque, dès les années 80, il était déjà possible de consulter le Journal Officiel ou de s'inscrire à des concours ou à l'université via le Minitel. Ces dernières années, avec le développement de l'internet, les gouvernements français successifs se sont rendu compte de l'importance de faire entrer la France dans la société de l'information et de mettre en place une administration mieux adaptée, plus rapide et plus efficace. Le gouvernement Jospin avait initié cette prise de conscience dans le fameux discours «préparer l'entrée de la France dans la société de communication » fait lors de l'université d'été à Hourtin en août 1997, et durant lequel M. Jospin avait fait l'exposé de son plan d'action gouvernemental pour la société de l'information (dit P.A.G.S.I.). Il avait alors été fixé un certain nombre d'objectifs comme de diffuser les outils numériques dans le système éducatif, d'adapter au numérique les outils de la politique culturelle, de lancer l'administration électronique, d'encourager le développement du commerce électronique et le passage à l'économie numérique ou de soutenir l'innovation et la recherche;

¹ Le 2ème forum du réseau Africain des marchés Publics tenu sous le thème « La dématérialisation de la commande publique : partage d'expériences », 1 et 2 mars 2011, Publié dans La Nouvelle Tribune le 10 - 03 - 2011 par Afifa Dassouli

² <https://www.marchespublics.gov.ma/pmmp/spip.php?article111&lang=fr>

³ BENABED Samira «une démarche qualité de la hauteur des enjeux du programme de dématérialisation de la commande publique », ALKHAZINA, R e v u e de la trésorerie générale du Royaume, op.cit, p 14.

développement ou bien encore de mettre en place les outils de régulation adaptés¹. De plus, le développement de l'administration électronique et de la société de l'information est largement soutenue au niveau européen que ce soit par la mise en place d'un projet commun (projet e-Europe2005) ou par l'adoption de textes communautaires favorisant la reconnaissance des échanges électroniques (et qui devront à terme être transposés dans l'ordre juridique marocain). Acheteurs publics et entreprises ont également intérêt à entrer dans ce processus de modernisation.

Les premiers parce qu'après une rationalisation de leurs organisations d'achat et de leurs procédures, ils renforceront leurs performances en termes d'efficacité économique, les seconds car ils bénéficieront d'une publicité élargie des procédures engagées, d'un accès facilité aux documents de ces consultations et de la possibilité de présenter leurs candidatures et leurs offres grâce à des outils sécurisés et plus rapides. L'Etat et les personnes publiques vont donc être de plus en plus amenés à agir dans un univers numérique et à utiliser les technologies de l'information et de la communication. Ainsi, les personnes publiques comme les autres acteurs sur Internet sont amenés à utiliser des outils comme la signature électronique, l'horodatage, la certification, le recommandé électronique, etc.

Nous allons entrer dans l'ère de la numérisation des actes administratifs et de la passation par les personnes publiques de contrats administratifs par voie électronique. Ceci est incontournable, car sinon comment concevoir une administration électronique dont les actes ne seraient pas eux-mêmes électroniques ? Comment concevoir une administration qui offrirait une téléprocédure et délivrerait seulement des actes papiers ? Comment imaginer que l'administration ne puisse bénéficier de la possibilité de passer des contrats électroniques ? Cela serait paradoxal et cela reviendrait à renoncer à tous les gains de temps, à tous les gains de productivité, ainsi qu'à l'amélioration du service rendu, liés à l'utilisation des technologies de l'information et de la communication. Pour autant, est-ce parce que le Conseil d'Etat a affirmé² qu'« il n'existe pas et il n'est nul besoin d'un droit spécifique de l'Internet et des réseaux : ceux-ci sont des espaces dans lesquels tout type d'activité peut être pratiqué et toutes les règles régissant un domaine particulier (publicité, fiscalité, propriété intellectuelle...) ont vocation à s'appliquer », que l'on ne se soucie pas du cadre juridique dans lequel les personnes publiques vont pouvoir utiliser ces « nouveaux » outils ?

Dans le domaine du commerce électronique, un constat s'impose : aucune loi ne définit les obligations et les responsabilités des prestataires techniques tels que les éditeurs de services (sites web), les hébergeurs, les fournisseurs d'accès, les moteurs de recherche et autres. Or, la fraude informatique, l'interception illégale de données informatiques, l'espionnage informatique, l'usurpation d'identité numérique sont autant de maux concrets

¹KESSLER (D), «Le contrat administratif face à l'électronique : Peut-il exister un contrat administratif électronique ?», mémoire en vue de l'obtention du DESS session de septembre 2003, p.5.

² Rapport du Conseil d'Etat, section du rapport et des études, «l'Etat et les réseaux numériques», Paris, 1998, la Documentation française.

qui accompagnent l'utilisation des nouvelles technologies et que la législation marocaine actuelle ne permet pas suffisamment d'appréhender. Instaurer un régime de responsabilité adapté à chaque acteur et adapté au monde du numérique apparaît comme une évidence pour permettre d'installer la confiance dans le traitement des données numériques.

S'il existe quelques travaux sur le cadre juridique qu'il faut donner à l'administration électronique (notamment à l'égard de la protection des données personnelles ou de la diffusion des données publiques), il existe peu d'études¹, à notre connaissance, s'attachant à une vision concrète de l'administration électronique, c'est-à-dire qui se préoccupe de ce qui est le produit et le moyen de l'action administrative, à savoir les actes administratifs. En effet, une commune peut-elle délivrer une autorisation par voie électronique et ainsi produire un acte unilatéral électronique ? L'Etat peut-il passer un contrat de délégation de service public par voie électronique et donc passer un contrat administratif par voie électronique ? ; Ces questions sont essentielles, si nous voulons mettre en place une administration électronique effective. En outre, il n'y a pas plus de réponse dans le droit positif. La jurisprudence administrative en la matière est plus que pauvre. Il faut chercher dans le droit privé pour avoir des bribes de solutions. Mais faut-il encore qu'elles soient satisfaisantes du point de vue du droit administratif et reprises par ses juridictions. Comme nous ne pouvons pas répondre à toutes ces interrogations, nous avons décidé d'axer notre étude uniquement sur la problématique de la passation et l'exécution des contrats administratifs par voie électronique.

Avant toute chose, il convient de comprendre ce qu'est ce qu'un «contrat électronique» (ou contrat passé par voie électronique)? Selon M.Revêt², le contrat électronique désignerait «les opérations contractuelles dans lesquelles l'expression et, le cas échéant, la réalisation partielle ou totale des engagements s'opère grâce aux techniques électroniques de circulation d'informations». Pour lui, l'électronique ne constitue en la matière « qu'un moyen technique d'établissement de la relation constitutive d'un accord contractuel, voire, si l'objet des obligations le permet, un moyen technique d'exécution des engagements obligatoires». Le contrat électronique est caractérisé par son mode de conclusion, voire d'exécution. C'est pourquoi Revêt conclue que «la formule de contrat électronique désigne le contrat où l'électronique constitue une manière de contracter, voire de réaliser un contrat». Il pose de ce fait une définition assez large du contrat électronique puisque, dans un sens plus strict, il ne faut retenir comme définition du contrat électronique seulement celui des Contrats qui se concluent et s'exécutent totalement en ligne. Mais, qu'est-ce alors que le contrat administratif électronique, qui fait l'objet de la présente étude ? Tout d'abord, il s'agit d'un contrat administratif c'est à dire: «un contrat

¹ Notamment des rapports publics tels que le rapport de Carcenac (T), «Pour une administration électronique citoyenne - Méthodes et Moyens», La documentation française, 2001 ; le rapport de TRUCHE (P), «Administration électronique et protection des données personnelles», La documentation française, 2002 ; le rapport Lasserre, «l'Etat et les technologies de l'information – Vers une administration à accès pluriel», La documentation française, 2000 ; etc.

² Rapport introductif fait par Thierry Revet, lors des journées nationales de Toulouse en 2000, dans «Le contrat électronique», travaux de l'association Henri Capitant, Toulouse 2000, édition Panthéon-Assas, p.8

dans lequel l'administration est, d'une manière ou d'une autre, partie prenante, soumis à des règles spéciales de droit administratif et relevant de la compétence de la juridiction administrative».

Un contrat est de ce fait de droit public «à la fois parce qu'au moins une des parties est une personne publique et parce que le régime juridique applicable relève du droit public, ce qui signifie qu'il est autonome par rapport au Code Civil et sous tendu par l'intérêt général et que le juge administratif est compétent sur les litiges». Ainsi, pour reprendre, en la modifiant, la formule de Revêt, le contrat administratif électronique serait « le contrat administratif où l'électronique constitue une manière décontracter, voire de réaliser un contrat ». L'électronique n'est pas censée changer la définition du contrat administratif, ainsi un contrat administratif électronique reste avant tout un contrat administratif à la seule différence que les moyens de passation ou même de réalisation du contrat sont électroniques.

En droit administratif comme en droit privé, l'électronique n'est qu'un support à la passation du contrat. Par ailleurs, la procédure de passation du contrat administratif étant complexe, de point de se demander si toute la procédure de passation doit être réalisée de manière électronique pour entraîner la qualification de contrat administratif électronique¹. Revenant à l'essence même du contrat, il s'agit d'un échange de volonté faisant naître des obligations. C'est pourquoi, un contrat est électronique quant, au minimum, l'échange des consentements se fait par le biais de procédés électroniques. S'il faut une définition plus stricte, elle ne sera pas en adéquation avec la réalité de l'univers contractuel. En effet, à l'heure actuelle, il est encore improbable qu'un Contrat administratif puisse être passé de bout en bout de manière électronique. De plus, cela ne correspondrait pas à la réalité des besoins du monde des affaires, qui aspire plus à une mixité des procédés qu'à une toute électronique. De même, cela serait considéré comme des contrats classiques ; des contrats qui ont une vraie spécificité. La reconnaissance du contrat administratif électronique risque de se heurter à des Problèmes juridiques similaires, c'est pourquoi se pose la question de l'intégration du support électronique dans la procédure administrative.

Tout comme l'intégration de ce nouveau support dans le droit privé suscite des bouleversements légaux et des questionnements juridiques, il y a fort à parier que le phénomène se produira aussi en ce qui concerne le droit public. Par exemple, même si la preuve est libre en droit administratif, nul ne sait si le juge va admettre l'écrit électronique et dans quelles conditions ? Il en va de même s'agissant de la compatibilité de certaines procédures administratives avec ce nouveau support, or de là ; découle la validité de certains contrats administratifs. La question de la passation électronique du contrat administratif n'est pas sans intérêt du point de vue de la réflexion juridique :

Intérêt théorique : elle implique des enjeux économiques et organisationnels tendant notamment à l'utilisation de la signature électronique par les personnes publiques ?, à la

¹Rapport introductif fait par Thierry Revet, «Le contrat électronique», op.cit, Consulter sur : <http://irjs.univ-paris1.fr>

modification des systèmes de passation des contrats (informatisation des procédures) ?, à des gains de productivité, à la délégation de la signature électronique ?, etc....

Intérêt pratique : Traiter du contrat administratif à l'épreuve de l'électronique, induit donc un grand nombre de questionnements, il implique de revisiter le droit des contrats administratifs à la lueur des problématiques liées à ce nouveau support. Cela suppose également d'envisager des questions concrètes tendant à la pratique et à l'usage de ces technologies. Ainsi, Il semble important de traiter dans cette thèse de la problématique suivante:«Dans quelles conditions et dans quelle mesure l'état actuel du droit administratif permet-il d'admettre la conclusion de contrat administratif par voie électronique»? Autrement, quelles sont les conséquences juridiques de cette «transmutation de l'instrumentum» au moment de la formation du contrat administratif électroniques ? Ne faut-il pas se soucier du cadre juridique encadrant l'utilisation de ces «nouveaux outils » ? Par ailleurs, quels sont les enjeux juridiques liés à la dématérialisation et leur impact sur les relations contractuelles ? Quelles sont les adaptations pour le contrôle de la passation et de l'exécution des marchés publics ? Comment l'utilisation de l'électronique implique la naissance d'un nouveau contentieux ? Le contrat administratif électronique soulève de ce fait de nombreuses interrogations dont les réponses supposent d'abord de nouvelles méthodes d'approche.

La méthode adoptée :

La méthode adoptée doit cependant être relativisée au regard de deux considérations. D'une part, la construction d'une modélisation juridique ce que peut signifier et receler, en pratique et dans toute son étendue, la matérialisation des marchés publics, impose nécessairement de maîtriser et de connaître les techniques et procédés assurant une sécurité juridique aux procédures dématérialisées. Aussi l'étude en question exige-t-elle un minimum d'analyse descriptive nécessaire à une compréhension correcte des Systèmes juridiques et techniques envisagés.

En effet, il est important de voir de quelle manière la chaîne de la dématérialisation peut se construire et comment il est possible de donner toute sa valeur probante à chacun des maillons de la chaîne. D'autre part, l'analyse des étapes de la vie d'un marché public renvoie nécessairement à des questions concrètes tendant à la pratique et à l'usage des technologies de l'information. En ce sens, cette analyse s'est appuyée à la fois sur les expériences de terrain et sur les réflexions internationales concernant ces questions. La démarche, plutôt conceptuelle, optée en l'espèce oblige, pour qu'elle soit valable, à confronter les questionnements théoriques avec les données du droit positif et de la pratique.

De la sorte, ce travail tentera d'éviter l'écueil majeur qui consisterait à faire abstraction de concepts substantiels (authenticité, original, preuve, consentement, délégation, fourniture/prestation, conservation, contrôle...) pour se concentrer exclusivement sur les expériences concrètes de l'utilisation de l'électronique pour les actes administratifs.

Les problèmes rencontrés :

Alors que l'on constate en droit privé une multitude d'étude sur le contrat électronique (preuve et signature électronique, commerce électronique, etc.), l'inexistence presque complète, en droit public, de travaux sur le contrat administratif dématérialisé ne laisse de surprendre. A ce niveau, il convient de noter la rareté ; vu même l'absence des références marocaines qui traitent la problématique du contrat administratif électronique, on ne peut compter que sur quelques travaux gouvernementaux autour desquels se rallie quelquefois la doctrine étudie tel ou tel contrat administratif déterminé dans le contexte électronique : il s'agit essentiellement des marchés publics dématérialisés. De toute évidence, nous étudierons la problématique des marchés publics informatisés en tenant de poser les problèmes et d'apporter les solutions d'un bout à l'autre de la vie dudit contrat. Le thème abordé demeure, malgré tout, prospectif, dès lors que les quelques litiges évoqués n'ont pas encore donné lieu à une jurisprudence significative. Il est apparu en effet, au cours de notre étude que, bien que les préoccupations juridiques soient importantes, le cas concrets soumis à la discussion restent très rare. Chose qui nous a conduit à la recherche en droit comparé, à noter en droit international et plus précisément en droit français; et de se déplacer pour chercher les ouvrages et la documentation nécessaire pour répondre aux exigences de cette recherche, afin d'être au niveau requis.

Plan de l'étude :

Étudier l'évolution du contrat administratif au travers du prisme des marchés publics dématérialisés invite, en premier lieu, à envisager les conséquences de l'utilisation des communications électroniques sur « le droit commun » du contrat administratif. Mais cette étude implique, en second lieu, d'appréhender les enjeux juridiques liés à la passation et l'exécution du contrat en ligne. Ce double perspectif étant susceptible de générer une complexité formelle du discours, il convenait de structurer ce dernier de la façon la plus simple possible. C'est pourquoi après avoir examiné l'instant juridique de la formation du contrat administratif électronique nous aborderons ensuite l'étude de la période de son exécution. Cette « visite » de la vie du contrat permettra ainsi de vérifier l'influence de la modernité sur l'un des plus anciens objets du droit administratif marocain D'où les deux parties suivantes :

Partie I : La formation du contrat administratif dématérialisé.

Partie II: La reconnaissance juridique des procédures dématérialisées d'exécution des marchés publics.

PREMIERE PARTIE : LA FORMATION DU CONTRAT ADMINISTRATIF ELECTRONIQUE

La technique contractuelle repose sur un accord de volonté, entre deux ou plusieurs parties, destiné à produire des effets de droit. Le contrat fait la loi des parties. Il s'impose à elle. Il n'est applicable qu'à elle. C'est sans doute la raison pour laquelle l'administration agit, traditionnellement, par acte unilatéral et non par voie contractuelle. *L'imperium* est plus important en droit administratif¹, que le consentement. Mais, à l'époque contemporaine, les procédures conventionnelles se sont développées². Il est un domaine, constituant une des modalités d'intervention économique de l'Etat, où le recours à des techniques d'inspiration contractuelle a toujours existé, l'achat public.³

Le contrat administratif électronique présente certaines spécificités dues, d'une part au fait que sa matière est distincte de celle du papier qui est classiquement la norme et, d'autre part, à des distances, de divers ordres, qui interviennent lors de la formation du contrat. Encore faut-il préciser ce qu'entend par le terme « formation »⁴. Les contrats conclus via Internet ne sont pas une nouveauté juridique, la vente par correspondance ayant depuis longtemps contribué à la réglementation de tels contrats. Cependant, la nouveauté réside dans le fait que le support électronique libère le contrat de son enveloppe écrit et le rend immatériel ou plutôt incorporel. Dans ce cas, seule la formation du contrat permettra de qualifier un contrat de contrat électronique. C'est essentiellement, la manifestation du consentement qui est en cause, puisque seule celle-ci est atteinte par la modification qui résulte du passage d'un support corporel (le papier) ou immatériel (verbal) à un support électronique, celui-ci étant un support matériel (il ya des inscriptions numériques physiques), néanmoins incorporel (les inscriptions ne sont pas saisissables à main nue, un contrat est électronique dès lors que sa formation c'est-à-dire sa manifestation et son contenu sont constatés électroniquement. Ce sont alors surtout des questions de forme et de preuve qui se posent.⁵ Mais la question de consentement, exigence de fond, pose des difficultés pour déterminer quand et où le contrat «entre absent» est formé.

¹ BOITEAU (CI.), «Contrats administratifs», J.CI. Administratif, vol.8, fasc. 605, p.p. 1-7.

² Selon M. Debbasch, la voie du commandement «est plus difficilement utilisable dès lors que l'administration est devenu envahissante et gère des activités banalisées. L'administration touche à tout ne peut plus se contenter d'utiliser l'autorité. Elle doit se faire accepter, négocier». DEBBACH (CH.), «Droit administratif», Paris, Economica, 2001, p. 519, l'auteur constate que «l'interventionnisme économique est un des domaines de prédilection des techniques conventionnelles. Plutôt que de taxer unilatéralement les prix, l'administration conclut avec les professionnels concernés des accords, c'est le régime de la liberté contractuelle des prix. Plutôt que d'obliger les industriels à s'implanter dans une région, la puissance publique conclura de leur installation dans une région défavorisée».

³ LICHERE (F.), «Droit des contrats publics », Paris, Dalloz, coll. «Mémentos», 2005, p. 2.

⁴ Selon le Vocabulaire juridique H. Capitant, le terme de formation est un synonyme de conclusion qui « désigne aussi bien la phase d'élaboration du contrat que l'aboutissement de celle-ci marquée par la réunion de toutes les conditions nécessaires à la perfection de l'accord et à la naissance de l'obligation ».

⁵ Selon PIERRE CATALA, «le contrat électronique n'existe pas, ni comme genre, ni comme espèce. Il n'ya pas un contrat électronique comme il ya un contrat de vente ou de travail ou tout autre contrat spécial (...) tout contrat peut ou pourra être passé par la voie électronique, sauf des exceptions qui seront limitativement dénombrées (...) en un mot, l'expansion du commerce électronique n'entraînera pas une révision déchirante des conditions de fond qui gouvernent les engagements de l'entreprise. C'est dans le

En droit public, au contraire, du droit privé, de nombreuses dispositions viennent limiter la liberté contractuelle¹, notamment, pour garantir que l'administration agit de façon égale à l'égard de ses différents cocontractants. La dématérialisation du contrat administratif ne doit pas faire disparaître ce formalisme. La nécessité de répondre tant au besoin de sécurité juridique qu'au besoin de sécurité technique apparaît comme une priorité dans un contexte où les échanges sont dématérialisés. Tout l'enjeu est de savoir quelles sont les conditions juridiques à remplir pour que les échanges par voie électronique aient la même valeur que les échanges sur support papier. La «dématérialisation des contrats et marchés publics» n'échappe pas à cette règle.

Dans cet intitulé, deux expressions bien distinctes: «dématérialisation» et «contrat et marchés publics». La première évoque l'idée selon laquelle toute modernisation du droit de la commande publique dans ce domaine intègre un ensemble de pratiques et de règles déjà mises en place, au moins dans le secteur privé. La seconde expression rappelle, en revanche, la part incompressible de particularismes qu'il y a inévitablement dans une opération de dématérialisation des contrats et marchés publics. Les deux expressions forment un ensemble qui doit, tant bien que mal, faire rentrer certaines pratiques tirées du commerce électronique dans le cadre, parfois rigide, du droit de la commande publique.

En premier lieu, il est à examiner les règles en matière de conclusion du contrat public électronique, afin d'apprécier leur portée juridique et leur transposition dans l'univers électronique (**TITRE I**). En second lieu, il conviendra d'étudier les procédés de passation du contrat administratif électronique (**TITRE II**).

domaine des formes que s'inscrit le chargement», CATALA (P.), «L'engagement électronique de l'entreprise », Revue des sociétés, 200, chron, p. 258.

¹ Cela se vérifie tant dans la capacité de contracter que dans le choix du cocontractant, BRECHON-MOULENES (C), «Choix des procédures, choix dans les procédures», AJDA, 1998, p. 753.

TITRE I : Les règles en matière de conclusion du contrat public électronique.

Le contrat administratif est un contrat passé par une personne publique ou pour son compte et soumis à la compétence et au droit administratif soit par disposition expresse de la loi, soit en raison de la présence de clauses exorbitantes du droit commun dans ses stipulations, soit parce qu'il confère à son titulaire une participation directe à l'exécution d'une activité de service public. La formation des contrats passera par l'échange préalable du consentement de chacune des parties à l'acte. En effet, dans son article 2, le DOC définit quatre conditions essentielles pour la validité d'une convention¹: Le contrat a un caractère obligatoire qui lui donne «force de loi».

Les règles de la distribution électronique relèvent bien entendu du droit commun, qui s'applique à tout type de relations contractuelles lorsque celles-ci ne sont pas soumises à un régime juridique particulier. Mais aussi du droit commercial², qui définit les deux seuls contrats (d'agences commerciales et de commissions), du droit des nouvelles technologies (échanges électroniques de données juridiques et protection des données à caractère personnel) et enfin, la quatrième source du droit du commerce électronique³ formé par les usages commerciaux internationaux, tels qu'établis par de grandes organisations internationales intergouvernementales (en particulier la CNUDCI⁴ et UNIDROIT)⁵ et non-gouvernementales (la CCI en particulier)⁶. A ce point, il convient de mettre l'accent sur les règles en matière de formation du contrat public dématérialisé

¹ En effet, l'article 2 du DOC énonce que « les éléments nécessaires pour la validité des obligations qui dérivent d'une déclaration de volonté sont : -1° La capacité de s'obliger, -2° Une déclaration valable de volonté portant sur les éléments essentiels de l'obligation -3° Un objet certain pouvant former objet d'obligation - 4° Une cause licite de s'obliger.

² Dahir n° 1-96-8-83 du 15 rabii 1417 portant promulgation de la loi n° 15-95 formant code de commerce B.O n° 4418, (3/10/1996), p.606.

³ جاء بالقانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 9 غشت 2000 المتعلق بالمبادلات و التجارة الإلكترونية الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 64 الصادر في 11 غشت 2000، ص 2084، تعريف التجارة الإلكترونية في فصله الثاني بكونها " العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية " و التي عرفها بدورها بأنها " المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية أما الفقه فقد قدم تعريفا أشمل، منها ما اقترحه عبد الرحمان السند منتقدا التعريف التشريعي المشار إليه بقوله " هي عملية تبادل السلع و الخدمات بفرض الربحية عبر الوسائل الإلكترونية (الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية، الرياض، ودار الوراق بيروت، الرياض دمشق، الطبعة الاولى، ص 117 و هو تعريف يوافق التعريفين المقترحين في التوصية الأوروبية بشأن التجارة الإلكترونية المؤرخ في 28 فيفري 2000، الأول: يعتبر التجارة الإلكترونية " إحدى خدمات مجتمع المعلومات و المتمثلة في إبرام عقود يعوض عن بعد (بيع السلع و الخدمات) بواسطة تجهيزات إلكترونية في إعداد المراسلات (بما في ذلك الضغط الرقمي و تخزين المعلومات بطلب فردي من المستفيد من الخدمة" و يستند هذا التعريف إلى تعريف أشمل منه للعقد عن بعد تضمنه الفصل 2 فقرة 1 من التوصية الصادرة عن البرلمان و مجلس الاتحاد الأوروبي في 20 ماي 1997 المتعلقة بحماية المستهلك في إطار نظام بيع أو إسداء خدمات عن بعد تشمل كل مراحل العقد بما فيها إبرامه أصلا" أنظر في هذا التعريف :

JVLIA-BRLELO (R), et MONTERO (E) et SALVANN (A) « la proposition de directive européenne sur le commerce électronique : questions choisies, in commerce électronique le temps des certitudes », Cahiers du centre de recherches : Informatique et droit, Namur (Belgique) Bruylant Bruxelles- Beyrouth, 2001, p.p. 1 et 5.

التعريف الثاني: فيعتبرها " مجموع المبادلات الإلكترونية المرتبطة بنشاطات تجارية تجمع مؤسسات اقتصادية سواء فيما بينها أم مع الإدارة أم مع المستهلكين " أنظر في هذا التعريف:

VANDAELE (Q), « la Fiscalité Indirecte des transactions électroniques, in, commerce électronique, le temps des certitudes », éd Bruylant, aout 2000, p.p. 147- 148.

⁴ Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, le 21 juin 1985.

⁵ Institut international pour l'unification du droit privé, fut créé en 1926 comme organe auxiliaire de la Société des Nations ; après la dissolution de celle-ci, il fut reconstitué en 1940 en vertu d'un accord multilatéral.

⁶ Chambre de commerce et d'industrie.

(**Chapitre I**), avant de traiter la question du contrat électronique comme nouvel environnement des relations contractuelles (**Chapitre II**).

CHAPITRE I : Les règles en matière de formation du contrat public dématérialisé

La volonté de la personne publique s'exprime dans un cadre et selon des modes particuliers portant la marque du droit public¹. En effet, par le phénomène de «dématérialisation des supports», les acteurs seront invisibles les uns pour les autres, remettant ainsi en cause l'existence même de leur consentement. La formation des contrats de l'administration est pour l'essentiel régie par le décret des marchés publics, celui-ci étant applicable à tous les contrats conclus par l'administration dès lors qu'ils dépassent un certain montant. Ces contrats sont nécessairement écrits et passés selon certaines procédures.² Or l'acte sous forme électronique est dématérialisé, c'est-à-dire qu'il ne repose plus sur un support papier. Ainsi, le formalisme qui gouverne la conclusion des contrats publics conduit à s'interroger, sur les normes et régime du contrat électronique (**Section I**) d'une part ; et sur la question de la qualification juridique du contrat administratif électronique d'autre part (**Section II**).

Section I : La multiplicité des normes encadrant le contrat électronique

La possibilité de conclure des contrats sur le support électronique a, par exemple, posé plusieurs interrogations concernant l'identification des parties, la manifestation de leur consentement, la preuve de leur entente et la responsabilité des intermédiaires techniques. Il est nécessaire alors de définir les bases sur lesquelles reposeraient les nouveaux rapports contractuels. En réponse, il est connu désormais une architecture technique et juridique des contrats électroniques dont l'objet consiste essentiellement à établir leur sécurité et à circonscrire leur valeur probatoire. Comment alors expliquer que l'architecture technojuridique qui caractérise le contrat électronique ne trouve pas ses fondements dans la pratique contractuelle la plus répandue? Ce décalage témoigne certainement du caractère prospectif de la construction technojuridique du contrat électronique, mais pourrait également révéler l'influence prédominante de certaines technologies dans l'élaboration de cette architecture.

¹ Au Maroc le contrat est réglementé par le DOC (Dahir des obligations et contrats)¹, texte législatif datant de 1913 et qui a été institué par les autorités du protectorat français. Le DOC comprend deux grandes parties : l'une relative aux obligations en général et l'autre relative aux différends contrats déterminés et aux quasi-contrats qui s'y attachent tels que la vente, l'échange, le louage, le dépôt et le séquestre, le mandat, le prêt, l'association, le contrat aléatoire, la transaction, le cautionnement, le nantissement et les différentes espèces de créanciers. Mais les contrats sont aussi régis par le code de Commerce tel qu'il fût modifié par le DH n° 1-96-8-83 du 1er Août 1992. Il s'agit particulièrement des contrats commerciaux : le nantissement avec dépossession et sans dépossession. Le contrat d'agence commerciale, (Art. 393 du C.C), le courtage, la commission et le crédit-bail (Art. 431 à 442), le contrat de transport des personnes et des choses (Art.443 à 486), contrats bancaires (Art. 487 à 528), la cession des créances professionnelles (Art. 529 à 536), le nantissement des titres (Art. 537 à 544). Le DOC comme le code de commerce apparaît comme des codes libéraux mettant l'accent sur la liberté individuelle et sur la volonté humaine.

² BRUERE (J.C), « Le consensualisme dans les contrats administratifs », RDP, n° 6, 1996, p. 1749.

C'est du moins l'hypothèse qu'il faut envisager après avoir dressé le portrait de la multiplicité hétérogène et concurrentielle caractérisant actuellement les normes (§1) et le régime encadrant le contrat électronique¹ (§2).

§1) L'influence de la technologie sur la production de normes :

La multiplicité des normes encadrant le contrat électronique est d'abord synonyme d'hétérogénéité : des normes techniques, contractuelles et législatives (A), technojuridiques (B) viennent définir les ententes réalisées par le biais de ce support technologique.

A- Les principales normes du contrat électronique :

Les normes que se soit techniques (a) ou contractuels (b) du contrat électronique ont principalement pour fonction d'assurer l'intégrité matérielle du contrat électronique, de manière à éviter son éventuelle altération, et de garantir l'identité des parties qui, souvent dans ce cas, contractent à distance.

a. Les normes techniques du contrat électroniques:

Une fonction de confidentialité peut être recherchée lorsque l'entente s'effectue sur un réseau ouvert comme Internet, plus facilement soumis au risque de l'interception. Suivant la poursuite de ces différentes fonctions, les normes techniques consistent généralement à consacrer un dispositif particulier² (de signature et/ou d'intégrité, comme une clé privée PGP³), à établir un protocole de communication sécurisé (comme le protocole SSL⁴) ou

¹ LABBÉ (É), « La multiplicité des normes encadrant le contrat électronique : l'influence de la technologie sur la production de normes », Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique CRDP/ CECOJI, Montréal, 19 décembre 2003.p.p.1-2.

² A envisager qu'une entreprise ou encore une institution étatique oblige ses partenaires à recourir à une technologie de signature particulière pour toute entente conclue ou communication passée avec elle sur le support électronique. Par exemple, une directive administrative du gouvernement du Québec révèle que les transactions électroniques et l'échange d'information sensible en milieu gouvernemental (phase intérimaire) ou avec l'appareil étatique québécois (seconde phase) seront effectués grâce à l'utilisation de la cryptographie asymétrique, mettant ainsi en œuvre la décision de 1999 du Conseil du Trésor de doter le gouvernement du Québec d'une infrastructure à clés publiques gouvernementale (ICPG). En outre, ce document précise que les clés privées de chiffrement devront correspondre à des Spécifications techniques pour l'infrastructure à clés publiques gouvernementale, qui seront déterminées par le Conseil du Trésor en tant que gestionnaire des encadrements administratifs et technique (GEAT). CONSEIL DU TRÉSOR, Directive sur les services de certification offerts par le gouvernement du Québec pendant la phase intérimaire, mars 2004, en ligne : http://www.autoroute.gouv.qc.ca/publica/pdf/Directive_sur_les_services_de_certification.pdf.

³ Créé par Phil Zimmermann, PGP est un logiciel de chiffrement qui utilise la cryptographie asymétrique et dont l'acronyme signifie Pretty Good Privacy. PGP est aujourd'hui considéré comme le standard *de facto* pour le cryptage des courriers électroniques. LABBÉ (É), «La multiplicité des normes encadrant le contrat électronique : l'influence de la technologie sur la production de normes», op.cit. p.3.

⁴ Le protocole SSL, pour Secure Sockets Layers, est un procédé de sécurisation des communications Internet qui repose sur un procédé de cryptographie asymétrique. Intégré dans les principaux logiciels de navigation et assurant principalement la confidentialité des communications, son utilisation est largement répandue en matière de transactions bancaires, de paiement électronique et d'accès personnalisés (courrier électronique sur interface Web, communications de données personnelles avec l'État (impôt sur le revenu, par exemple), etc.). En d'autres termes, SSL est aujourd'hui une norme technique de fait pratiquement incontournable. Ibid. p.3.

encore à définir les caractéristiques d'un certificat numérique produit par un tiers pour attester de l'identité d'une partie et du lien qui l'unit à un procédé d'identification donné (la norme X.509¹ par exemple). Les règles qui régissent l'accès à un répertoire de certification, la validité des certificats ainsi que les procédures d'enregistrement et d'identification nécessaires à l'obtention d'un certificat viennent ensuite parfaire le processus technique de «sécurisation » du contrat électronique. Ces règles sont généralement déterminées par le certificateur et figurent en détail dans sa politique de certification.²

Les normes techniques encadrant les contrats électroniques sont entre elles gouvernées par les principes d'interopérabilité et d'efficacité. Leur élaboration doit prendre en compte non seulement l'environnement technique dans lequel elles s'inscrivent, mais également les dispositifs et autres normes techniques susceptibles d'affecter leur fonctionnement et leur essor. Les mécanismes et normes techniques qui ne suivent pas l'état de la pratique et les standards actuels risquent au contraire la marginalisation et l'obsolescence. La nature des normes techniques du contrat électronique est plurielle. Il peut s'agir de normes de fait, qui ont vu le jour grâce à un monopole économique (pensons à l'hégémonie Microsoft et à son système d'exploitation) ou à l'efficacité d'une technique particulière (cryptographie asymétrique par exemple), ou encore de normes issues d'un organisme de normalisation, regroupant par exemple des acteurs de l'industrie (l'ISO³), des représentants nationaux intéressés (comme l'UIT⁴) ou des spécialistes mandatés par l'État. La reprise de ces normes par le droit est fréquente et peut servir plusieurs objectifs : encourager l'interopérabilité⁵, faciliter la preuve des contrats électroniques (notamment à l'aide d'une présomption de fiabilité⁶), déterminer la responsabilité des acteurs qui ne respectent pas certains standards techniques, etc.

¹ La norme X.509, depuis longtemps en usage, définit le contenu et la forme de certificats de clés publiques. Selon ce standard ISO, les certificats X.509 doivent être infalsifiables et sont en conséquence signés par une clé privée (normalement celle du certificateur) intégrant une fonction de hachage, ce qui permet ultérieurement de vérifier l'intégrité du certificat. En plus d'être une norme ISO et de faire l'objet d'une recommandation de l'Union internationale des télécommunications (UIT), X.509 est aujourd'hui une norme de fait très largement répandue, notamment en matière de certification de clefs publiques utilisées pour l'identification de sites Internet. LABBÉ (É), «La multiplicité des normes encadrant le contrat électronique : l'influence de la technologie sur la production de normes», op.cit. p.3.

² Par exemple, l'entreprise américaine Entrust précise la plupart de ces considérations dans son Énoncé de pratiques de certification pour serveurs Web SSL de novembre 2003, en ligne : <http://www.entrust.net/about/practices.cfm>.

³ International organisation for standardization (organisation internationale de normalisation).

⁴ Union internationale des télécommunications

⁵ Il s'agit d'ailleurs de l'un des principaux objectifs de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, L.R.Q. chapitre C-1.1 : « La présente loi a pour objet d'assurer [...] la concertation en vue de l'harmonisation des systèmes, des normes et des standards techniques permettant la communication au moyen de documents technologiques et l'interopérabilité des supports et des technologies de l'information » (article 1-5°). Particulièrement, cette mission devra être assurée, selon l'article 64-1°, par un comité multidisciplinaire créé par la loi.

⁶ L'article 417-3 de La loi 53.05 sur l'échange électronique des données juridiques, B.O n° 5584 , op.cit. p. 1359. Pose une présomption de fiabilité du procédé de signature électronique lorsque celui-ci est sécurisé, Il s'agit d'une présomption simple. Lorsque cet acte est horodaté, il a la même force qu'un acte légalisé ayant date certaine.

b. Les normes contractuelles :

Les normes contractuelles dont l'objet consiste à encadrer un contrat électronique, et non simplement à fixer les modalités de ses obligations principales, visent essentiellement à assurer une certaine sécurité juridique¹, rendue nécessaire par l'aspect technologique du contrat. La sécurité juridique comporte, sous cette normativité contractuelle, trois aspects principaux que sont: la formation du contrat électronique, sa force probante et la responsabilité relative à l'utilisation des dispositifs servant à conclure l'entente.

Les normes contractuelles relatives à la formation du contrat électronique visent à établir le mode technique d'expression de consentement des parties, de manière à éviter les aléas juridiques que le caractère technologique du contrat est susceptible de générer. Lorsqu'aucune relation durable n'existe entre les parties, comme c'est souvent le cas sur Internet, les modes techniques d'expression du consentement visés par le contrat consistent généralement en la transmission d'une confirmation électronique par l'une des parties, l'utilisation d'une ressource donnée ou encore le simple fait de cliquer sur un élément technique. Les clauses contractuelles suivantes illustrent ces pratiques : • Transmission d'une confirmation² : • Utilisation d'un site Web³ : • Clic⁴ : Si ces modes techniques d'expression du consentement sont largement utilisés dans la pratique contractuelle, elles ne font pas toujours l'unanimité : le fait que plusieurs clauses ne soient pas portées à l'attention du destinataire et, plus généralement, l'absence d'un certain formalisme, pourraient entacher leur validité⁵. Cette observation est toutefois sans fondement lorsqu'une relation de longue durée est projetée et qu'un contrat-cadre

Dans le même sens, l'article 1316-4 du Code civil français, tel qu'ajouté par l'article 4 de la Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, J.O. Numéro 62 du 14 Mars 2000, p. 3968. Pour bénéficier de cette présomption, les technologies de signatures électroniques devront avoir été évaluées et certifiées conformément au Décret no 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique, J.O. Numéro 77 du 31 mars 2001, p. 5070 et au Décret n° 2002-535 du 18 avril 2002 relatif à l'évaluation et à la certification de la sécurité offerte par les produits et les systèmes des technologies de l'information, J.O. Numéro 92 du 19 avril 2002, p. 6944

¹ BRUNET(P), « la sécurité juridique, nouvel opium des juges ? », Paru dans *Frontières du droit*, critique des droits, billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak, sous la (dir). De Champeil-Desplats (V) et Ferré (N), Paris, LGDJ, 2007, p.p. 247-250.

² « Il n'existera de contrat de vente entre vous et Amazon.fr qu'à compter de l'acceptation de votre commande par Amazon.fr. Cette acceptation sera réputée complète et sera réputée vous avoir été effectivement communiquée au moment de l'envoi par Amazon.fr d'un e-mail confirmant que votre produit vous a été expédié » ; Informations légales de Amazon.fr sur la formation du contrat de vent : <http://www.amazon.fr/exec/obidos/tg/browse/-/548526/171-4682667-4241041>

³ « Chaque fois que vous utilisez le site Web, vous signifiez que vous acceptez, sans limitation ou réserve, d'être lié par la présente convention » (Future Shop); Convention relative à l'utilisation du site web de Future Shop, novembre 2003. <http://www.futureshop.ca/informationcentre/fr/useagreement.as>

⁴ « Quand vous cliquez sur le bouton "Valider" après le processus de commande, vous déclarez accepter celle-ci ainsi que l'intégralité des présentes Conditions Générales de Vente pleinement et sans réserve » (Surcouf). Conditions générales de vente de Surcouf : <http://www.surcouf.com/institutionnel/cgv.asp>.

⁵ GAUTRAIS (V), « La couleur du consentement électronique », vol.16, n° 1, *Les Cahiers de propriété intellectuelle* 61. 2003. p79.

circonscrie le mode de formation des contrats sous-jacents¹, suivant l'exemple d'un contrat EDI². Dans ce cas, l'importance de la relation amène généralement les parties à formaliser leur entente principale par une signature manuscrite.

Le désir de garantir la valeur probante du contrat électronique fait aussi l'objet de certaines dispositions contractuelles. Ce besoin trouve sa rationalité dans le souci d'éviter que le caractère technologique du contrat empêche ou rende difficile sa mise en preuve devant un tribunal et ne prévienne ainsi son exécution légitime. Les parties peuvent en ce sens convenir que l'imprimé de leurs communications électroniques transmises par un processus sécuritaire pré-déterminé a pour eux la qualité d'un écrit original sur support papier³. Si ce type de clause caractérise les contrats-cadres du type EDI, il figure rarement au sein d'ententes plus ponctuelles, dont la valeur est souvent moins importante.

En outre, des dispositions d'ordre public risquent d'annuler ce type d'arrangement probatoire, notamment lorsque le législateur exige des formalités particulières (un document papier notamment) pour la conclusion de certains contrats⁴. Telles que figurées par la pratique, les normes contractuelles encadrant le contrat électronique constituent une normativité intransitive et personnalisable : si leur contenu est lié aux besoins spécifiques des différentes relations du commerce électronique, il dépend également du choix plus ou moins réfléchi des acteurs et de la liberté de négociation qui leur est effectivement laissée au sein de la relation contractuelle.

Cette liberté peu d'ailleurs être circonscrite par l'ordre juridique applicable au contrat, ce qui signifie que la normativité contractuelle demeure néanmoins juridiquement transitive, puisqu'elle demeure sujette aux règles dites d'ordre public.

* Les normes législatives : relatives au contrat électronique visent essentiellement à offrir un cadre juridique uniforme concernant les signatures électroniques, la valeur probante des documents technologiques et la responsabilité des acteurs jouant un rôle dans

¹ Par exemple : « Le contrat sous-jacent est supposé être conclu lors de la réception de l'accusé de réception par l'expéditeur de la confirmation de l'ordre d'opération ». Clause tirée du contrat-type rédigé par Vincent GAUTRAIS et Karim BENYEKHEF, Contrat de communication électronique de longue durée entre commerçants utilisant un « réseau ouvert », dans Daniel POULIN, Éric LABBÉ, François JACQUOT et Jean-François BOURQUE, Guide juridique du commerçant électronique, Montréal, Thémis, 2003, à la page 359. La précédente version de ce contrat concernait, par ailleurs, l'échange de documents informatisés (EDI).

² Echange de Données Informatisées (EDI).

³ Par exemple : « La Partie A et la Partie B reconnaissent également la qualité d'écrit original aux documents électroniques imprimés, comme s'il s'agissait de documents sur support papier, dès lors qu'ils répondent à un processus de transfert sécuritaire ». Vincent GAUTRAIS et Karim BENYEKHEF, Contrat de communication électronique de longue durée entre commerçants utilisant un « réseau ouvert », dans Daniel POULIN, Éric LABBÉ, François JACQUOT et Jean-François BOURQUE, Guide juridique du commerçant électronique, op.cit, p. 350.

⁴ À titre d'illustrations, le législateur québécois exige le support papier pour certains contrats de courtage immobilier ou contrats de consommation, notamment en matière de crédit ou de vente itinérante. Article 34 de la Loi sur le courtage immobilier, L.R.Q. chapitre C-73.1 et article 25 de la Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q. chapitre P-40.1, tels que modifiés respectivement par les articles 99 et 101 de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, note 7.

l'architecture technique du contrat électronique¹. S'agissant sensiblement des mêmes objectifs que ceux poursuivis par les normes contractuelles, il apparaît étonnant de constater que les normes législatives encadrant le contrat électronique ont peu de parenté avec ce qui constitue aujourd'hui la pratique contractuelle du commerce électronique sur Internet. Le contenu législatif actuel semble plutôt se faire l'écho d'une architecture technique qui, bien qu'existante et fonctionnelle, est rarement utilisée pour la conclusion de contrats électroniques. L'inadéquation de la pratique contractuelle du commerce électronique sur Internet avec l'architecture technique et juridique du contrat électronique est plutôt déconcertante.

Synonyme d'hétérogénéité, la multiplicité des normes encadrant le contrat électronique présente des allures de concurrence virtuellement incompatible avec les objectifs de confiance et de sécurité visés par l'œuvre législative en cette matière. Celle-ci apparaît dès lors comme un tout normatif prospectif, qui tend plus à encadrer la pratique d'un avenir plus ou moins proche qu'à circonscrire celle d'aujourd'hui, vraisemblablement considérée comme immature et transitoire². Quels sont de ce fait, les facteurs qui ont contribué à construire un cadre réglementaire dont le contenu doit davantage à la projection qu'à la réaction ?

B. Les normes techno-juridiques du contrat électronique :

La question est de savoir si la technique est-elle plus déterminante que les besoins formalisés par la loi ou ces derniers sont-ils, au contraire, les instigateurs des critères techniques établis par le législateur? La réponse à cette interrogation dépend largement du postulat épistémologique à partir duquel peut concevoir la relation entre la technique et l'Homme. S'agit-il du déterminisme technique, pour lequel la technique constitue une réalité autonome qui détermine les choix sociétaux³, ou plutôt d'un déterminisme cartésien, qui subordonne les choix techniques à la volonté humaine? Sous le paradigme du déterminisme technique d'abord, le principe fondateur de la technique, l'efficacité,

¹ En droit marocain, deux types de règles sont applicables au contrat électronique: les règles générales puisées du régime de droit commun des obligations et des contrats contenues dans le DOC ; les règles spéciales prévues par le Dahir n° 1-07- 129 du 19 kaada 1428 (30 novembre 2007) portant promulgation de la loi n° 53-05 relative à l'échange électronique de données juridiques et intégrées au DOC. Au Québec, la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, note 7, contient l'essentiel de ce cadre juridique uniforme. En France, les normes spécifiques au contrat électroniques résultent de la Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, précitée, note 8, qui transpose la Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, J.O L 13/12 du 19 janvier 2000.

² عبد الفتاح بيومي حجازي، "مقدمة في التجارة الالكترونية العربية، الكتاب الأول شرح قانون المبادلات و التجارة الالكترونية التونسي"، دار الفكر الجامعي، 2003، ص.7. و يضيف المؤلف " أن المشرع العربي قد تأخر كثيرا في شأن تنظيم الأمور التي تتعلق بالمعلوماتية التي كانت تتاج التقدم العلمي الهائل في الحاسب الآلي و تطبيقاته ووسائل الاتصال الحديثة و تطبيقاتها و منها تقنية الانترنت. ذلك أن الكثير من الدول منذ ما يزيد عن عشرين عاما مضت في أوروبا و كذلك كندا و الولايات المتحدة قد سبقت المشرع في البلدان العربية نحو تقنية الأمور التي ترتبط باستخدامات الحاسب الآلي و كذلك المشكلات التي أفرزها هذا الاستخدام".

³ La pensée d'ELLUL (J), " Le système technicien", reflète bien la perspective du déterminisme technique. Pour ce philosophe et juriste, l'intervention humaine est secondaire et renvoie inéluctablement le technicien à un rôle instrumental, un outil au service d'une technique autonome, qui ne « dépend que d'elle-même » et qui « trace son propre chemin », Paris, Calmann-Lévy, 1977, p. 137.

engage toute décision sur une voie essentiellement technicienne¹ : l'existence de procédés techniques très sécuritaires, comme certains dispositifs cryptographiques, définit les besoins de sécurité du commerce électronique.

Sous le paradigme opposé, celui du déterminisme cartésien, la technique est autrement : confinée au rang de simple outil, elle devient le moyen par lequel les aspirations économiques, politiques et autres peuvent s'exprimer. La volonté, le temps et l'argent sont les seules limites au développement de techniques efficaces et appropriées. Ainsi, les critères juridiques de non répudiation et d'inaltérabilité résultent exclusivement et logiquement de la «nécessaire» confiance en l'économie numérique et de son pendant juridique, le besoin de prévisibilité des normes. L'une et l'autre de ces hypothèses exposent des réalités bien différentes. On ne peut avec exactitude identifier lequel des deux déterminismes apparaît le moins artificiel. Ce ne sont, après tout, que des simplifications paradigmatiques que la réalité, toujours plus complexe, dépasse. L'idée du déterminisme technique néglige, par exemple, le rôle des rationalités étrangères à la technique, comme le besoin de sécurité juridique, dont l'expression est certes plus ancienne que le commerce électronique². Sans un tel souci de prévisibilité, les normes législatives encadrant le contrat électronique seraient probablement moins nombreuses et pointues, laissant largement aux tribunaux le soin de séparer, en cette matière, le vrai du faux électronique.

En retour, le déterminisme cartésien n'est guère plus valable. D'une part, le postulat selon lequel la technique sert fidèlement les aspirations humaines ne prend pas en compte le fait que la technique pose souvent ses propres conditions³ : elle offre un ensemble de solutions opérables parmi lesquelles il faut choisir. Cette contrainte signifie que certains besoins, comme la sécurité, peuvent recevoir une expression technique différente (en dessous ou en-dessus) de ce qui est désiré. D'autre part, l'instrumentalisation de la technique est une idée qui oublie trop souvent les particularismes des techniques choisies et les nouveaux besoins qu'ils sont susceptibles de faire naître. La non transparence des technologies du contrat électronique emporte, par exemple, l'élaboration de clauses contractuelles d'exclusion de responsabilité des acteurs techniques, clauses inexistantes en ce qui

¹ Cette perspective technocratique, selon laquelle la société moderne est déterminée par une logique du progrès scientifique et technique, a notamment été développée par HABERMAS (J.), " La Technique et la Science comme idéologie (1963) ", trad. LADMIRAL (J.R), Paris, éd. Denoël, 1973, p.p. 45- 46. Selon l'auteur, le processus de formation démocratique de la volonté politique serait guidé et contraint par une idéologie technoscientifique, de manière à ce que les décisions visant un besoin fonctionnel écartent toute alternative à la logique rationnelle de la techno science.

² Sur cette question, Jacques Chevallier remarque que l'ordre juridique, en tant que facteur de sécurité et de stabilité sociale, doit se présenter comme un ensemble cohérent, intégré et monolithique. Visant à répondre à ce besoin de prévisibilité, la communauté juridique tend vers un ensemble cohérent, rationnel et logique de normes juridiques, relevant d'une identité commune. CHEVALLIER (J), «L'ordre juridique », dans CHEVALLIER (J) et LOCHAK (D), (dir.), Le droit en procès, Paris, PUF, CURAPP, 1983, p. 7.

³ Comme le note Gilbert HOTTOIS, « Le signe et la technique », la technique ne relève pas de l'ordre du symbole, mais plutôt de l'ordre de ce qui est opératoire. En conséquence, la technique entretient avec l'Homme une relation particulière l'empêchant de matérialiser toutes ses aspirations symboliques, Paris, Éditions Aubier Montaigne, 1984, p. 73 et 74.

concerne les contrats sur support papier. Dans ce dernier cas, les défaillances du moyen de signature (stylobille, plume) ou du support papier, comme l'apparition de taches, l'insuffisance de l'encre ou la décomposition du papier, sont plutôt évidentes, transparentes.

L'univers numérique du contrat électronique est moins cristallin, puisqu'il met en œuvre des processus abstraits dont le succès peut être apparent et trompeur. La multiplicité des normes encadrant le contrat électronique se caractérise par une construction technojuridique rarement au diapason de la réalité qu'elle entend régir. Vu cette multiplicité ; l'adaptation d'un nouveau régime spécifique à ce genre de contrat semble nécessaire.

§2) Le nouveau régime du contrat électronique :

En droit marocain, deux types de règles sont applicables au contrat électronique: Les règles générales puisées du régime de droit commun des obligations et des contrats contenues dans le DOC¹ et les règles spéciales² (A). Ces règles intéressent l'offre et l'acceptation qui président à la formation du contrat électronique, l'équivalence de l'écrit électronique à l'écrit support papier, la signature électronique et l'archivage électronique dont la nécessité de mettre l'accent sur les nouvelles règles définissant le régime du contrat électronique (B).

A) L'adaptation des normes existantes au contrat électronique :

Le chapitre premier du titre premier du livre premier du dahir formant code des obligations et des contrats est complété par un article 2-1 ainsi conçu d'une part l'adaptation des règles de forme au contrat électronique (a) et d'autre part l'interchangeabilité de l'écrit électronique et de l'écrit sur support papier (b).

a. L'adaptation des règles de forme au contrat électronique :

Le principe de l'adaptation des formes "ad validitatem" à l'acte électronique est posé par l'art. 2-1. Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 417-1 / 417-2 du D.O.C³. La mention manuscrite peut être faite sous forme électronique si ceci garanti le fait que la personne seule peut écrire la mention. Néanmoins, cet article exclut de ces

¹ Le contrat électronique, comme n'importe quel contrat, doit répondre aux conditions générales de forme et de fond prévues par le DOC. En d'autres termes, les parties au contrat électronique doivent, d'une part, s'entendre sur les conditions substantielles du contrat, et d'autre part, recourir à un écrit pour établir leurs droits et leurs obligations lorsque l'enjeu du contrat excède 10000 dirhams. Texte législatif précité, datant de 1913 et qui a été institué par les autorités du protectorat français. Dahir (9 ramadan 1331) formant Code des obligations et des contrats.

² prévues par le Dahir du (30 novembre 2007) portant promulgation de la loi n° 53-05 relative à l'échange électronique de données juridiques et intégrées au DOC : Ces règles spéciales ont été édictées par le législateur marocain pour tenir compte des spécificités qui caractérisent le contrat électronique, et pour sécuriser le commerce électronique. Le Dahir n° 1-07- 129 du 19 kaada 1428 (30 novembre 2007), portant promulgation de la loi n° 53-05 relative à l'échange électronique de données juridiques, précité.

³ «Lorsqu'une mention écrite est exigée de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même ». Autrement l'art. 2-1 admet la validité d'un acte juridique devant être établi par écrit, lorsque celui-ci est établi ou conservé sous la forme électronique. Article 2-1 du D.O.C précité.

dispositions les actes relatifs à l'application des dispositions du code de la famille, les ASSP concernant les suretés personnelle ou réelles civiles ou commerciales, sauf lorsqu'ils sont accomplis pour les besoins de la profession¹. L'article 417-1 confère la même force probante à l'écrit électronique que l'écrit sous forme papier, à condition qu'il permette à la personne dont il émane d'être dûment identifiée et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité². Le titre premier du livre premier du DOC comporte un chapitre 1er «bis» consacré aux contrats établis sous la forme électronique ou transmis par voie électronique (articles 65-1 à 65-7). Ce chapitre «bis» se réfère au chapitre 1er concernant les conditions de validité du contrat électronique, à l'exclusion des articles 23,30 et 32 concernant les offres sans délai et la mise aux enchères, questions envisagées dans le chapitre bis.³ Qui reconnaît la possibilité d'émettre des offres au public par voie électronique ou de mettre à leur disposition des informations sur des biens et services en vue de la conclusion d'un contrat⁴. Les informations nécessaires à la conclusion d'un contrat ou à son exécution peuvent être transmises par voie électronique si ce mode de transmission est accepté. Pour s'adresser aux professionnels, il est possible d'utiliser la voie électronique si leur adresse électronique a été communiquée. Le formulaire électronique est également reconnu⁵.

b. Vers une interchangeabilité de l'écrit électronique et de l'écrit sur support papier :

L'ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005⁶ ajoute des dispositions qui tendent à l'interchangeabilité de l'écrit sur support papier et de l'écrit sur support électronique. Ainsi, aux termes de l'art. 65-6⁷ de la loi 53.05 (l'art 1369-10 du code civil), «lorsque l'écrit sur papier est soumis à des conditions particulières de lisibilité ou de présentation, l'écrit sous forme électronique doit répondre à des exigences équivalentes» ; «L'exigence d'un formulaire détachable est satisfaite par un procédé électronique qui permet d'accéder au formulaire et de le renvoyer par la même voie». De même, l'art 65-7 de la loi 53.05

¹ المختار بن احمد العطار، «العقد الإلكتروني»، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء، 2009، ص.ص. 42-43.

² L'article 417-2 donne également à la signature électronique la même valeur que celle conférée à la signature sur papier, lorsqu'un procédé fiable d'identification garantit le lien entre la signature et l'acte concerné. La signature électronique peut être apposée devant un officier public habilité à certifier afin de conférer l'authenticité à l'acte.

³ أحمد درويش، " تأملات حول قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، عناصر لمناقشة مدى تأثير القانون رقم 53.05 على قانون الالتزامات والعقود"، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، 2009، ص - ص 59-60.

⁴ أحمد درويش، " تأملات حول قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، عناصر لمناقشة مدى تأثير القانون رقم 53.05 على قانون الالتزامات والعقود"، مرجع سابق، ص 62

⁵ En France la LCEN avait introduit dans le Code civil, d'une part, les articles 1108-1 et 1108-2 et, d'autre part, un chapitre intitulé « Des contrats électroniques », contenant les arts. 1369-1, 1369-2 et 1369-3. L'ordonnance a renuméroté ces articles en 1369-4, 1369-5 et 1369-6 et a introduit dans le Code civil les arts. 1369-1 à 3 et 7 à 11, répartis en quatre sections. Plutôt que de modifier une série de textes, l'ordonnance insère dans le Code civil des dispositions générales. Pour une part, les règles relatives au contrat électronique procèdent à l'adaptation de règles existantes, pour une autre part, elles le soumettent à un régime spécifique.

MARTRINGE (P), «le nouveau régime des contrats électronique, revue de droit des techniques de l'information et de la communication », RDTIC 45, septembre 2005, p.9.

⁶ Ordonnance n°2005-674 du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique.

⁷ La loi 53.05, précitée. p.1358.

dispose : «lorsqu'une pluralité d'originaux est exigée, cette exigence est réputée satisfaite, pour les actes établis sous forme électronique, si l'acte concerné est établi et conservé conformément aux dispositions des articles 417-1,417-2 et 417-3, et que le procédé utilisé permet à chacune des parties intéressées de disposer d'un exemplaire ou d'y avoir «accès».

Si l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier (art 417-1 du D.O.C), cela ne signifie pas que la lettre missive soit interchangeable avec le courrier électronique, ni qu'il soit dans les usages qu'un cocontractant puisse s'attendre à cette substitution, d'où la réserve de l'acceptation par le destinataire du remplacement possible de la lettre recommandée par un courrier électronique remplissant certaines conditions¹. Le caractère interchangeable de la lettre missive et du courrier électronique rencontre des limites, comme la question de savoir comment remplacer la datation d'un acte sous seing privé conformément à l'art. 1328 du Code civil. L'art. 1369-7 al. 2 prévoit l'usage d'un procédé électronique à définir par un décret en Conseil d'État².

B) Les nouvelles règles définissant le régime du contrat électronique :

Les dispositions ajoutées par la loi sur la confiance dans l'économie numérique (LCEN)³, puis par l'ordonnance, soumettent le contrat électronique à l'accomplissement de formalités. La lecture de ces articles montre que le contrat conclu par voie électronique entre un professionnel et un non professionnel fait l'objet d'une considération particulière. Ce faisant, ils entrent dans une casuistique qui devrait probablement figurer ailleurs que dans le Code civil. D'où la nécessité de dégager un régime commun du contrat électronique (a), puis les règles spécifiques aux contrats électroniques conclus par un professionnel (b).

a. Le droit commun du contrat électronique

La principale nouveauté des dispositions ajoutées par l'ordonnance est la distinction entre le contrat conclu par voie électronique et celui conclu par échange de courriers électroniques. Les contrats électroniques étant des contrats entre absents, se pose la question de savoir à quel moment un écrit peut-il être considéré comme reçu. L'art. 65-3 apporte une solution, mais de manière obscure⁴. Les informations qui sont demandées en vue de la conclusion d'un contrat ou celles qui sont adressées au cours de son exécution peuvent être transmises par courrier électronique si leur destinataire a accepté expressément l'usage de ce moyen. Si l'on s'en tient à la lettre de cet article, il concerne

¹ العربي جنان، "التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، القانون المغربي رقم 53.05 _ دراسة تحليلية نقدية"، المطبعة و الورقة الوطنية، الطبعة الأولى 2008، ص.ص 7-8.

² Un tel procédé est nécessaire car le dérèglement de la date d'un ordinateur est un problème à la fois fréquent, bénin et par conséquent rarement corrigé. Martringe (P), le nouveau régime des contrats électronique, op.cit. p.10.

³ Loi n° 2005-575 du 21 juin 2004, loi pour la confiance dans l'économie numérique, J.O n° 143 du 22 juin 2004, p. 11168, NOR : ECOX0200175L.

⁴ حنان بن حليمة، محاضرة تمرين تحت عنوان: "الوثيقة الإلكترونية عن مجلة المحامي، العدد المزدوج، يوليو، 2010، ص. 157.

l'écrit sous forme électronique dans son ensemble¹. L'art. 65-3 opte, pour la théorie de la réception, sans aller jusqu'à la théorie de l'information : un écrit électronique est considéré comme reçu lorsque le destinataire a eu la possibilité d'en prendre connaissance et qu'il en a accusé réception.

Rétrospectivement, cette norme prête une raison d'être à l'art. 65-5 de la loi 53.05 Concernant la formation du contrat, apporte une solution spécifique à certains éléments du contrat². Le contrat est conclu dès l'acceptation par le destinataire de l'offre, et non à partir de la confirmation du sollicitant, prévue par l'art. 65-5 et ce, même si aucune coordonnée bancaire n'a encore été transmise³. Il aurait été utile de prévoir une règle générale concernant la rétractation de l'offre. Durant les débats relatifs à l'adoption de la LCEN, l'art. 65-4 a, par amendement, été restreint aux professionnels⁴.

En conséquence, la disposition selon laquelle «sans préjudice des conditions de validité prévues dans l'offre, son auteur reste engagé par celle-ci, soit pendant la durée précisée dans ladite offre, soit, à défaut tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait», n'est pas applicable aux personnes n'agissant pas à titre professionnel, alors que ce sont justement celles qui auraient besoin de la protection qu'offre cette norme. En effet, si une personne acceptait une offre retirée par son auteur - non-professionnel - mais stockée en cache, le contrat serait formé⁵. La LCEN a distingué dans les contrats électroniques ceux conclus par voie électronique et ceux conclus par courrier électronique. L'art. 65-5 soumet le contrat conclu par voie électronique aux formalités suivantes: «Pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de son ordre et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer ledit ordre pour exprimer son acceptation». "L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique de l'acceptation de l'offre qui lui a été adressée"⁶.

¹ Et non seulement le courrier électronique remplaçant une lettre ou une lettre recommandée, loi n° 2005-575 du 21 juin 2004, Loi n° 2005-575 du 21 juin 2004. Précitée.

² «L'acceptation de l'offre, sa confirmation et l'accusé de réception sont réputés reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès». Article 65-5 de la loi 53.05 loi relative à l'échange électronique de données ; précitée.

³ Les paiements sur l'Internet, deuxième rapport de l'Observatoire de la Cyberconsommation, Le Forum des droits sur l'internet, p. 17. <http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/rapp-cyberconso-20050519.pdf>.

⁴ « Il n'y a pas lieu de soumettre les particuliers qui contractent en ligne à un formalisme particulier. En outre, viser les particuliers excède le champ de la directive communautaire du 8 juin 2000 et est en opposition avec la définition du commerce électronique établie à l'article 6 ». TABAROT (M), compte rendu intégral des débats à l'Assemblée nationale, 2^{ème} séance du mercredi 26 février 2003, J.O du 27 février 2003, <http://www.assembleenationale.fr>.

⁵ Graham (J.A), L'expression du consentement dans les contrats virtuels en droit positif français, Editeur de Cyber-banking & Law, CBL Web-Doc. 3/1999. <http://rechtsinformatik.jura.uni-sb.de>.

⁶ Alternative au contrat conclu par voie électronique, le courrier électronique, défini à l'art. 1er LCEN permet au contrat électronique d'être un contrat de gré à gré. Le contrat conclu par ce moyen échappe donc au formalisme imposé au contrat conclu par voie électronique. L'usage du courrier électronique est régi par l'art. L. 34-5 du Code des postes et des communications électroniques et par la loi dite «informatique, fichiers et libertés ».

L'envoi de courriers électroniques se situe dans l'hypothèse où la personne concernée a préalablement accepté ce traitement de données à caractère personnel¹, l'hypothèse dans laquelle la personne concernée conclut un contrat ou est en train de le conclure², ainsi que l'hypothèse dans laquelle un contrat antérieur et relatif à un objet similaire a déjà été formé entre les parties³. Le souci de protection du cocontractant est prolongé par l'introduction dans la loi de la distinction entre professionnel et non professionnel.

b. Les contrats électroniques conclus par un professionnel :

La LCEN a introduit dans la loi la notion de professionnel⁴, alors que cette notion relève plutôt du Code de commerce, du Code de la consommation ou d'une loi spéciale. Désormais, l'art 65-3 de la loi 53.05 pose à la fois le régime applicable au contrat électronique, et son exception. Ce régime allège les règles de forme pour les professionnels lorsqu'ils contractent entre eux et impose des obligations d'informations lorsqu'un professionnel contracte avec un non-professionnel⁵. Le régime du contrat électronique comprend tout d'abord la possibilité pour une personne agissant pour les besoins de sa profession de passer des actes sous seing privés relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale (art. 2-1 de la loi 53.05).

La seconde règle de ce régime spécifique est la possibilité, instituée par l'art. 65-4 pour des professionnels contractant entre eux, de déroger aux obligations d'information posées par cet article, et aux règles de forme encadrant la formation du contrat posées par l'art. 65-5. Si la loi soustrait les professionnels aux règles de forme lorsqu'ils contractent entre eux, il leur impose des formalités supplémentaires lorsqu'un professionnel contracte avec un non-professionnel par voie électronique⁶. Le contrat conclu par voie électronique entre un professionnel et un non-professionnel est traité comme le cas normal du contrat électronique et constitue la voie royale des contrats d'adhésion⁷.

¹ Pour la prospection commerciale, art. L 34-5 Code des postes et des communications électroniques. De manière générale, art. 7 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, loi relative à la protection de personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, J.O du 7 août 2004. L'acceptation préalable va au-delà du simple fait de communiquer son adresse électronique, prévu par l'art. 1369-3, sans lequel l'envoi de courrier électronique est de toute façon impossible.

² Ibid., Art. 7-4.

³ Art. L 33-4-1 al. 4 Code des postes et des communications électroniques. Modifié par Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 - art. 22 (V) J.O-RF. 22 juin 2004.p.11168.

⁴ Sauf dans l'expression «secret professionnel» (art. 259-3, 342-3), s'agissant du professionnel qualifié pouvant être désigné par le juge aux termes de l'art. 255 al. 1er n° 9, ou comme paramètre que doit prendre en compte le juge lorsqu'il statue en droit de la famille ou en droit des successions. MARTRINGE (P), «le nouveau régime des contrats électronique», op.cit. p.12.

⁵ JACCARD (M), «la conclusion de contrats par ordinateur : aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI)», BERNE, Stampfli, 1996.p.620.

⁶ Ces obligations s'ajoutent à celles prévues par l'art. 19 de LCEN.

⁷ Le professionnel doit respecter certaines obligations d'information. Ces formalités sont énoncées aux arts. 65.3, 65.4 de la loi 53.05, qui transpose fidèlement l'art. 10 de la directive sur le commerce électronique. Ainsi, le professionnel qui propose « la fourniture de biens ou la prestation de services, met à disposition les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction ».Directive 2000/31/CE du parlement européen et du conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects

En outre, il mentionne les différentes étapes à suivre pour conclure un contrat par voie électronique, les moyens techniques de correction, les langues proposées pour la conclusion du contrat, et, en cas d'archivage du contrat, les modalités de cet archivage et les conditions d'accès¹. La LCEN ajoute aux mentions obligatoires du contrat électronique passé par voie électronique entre un professionnel et un non professionnel ; la mention des «*moyens de consulter les règles auxquelles l'auteur de l'offre entend se soumettre*»². C'est pourquoi, il semble important d'étudier si le support électronique ne fait pas obstacle à la qualification juridique du contrat administratif électronique?

juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur «directive sur le commerce électronique» J.O des Communautés européennes. p. L 178/2.

¹Article 65-4, section 2, chapitre premier bis, de la loi 53.05, op.cit. p.p.1358-1359.

² Cette innovation est destinée aux codes de déontologie, mais peut renvoyer aux labels définis dans le Code de la consommation, à des labels relatifs, par exemple à la sécurité de la navigation aérienne. Elle peut également concerner les labels existant dans d'autres États de la Communauté européenne et relatifs, par exemple à la protection des données à caractère personnel. Même si l'électronique n'est qu'un support, les bouleversements qu'il induit imposent de se questionner sur l'existence même d'un contrat administratif électronique. Sur la fiabilité des labels, Les sites « labellisés » sont-ils plus fiables?, Forum des droits sur l'internet, http://www.foruminternet.org/questions_reponses/lire.phtml?id=20

Section II : La qualification de contrat électronique : un contrat de droit public.

La preuve des actes juridiques doit en principe se faire par écrit¹. Le législateur, soucieux de ces transformations, a essayé de rejoindre la démarche mondiale en reconnaissant la valeur du document par l'élargissement de la preuve littérale en la rendant indépendante de son support². Dans cette optique, certaines évolutions législatives et réglementaires ont déjà été adoptées par les pouvoirs publics. Le droit administratif reconnaît des décisions de nature diverse. Le caractère écrit de celles-ci ne constitue pas une forme toujours obligatoire. En attestent les décisions verbales ou implicites qui produisent des effets juridiques. Sous l'angle de la dématérialisation, la préoccupation tient à une nouvelle forme des écrits sous forme électronique (§1) et à l'absence de support tangible des actes lorsqu'un écrit est exigé à des fins de légalité ou simplement nécessaire en matière probatoire. D'où la question se pose aussi sur la problématique de la qualification juridique du contrat administratif électronique et le rôle du juge administratif en matière de la preuve électronique (§2).

§1) La fonction de validité de l'écrit électronique :

L'expression «échanges électroniques» est ambiguë puis qu'elle désigne à la fois ce qui est échangé et la modalité électronique de l'échange. En droit public, aucun texte n'a été adopté afin de reconnaître à titre général les écrits sous forme électronique. Toutefois, il est à se demander s'il faut légiférer pour admettre en droit public les écrits indépendamment du support utilisé. La réponse se nourrit des textes adoptés en droit privé (A) qui sont partis d'une problématique fonctionnelle similaire, étant souligné la nécessité de prendre en compte la spécificité du droit administratif. Car si un contrat électronique n'a pas de régime propre, sa soumission au droit privé conduit à examiner l'existence d'un contrat électronique potentiellement de droit public (B).

¹ Cette preuve littérale préconstituée résulte des écrits dressés par les parties ou à leur demande. Il s'agit d'une preuve préconstituée, ménagée à l'avance et antérieurement à toute contestation. Cette règle s'applique à la preuve des transactions effectuées par voie électronique. Avec ces actes le support papier disparaît, il y a simplement des données informatisées véhiculées sur un support électronique. Il a fallu que la loi reconnaisse la valeur du document électronique dans le droit de la preuve. MOUGENOT (R), «La preuve», éd Maison Ferd Larcier, SA, Bruxelles, 1999, p. 41.

²MOUGENOT (R), «La preuve», éd Maison Ferd Larcier, SA, Bruxelles, 1999, p. 43.

A) L'influence du droit privé sur l'écrit électronique :

Généralement; un écrit électronique¹, tout écrit peut être stocké sur un support électronique. La loi marocaine ne donne pas une définition à l'écrit électronique en tant que tel: la loi n°53-05 relative à l'échange électronique de données juridiques donne une définition de l'écrit électronique² qui est intégrée dans l'article 417 du dahir des obligations et des contrats relatif à la preuve littérale ou par écrit alors que cet article lui-même ne définit pas l'écrit en tant que tel mais présente une succession de documents pouvant être qualifiés d'écrit³. Dans ce contexte, la dématérialisation des écrits a pour objet de favoriser les échanges de document par la voie électronique et, progressivement, de développer l'emploi des technologies de l'information pour faciliter tous les aspects de la passation et de l'exécution des marchés publics. Il faut toutefois en mentionner le risque: celui, tant pour les acheteurs publics que pour les fournisseurs, de l'insécurité juridique et, concomitamment, de l'ombre du contentieux administratif qui se dessine en arrière-plan et qui menace le bon déroulement des relations contractuelles⁴.

En vertu de l'article 6 de la Loi-type de la CNUDCI de 1996⁵, une dizaine de différentes fonctions sont offertes par l'écrit papier. Parmi ces fonctions attachées à l'écrit, est notamment la preuve, la prise de conscience des conséquences de la conclusion du contrat par chacune des parties, l'authentification des données au moyen d'une signature, mais également la lisibilité, la stabilité et l'inaltérabilité. Ces trois dernières fonctions seront analysées de manière à déterminer le degré de similitude entre l'écrit papier et l'écrit

¹ Tout simplement un écrit électronique peut être défini comme étant un écrit, mais, il est écrit sur un support électronique. De manière simple, c'est un écrit qui véhicule entre des machines qui traitent automatiquement l'information, MOUGENOT (R), «La preuve», éd Maison Ferd Larcier, SA, Bruxelles, 1999, p. 45.

² Quant à la loi uniforme sur la preuve électronique au Canada. Elle définit l'écrit électronique (document électronique) comme étant ; partie I ; 1 définition (a : » Ensemble de données enregistrées ou mises en mémoire sur quelque support que ce soit par un système informatique ou un dispositif semblable, et qui peuvent être lues ou perçues par une personne ou par un de ces dispositifs. Sont également visés tout affichage et toute sorte d'imprimé ou autre de ces données.

Concernant la définition de la loi type de la CNUDCI en matière de l'écrit, il est défini comme suivant dans l'article 2 ; par 30 de la loi en question : La notion de "message de données" ne se limite pas aux données communiquées mais englobe aussi les données enregistrées sur ordinateur qui ne sont pas destinées à être communiquées. Ainsi donc, la notion de "message" comprend la notion d' "enregistrement".....

³ L'article 417 dispose en effet, que «la preuve littérale résulte d'un acte authentique d'une écriture sous seing privé. Elle peut résulter également de correspondance, des télégrammes, et des livres des parties, des bordereaux des courtiers dûment signés par les parties, des factures acceptées, des notes et documents privés». Cet article poursuit en précisant que l'écrit peut être constitué «de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission». Dès lors, l'écrit électronique suppose que soient remplies deux conditions cumulatives essentielles: Un ensemble de signes ou symboles; l'intelligibilité, c'est-à-dire la compréhensibilité, de la signification apportée auxdits signes ou symboles. L'article 417 du dahir des obligations et des contrats, précité.

⁴ Thierry Lajoie affirme, en effet, que «nul ne doit se bercer d'illusion : un simple courriel accompagné d'un document attaché en pièce jointe (qui peut se perdre, être capté et modifié ou attribué à un autre, arriver altéré...) ne présentera jamais un niveau de sécurité technique compatible à l'exigence de sécurité juridique de la procédure. Et la sécurité technique exige un outil avancé de signature électronique, la qualité certaine de l'horodatage...», In LAJOIE(TH), «les marchés publics dématérialisés», Paris, Le Moniteur, 2004, p.12.

⁵ La loi-type de la CNUDCI de 1996, précitée, note 18.

électronique (a), Cette recherche d'une équivalence entre les fonctions de ces deux types d'écrit s'inscrit dans une approche dite d'« équivalence fonctionnelle » de l'écrit reconnue afin de déterminer dans quelles mesures il devenait de plus en plus urgent de définir légalement la problématique de l'écrit électronique afin que celle-ci puisse pleinement trouver sa place dans l'administration publique ? (b).

a. Les fonctions de l'écrit/ électronique :

En vertu des travaux élaborés par la CNUDCI, plusieurs fonctions sont attachées à l'écrit dont la lisibilité, la stabilité et l'inaltérabilité. Avant d'étudier plus en détails chacune de ces fonctions de l'écrit, mentionnons que plusieurs auteurs ont estimé que ces fonctions étaient «inhérentes, non à l'écrit, mais au papier, qui était le support traditionnel de l'écrit»¹.

* La lisibilité : La notion de lisibilité suppose qu'il soit possible d'accéder et de lire aisément le contenu d'un écrit². Ceci étant, comme l'a mentionné à juste titre Isabelle de Lamberterie³, il y a lieu de se demander quel type d'accès doit être préconisé : un accès direct ou non ? Dans l'hypothèse d'un accès direct, que faut-il précisément entendre par direct ? L'écrit doit être lisible par l'homme, certes, mais avec ou sans la possibilité d'utiliser une technologie telle qu'un programme ou un logiciel informatique. S'agissant de l'écrit papier, il ne fait aucun doute qu'il est complètement et directement lisible à condition bien évidemment qu'il soit rédigé dans la langue de son lecteur, bien qu'il soit également tout à fait possible dans ce cas de figure de recourir à un traducteur. Même basé sur le langage binaire fort complexe, le document électronique peut également répondre à l'exigence de lisibilité à partir du moment où un dispositif de lecture approprié a été conçu afin de permettre sa compréhension par l'homme. De plus, il est nécessaire que les outils ayant permis la conversion d'un langage informatique quasi-incompréhensible à un langage lisible soient relativement fiable et stables de façon à ce que le document électronique soit facilement accessible.

* La stabilité : La stabilité est souvent associée à la notion de durabilité. En effet, la stabilité implique l'idée de durée, de constance voire de permanence. À cet égard, mentionnons que le code civil français, depuis la Loi du 12 juillet 1980⁴, définit ce qu'il faut entendre par durable. L'article 1348 alinéa 2 dispose en effet : « Est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support ». Selon Madame De Lamberterie, cette définition du C.c.F s'adresse à la «copie d'un original sur un support autre que le papier et elle ne s'impose pas obligatoirement à l'écrit original, il ne faut pas oublier qu'à l'époque cette copie ni était pas considérée

¹ GOBERT (D) et MONTERO(E), loc. cit, note 14 ; LECOCQ (P) et VANBRABANT(B), Le Commerce électronique : un nouveau mode de contracter?, «La preuve du contrat conclu par voie électronique», Liège, éditions du jeune barreau de Liège, 2001, p. 130

² Selon le Grand Dictionnaire Terminologique de l'Office de la Langue Française, on entend par lisibilité «l'aisance de lecture d'un texte, provenant de la qualité des caractères dans lesquels il est imprimé ».

³ DE LAMBERTERIE (I), «L'écrit dans la société de l'information», loc. cit, note 15, p.124.

⁴ Loi n° 80-525 du 12 juillet 1980, J.O. 13 juillet 1980.

comme un écrit »¹. La stabilité de l'écrit, en raison de l'idée de durée et de permanence qui s'y attachent, doit également être associée à la notion de conservation à long terme. Sur ce point, l'exigence de la stabilité semble largement remplie par l'écrit sur support papier, ce dernier jouant un rôle de conservation plus que satisfaisant².

S'agissant de l'écrit électronique, le risque que les supports informatiques deviennent obsolètes ne peut pas être nié. En effet, étant donné l'évolution rapide des technologies, il apparaît difficile d'assurer que l'on disposera des outils informatiques permettant la lecture du document électronique traité plusieurs années plus tôt³. Traditionnellement, l'archivage de documents suppose la stabilité de l'information ainsi que la restitution du document dans un état intact. L'idée que l'informatique puisse répondre à de telles finalités n'est pas si évidente. L'enjeu est de taille dans la mesure où le document électronique doit à la fois répondre à des exigences de sécurité et également remplir les mêmes fonctions juridiques que l'écrit papier⁴.

D'autres auteurs estiment qu'un écrit électronique remplit l'exigence de stabilité et «qu'un document sur support magnétique est susceptible de subsister pendant un temps suffisant pour remplir le rôle qu'on en attend »⁵. Ceci dit, cette stabilité du document électronique implique néanmoins que ce dernier fasse l'objet d'une maintenance technologique continue. Compte tenu de la vitesse et du progrès constant des technologies de l'information, il est apparu nécessaire de mettre en œuvre un processus de migration de l'information d'un support vers un autre, voire même d'un format vers un autre, de manière régulière et systématique⁶. Ce genre de procédures peut certes apparaître lourd et contraignant par rapport à la gestion des documents consignés sur support papier. Toutefois, seul le respect de telles exigences peut permettre de garantir une sécurité et une conservation des documents électroniques sans risquer de perdre de façon irréversible des données en raison d'une évolution technologique non anticipée ou d'un mauvais choix de support.

* L'inaltérabilité : La condition d'inaltérabilité suppose que l'écrit ne puisse être modifié par les parties ou par les tiers. Plusieurs auteurs⁷ sont d'avis qu'il semble nécessaire de faire une distinction terminologique suivant qu'il s'agit d'une altération du contenu de

¹ DE LAMBERTERIE (I), «L'écrit dans la société de l'information», op.cit, p.125

² Même si théoriquement le support papier se veut être un support durable et se dégradant très peu, il y a lieu de nuancer nos propos dans la mesure où le papier peut être détruit et que certains types de papier sont moins résistants et moins fiables. GOBERT (D), et MONTERO (E), loc.cit., note 14, p. 124.

³ SEDALLIAN (V), «Preuve et signature électronique», Juriscom.net, article présenté lors du séminaire franco-allemand organisé par l'Association Française des Avocats, Conseils d'entreprises et le Deutscher Anwalt Verein à Nice le 14 et 15 avril 2000. Article disponible à <http://www.juriscom.net/chr/2/fr20000509.htm>

⁴ CAPRIOLI (E), «Le juge et la preuve électronique», op.cit., note 19.

⁵ GOBERT (D), et MONTERO (E), op.cit, p. 124.

⁶ BANAT-BERGER (F) et RABINEAU (Y), «Les actes authentiques électroniques, réflexion juridique prospective», L'établissement et la conservation des actes authentiques dématérialisés : problématiques, Paris, Mission de recherche, Droit et Justice, La Documentation Française, 2002, p.264.

⁷ LINANT DE BELLEFONDS (X) et HOLLANDE (A), «Pratique du droit de l'informatique», 4^{ème} éd., Paris, Delmas, 1998, p. 288

l'écrit ou de son support. En effet, s'il semble préférable de parler «d'inaltérabilité» s'agissant du support de l'écrit, le terme «immutabilité»¹ apparaît plus approprié s'agissant de son contenu. Si des fraudes ou des altérations sur le support papier sont difficilement réalisables car rapidement décelables à l'œil nu, il en serait autrement avec le support informatique permettant de modifier indéfiniment le document sans que ce dernier ne devienne illisible. En réalité, cette affirmation mérite d'être nuancée dans la mesure où il existe différents moyens pour tracer les modifications effectuées sur le document, par exemple la date et l'heure de la réalisation du nouveau document sont systématiquement mises à jour. De plus, un document électronique ne se limite pas à retranscrire électroniquement l'information contenue dans le document papier, mais contient aussi plusieurs «informations cachées» ou métadonnées qui permettent de renseigner sur la nature de l'information contenue dans le document.

A travers l'étude de ces trois fonctions de l'écrit, il a été démontré que l'écrit électronique pouvait remplir à certains égards les mêmes fonctions que l'écrit papier. Dès lors, avec l'arrivée des technologies de l'information, de la dématérialisation des supports, la question du rapport à l'écrit s'est posée de façon tout à fait nouvelle. D'où la problématique de l'acceptation de l'écrit électronique par la personne publique².

b. L'équivalence fonctionnelle de l'écrit électronique :

Selon Mrs. Caprioli et Sorieul, le concept d'équivalence fonctionnelle consiste à rechercher les fonctions qu'un instrument juridique³ possède et de les transposer sur tout autre support susceptible de reproduire ces mêmes fonctions⁴. Il est important de noter que

¹ Immutabilité est le fait que le contenu de l'écrit a été rédigé de façon définitive et qu'il n'est donc pas susceptible d'être modifié ultérieurement. Caïd (S), «La preuve et la conservation de l'écrit dans la société de l'information», Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade Maîtrise en droit (L.L.M.), Université De MONTREAL, Faculté de droit, Décembre 2002, p.22.

² L'inaltérabilité de l'écrit n'est pas sans poser un certain nombre de problèmes quant à sa reconnaissance en tant que tel comme fonction de l'écrit, d'ailleurs ce point a soulevé un débat au sein de la doctrine. Sans prendre position dans ce débat, mentionnons simplement que certains auteurs tels que M. Fontaine et J. Larrieu, suivi plus tard par d'autres ont considéré l'inaltérabilité non comme une fonction propre à l'écrit, mais simplement comme une condition de son efficacité probatoire. Caïd (S), «La preuve et la conservation de l'écrit dans la société de l'information», op.cit, p.23.

³ On entend par instrument juridique notamment la signature ou encore l'écrit.

⁴ Éric (A). CAPRIOLI et SORIEUL (R), « Le commerce international électronique: vers l'émergence de règles juridiques transnationales », 1997, 2 Journal de droit international 323, 380-382. Ces auteurs expliquent comment s'est formé ce concept. D'abord, il y a la position radicale selon laquelle l'écrit est irréconciliable avec l'électronique; ensuite, existe une vision qui tend à redéfinir les concepts anciens pour y intégrer la nouveauté. Les équivalents fonctionnels, selon ces auteurs (p. 382), constituent « une voie médiane qui a été adoptée par la CNUDCI [...]. Il faut comprendre par là que, dans leur tentative d'apporter une solution juridique à certains des obstacles rencontrés par le commerce électronique, les auteurs de la loi type se sont constamment référés aux situations juridiques connues dans le monde des documents papier pour imaginer comment de telles situations pourraient être transposées, reproduites ou imitées dans un environnement dématérialisé. Les dispositions de la loi type se sont donc constituées sur la base d'un inventaire des fonctions assurées, par exemple, par l'écrit, la signature ou l'original dans les relations commerciales traditionnelles ». Néanmoins, pour les raisons précédemment décrites, et si médiane que puisse être cette position, elle instaure une assimilation entre les deux façons de conclure des contrats. Cela se traduit également dans la notion de « neutralité médiatique » selon laquelle (p. 383) ; « il semble logique

cette approche peut être considérée, en ce qui concerne les concepts d'écrits et de signature : comme universelle et faisant partie de la *lex electronica*¹, tellement sa récurrence est assurée. La CNUDCI, en posant les premières bases de ce concept d'équivalence fonctionnelle désormais reconnu comme universel, a considérablement facilité la tâche des Etats souhaitant adapter leurs règles juridiques nationales afin d'admettre l'écrit sur un support autre que le papier. Surgit alors le problème, essentiellement technique, de la compatibilité des logiciels².

Sans imposer un format informatique universel (puisque chacun reste libre d'acheter les logiciels qu'il veut), la directive n° 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services tente de poser une règle permettant d'éviter qu'un acheteur public n'utilise un format informatique tellement spécifique que seules quelques grandes entreprises pourraient lire. Cela aurait un effet discriminatoire qui violerait l'égalité des candidats dans l'accès à la commande publique. Il est recommandé d'utiliser des formats très répandus (PDF, RTF, XML, Txt...) ou tout simplement de fournir gratuitement (par téléchargement, par exemple) le logiciel qui permet de lire et d'écrire dans le format souhaité par l'administration. Dans le cadre de l'achat public, force est de constater que les difficultés ne résident plus dans le support de l'écrit mais dans le caractère non discriminatoire des formats de fichiers qui seront utilisés, tant par les acheteurs que par les candidats. Cette disposition tend à l'interchangeabilité de l'écrit sur support papier et de l'écrit sur support électronique. En droit administratif, les pouvoirs publics et le juge s'inspirent largement de cette reconnaissance légale de l'écrit électronique.

Pour la dématérialisation des marchés publics comme pour toute téléprocédure³, la confiance repose sur les dispositions de la loi 53.05 du 30 novembre 2007 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique et à l'utilisation des certificats électroniques. Il est, en effet, une particularité des dispositions de décret des marchés publics et de ses applications, aujourd'hui abrogés,

de considérer que les règles de la loi type, si elles sont effectivement neutres, doivent pouvoir également s'appliquer au cas où l'information est transmise ou archivée sur un support papier traditionnel».

¹ GAUTRAIS (V), LEFEBVRE (G) et BENYEKHEF (K), «Droit du commerce électronique et normes applicables : la notion de *lex electronica* », (1997) *Revue de droit des affaires internationales* 547, note 8, p.p 229- 230.

² A ce titre, la directive n° 2004/18/CE du parlement européen et du conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services prévoit que «les moyens de communication choisis doivent être généralement disponibles et ne peuvent donc avoir pour effet de restreindre l'accès des opérateurs économiques à la procédure d'attribution». Elle poursuit en précisant que «les outils utilisés pour communiquer par des moyens électroniques, ainsi que leurs caractéristiques techniques, doivent avoir un caractère non discriminatoire, être couramment à la disposition du public et compatible avec les technologies d'information et de communication généralement utilisées». Directive n° 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (dite secteurs classiques), JOUE, n° L 134, 30 avril 2004, p.114.

³ Aux termes du PAGSI adopté en 1998, une téléprocédure se définit comme étant «l'échange dématérialisé de formalité entre les autorités publique (ministères, services déconcentrés, organisations publics...) et leurs partenaires et usagers ». Voir sur le sujet : BELOULOU (V), «les téléprocédures : un enjeu essentiel pour les citoyens et pour l'Etat», *AJDA*, aout 2011, p. 624.

qui ne pouvait laisser de surprendre les publicistes : la technique de la référence à des dispositions de D.O.C¹. A travers le décret, le droit des marchés publics, le droit administratif, renvoyaient explicitement aux articles 417-1 à 417-2 du D.O.C qui admit l'écrit électronique. Partant, la réponse à un appel d'offre² par voie électronique supposait l'utilisation d'une signature électronique répondant aux critères posés par le décret d'application des articles 148-149 du projet du décret 2-12-349 relatif aux marchés publics³.

A défaut de signature électronique, M. Raynouard considère que «le sens de cette première exigence est incertain»⁴. Toutefois, il est possible de retenir une lecture plus pragmatique des dispositions légales selon laquelle le juge acceptera un document électronique dès lors qu'il peut être imputé à une personne identifiée, quelles que soient les modalités de cette imputation. La neutralité technologique, mise en avant par les promoteurs de la loi 53.05 du 30 novembre 2007, devrait valider cette lecture des textes. L'écrit électronique aurait (...) la même force probante que l'écrit sur support papier »⁵ ? En fait il semble que la qualification juridique doive se faire avec souplesse. En effet, le droit commun « représente un cadre juridique transposable aux marchés publics »⁶. Même si l'appel au D.O.C est indéniable, cette «volonté du pouvoir réglementaire de renvoyer au droit commun de la preuve et de la signature électronique

¹ D'autant qu'un contrat administratif (et fortiori un marché public) se caractérise en partie par le fait d'être soumis à un régime dérogatoire du code civil.

² Article 65-5 de la loi 53.05 relative à l'échange électronique de données juridiques, précitée.

³ Sans contester les solutions envisagées en droit privé concernant l'intégration du support électronique, les rédacteurs du nouveau décret des marchés publics du 20 mars 2013 ont souhaité créer des dispositions du D.O.C, ce dernier - étant à la source - influence nécessairement le droit administratif, à tout le moins en ce qui concerne l'application des règles de la preuve en matière administrative.

En substance, la nouvelle rédaction du D.O.C pose des règles qui se complètent entre elles, outre la définition de l'écrit électronique, la preuve électronique est présentée comme devant identifier la personne et assurer l'intégrité du contenu du message. Ces deux exigences « préalables » doivent être respectées par tout contrat électronique, qu'il soit de droit public ou de droit privé. La condition d'identification de la personne, dont émane le document, peut être considérée comme remplie lorsque ledit document est assorti d'une signature électronique. Article 148: Dépôt et retrait des plis des concurrents par voie électronique Le dépôt et le retrait des plis et les offres des concurrents peuvent être effectués par voie électronique dans le portail des marchés publics. Les conditions et les modalités du dépôt et le retrait des plis et des offres des concurrents sont définies par arrêté du ministre chargé des finances après avis de la commission des marchés. Article 149: Ouverture des plis et évaluation des offres des concurrents par voie électronique l'ouverture des plis et l'évaluation des offres des concurrents déposés par voie électronique sont effectuées conformément aux dispositions des articles 36 à 45. Les conditions et les modalités de l'ouverture des plis et de l'évaluation par voie électronique des offres des concurrents sont définies par arrêté du ministre chargé des finances après avis de la commission des marchés. Décret 2-12-349 relatives aux marchés publics du 20 mars 2013, précité, p.82

⁴ L'auteur démontre une certaine imprécision dans l'emploi du terme «émane»: «il ne vise pas spécifiquement, sans l'exclure, l'auteur matériel ou intellectuel du document, et peut inclure un rattachement seulement technique», RAYNOUARD (A), «la dématérialisation des procédures de la commande publique », Paris, L'Hermès, 2004, p.80.

⁵ PIGNON(S) et BANDET (D), «le nouveau code des marchés publics : quelques éclairages pratiques», AJDA, 20 avril, p.374.

⁶ CABANES (A) et GAUDILLERE (P), «la dématérialisation des marchés publics : une réforme prometteuse mais inachevée», LPA, 28 mai 2003, p.7.

des actes dématérialisés »¹ doit se concevoir en termes de renvoi général. Ceci est, semble-t-il, indispensable pour permettre une adaptation des règles de l'écrit au cas particulier des marchés publics. Sans s'étendre sur la notion de signature électronique² qui sera développé plus loin, il convient seulement de mentionner à ce stade que cette signature engage juridiquement le signataire sur le contenu et l'intégrité de l'acte. Dans ce cas, le recours aux procédés de signature semble être la caractéristique fondamentale de la dématérialisation des contrats et marchés publics, qui est de s'appuyer sans cesse sur des domaines juridiques technologiques déjà existants, parfois même déjà éprouvés, pour fonder sa propre réalisation³.

Dès lors, les réformes qui affectent le droit de la preuve et de l'écrit auront des conséquences pour certains aspects des actes et des contrats administratifs. De surcroît, le renvoi aux textes du code des obligations et des contrats obligerait le juge administratif à appliquer ces textes, mais en aucun cas à suivre l'application qui en serait faite par le juge judiciaire. Face au risque de divergences entre la jurisprudence administrative et la jurisprudence judiciaire, la crédibilité de l'électronique en sortirait fortement affaiblie. Pour cette raison, la suppression de ce renvoi formel aux textes du code civil permettra plus aisément au juge administratif de construire sa propre jurisprudence dans ce domaine. En tout état de cause, même s'il est communément admis que «la preuve par électronique n'est pas de droit privé ou de droit public⁴», le droit administratif montre une fois de plus sa spécificité, sa volonté de déroger au droit commun. Il faut souligner, enfin, que les textes du code des obligations et des contrats susvisés traitent de la force probante des écrits sous forme électronique.

Or, en matière des marchés publics, il semblerait que l'on bascule sur le terrain de la légalité. A ce titre, le législateur français a récemment établi un régime spécifique pour les contrats conclus dans l'économie numérique⁵. L'article 25 de cette loi reconnaît la validité de certains contrats passés électroniquement sous certaines conditions. En outre, l'article 417-2 du D.O.C, introduit le principe de la reconnaissance des actes authentiques, actes solennels par excellence. Sur ce dernier point, le pouvoir réglementaire est venu préciser les modalités permettant de réaliser des actes authentiques sous forme électronique et à

¹ CABANES (A) et GAUDILLERE (P), «la dématérialisation des marchés publics : une réforme prometteuse mais inachevée», op.cit, p.8.

² Voir Titre II, Chapitre premier, Section I, de la loi 53.05 relative à l'échange électronique de données juridiques, précitée.

³ Les articles 417-2 et 417-3 du D.O.C a fait passer la signature à l'ère numérique et de l'immatériel et a «paradoxalement fait couler beaucoup d'encre, tant le sujet de la signature, de la preuve et de la formation des actes juridiques est l'un des fondements de la doctrine civiliste». COUPEZ (F) et GAILLIEGUE (C), «vers une signature électronique juridiquement maîtrisée», Comm. Com. électr., novembre 2002, p.8. .

⁴ RAYNOUARD (A), «la dématérialisation des procédures de la commande publique», op.cit., p.84. L'auteur observe que la question probatoire est éminemment pratique et joue un même rôle dans les actes juridiques, que ces derniers soient de droit privé ou de droit public. Cela n'exclut pas, ajoute-t-il, des régimes appropriés, et alors éventuellement distincts, eu égard aux finalités propres des contrats.

⁵ La loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, J.O, n° 143 u 22 juin 2004, p. 11168. Cf. notamment, REYNIS (B), «la LCEN : une loi nécessaire !», RDC, 1^{er} avril 2005, n° 2, p.559.

distance. Par ailleurs, sur le fondement de l'article 26 de la LCEN, le législateur a essayé de lever un certain nombre d'obstacle à la dématérialisation, notamment, s'agissant des notions d'original, de double exemplaire, de formulaire détachable.

Le droit des marchés publics pourra s'inspirer de ces dispositions légales et trouver les solutions appropriées à sa dématérialisation. En réalité, seulement les fonctions exigées d'un écrit et d'une signature électronique afin qu'ils soient reconnus dans le cadre des candidatures et des offres faites dans les marchés publics par voie électronique. Vise tous les types de contrats, qu'ils soient de droit public ou de droit privé et ce, même si celle-ci prévoit de possible aménagement légaux à l'égard des personnes publiques¹. Par conséquent, il semble légitime de se demander si un contrat passé par voie électronique peut supporter un régime de droit public ?

B) Le e-contrat public : Compétences et usage

Les contrats administratifs sont des contrats passés par l'administration. Ils sont soumis à un régime particulier, et non au régime de droit commun habituellement appliqué aux contrats. La loi désigne certains contrats comme étant d'office des contrats administratifs (marchés publics, délégation de service public, ou partenariat public privé). Mais deux types de critères peuvent permettre de déterminer si un contrat est administratif ou privé : Les contractants : l'un des contractants doit être une personne publique. Le contenu du contrat : l'objet du contrat doit concerner une mission de service public, et/ou le contrat conclu doit contenir des clauses "exorbitantes de droit commun"². Le recours au procédé contractuel est largement ouvert à l'administration : interdit que dans certains domaines qui sont fortement marqués par l'idée de puissance publique et où on ne pourrait considérer que l'administration soit liée par un procédé contractuel. Dans la pratique, le contrat est employé par l'administration de manière importante et à des fins diverses (procuration de moyens matériels, de prestations de service, gestion de SP, conditions de gestion des biens, ...

Sur le plan juridique, il distingue entre les contrats de l'administration qui ont caractère administratif et ceux qui revêtent un caractère de droit privé : Contrat administratif relève sur le plan contentieux de la juridiction administrative et est soumis à des règles spéciales de droit administratif et contrats de droit privé sont régis par le droit privé et relèvent de la juridiction judiciaire. La distinction ne dépend pas de la qualification que leur donne les parties contractantes, mais de qualifications légales et surtout de critères jurisprudentiels. Ces critères se rapportent aux parties contractantes (critères organiques) et au contrat (critères matériels). L'administration passe des contrats identiques à ceux des particuliers, tels qu'ils sont définis et réglementés par le D.O.C. Ce recours par l'administration, au contrat privé est très fréquent. Il est la règle pour tous les services publics industriels et commerciaux. Il est, caractéristique du procédé de la gestion privée des services publics. Dans ce cas, hormis certaines règles de

¹ A noter qu'aucune disposition légale, en droit marocain, ne prévoit un quelconque aménagement en faveur des personnes publiques. Cela explique sans doute le flou juridique actuel.

² <http://www.cours-de-droit.net/les-contrats-administratifs-a121603470>

compétence et de procédure qui régissent l'émission du consentement de la personne publique, c'est le droit privé qui s'applique au contrat, ce qui entraîne pour son contentieux la compétence judiciaires. Ainsi, une personne publique peut conclure par voie électronique des contrats de droit privé (a), et que l'usage de l'électronique par les acteurs publics n'a pas pour conséquence de multiplier le nombre des contrats de droit privé de l'administration (b).

a. Le régime juridique : droit public et droit privé

Tous les contrats passés par les personnes publiques ne sont pas des contrats administratifs¹. Une personne publique peut très bien se comporter comme une personne privée et, dans ce cas, rien ne justifie qu'elle ne soit pas soumise au droit «commun» des contrats, à savoir le droit privé. Ce principe a été posé par M. Romieu (commissaire du gouvernement français) dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 6 février 1903, dit arrêt «Terrier»². Il considérait que l'administration pouvait, tout en agissant dans l'intérêt d'un service public, contracter *«dans les mêmes conditions qu'un simple particulier et se trouver soumise aux mêmes règles comme aux mêmes juridictions»*. Cette position a, en outre, été confirmée dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 31 juillet 1912, *«Société des granits porphyroïdes des Vosges»*³ qui dispose que *«le marché entre la ville et la société était exclusif de tous travaux à exécuter par la société et avait pour objet unique des fournitures à livrer selon les règles et conditions des contrats intervenus entre particuliers; qu'ainsi ladite demande soulève une contestation dont il n'appartient pas à la juridiction administrative de connaître»*.

Une personne publique peut de ce fait contracter dans les mêmes conditions que des particuliers, à partir du moment où elle se place dans des conditions similaires à celles de personnes privées (à savoir que le contrat ne participe pas directement à une mission de service public ou encore que le contrat ne soit pas un contrat administratif du fait d'une détermination légale). Dès lors, une personne publique peut parfaitement conclure un contrat électronique de droit privé⁴. Cela ne pose, a priori, guère plus de problèmes que pour n'importe quel particulier. La question de la passation électronique des contrats de droit privé de l'administration semble donc se régler par un simple renvoi aux solutions de droit privé.⁵ Pourtant, ce n'est pas si simple, il existe une zone d'ombre. Si la question de la passation d'un contrat électronique de droit privé par une personne publique ne pose pas de problèmes spécifiques en soi, l'usage par exemple de la signature électronique par les personnes publiques ne va pas forcément de soi. Ainsi, la directive du 13 décembre

¹ REYNIS (B), «la LCEN : une loi nécessaire !», op.cit, p.560.

² LONG (M), WEIL (P), BRAIBANT (G), DELVOLLE (P), GENEVOIS (B), «les grands arrêts de la jurisprudence administrative», 12^{ème} édition, Dalloz, 1999, p. 69.

³ LONG (M), WEIL (P), BRAIBANT (G), DELVOLLE (P), GENEVOIS (B), «les grands arrêts de la jurisprudence administrative», 12^{ème} édition, Dalloz, 1999, op.cit, p.154.

⁴ Ainsi l'administration peut conclure un contrat par signature électronique, contracter sur un site électronique en double cliquant, participer à une enchère sur internet ce qui se solde par des contrats conclus en ligne donc par des contrats électroniques, etc....

⁵ Il ne s'agit que des règles de passation de contrat. Les règles de compétence pour conclure un contrat et la procédure de paiement restent, quant à elle, soumises au droit public.

1999 avait pris en compte le nécessaire besoin d'adaptation de la signature électronique au secteur public puisque son article 3 paragraphe 7 énonce que «les Etats peuvent soumettre l'usage des signatures électroniques dans le secteur public à des exigences supplémentaires éventuelles». Or, rien n'a été prévu par les autorités législatives marocaines. Le silence des textes induit qu'une personne publique peut utiliser la signature électronique sécurisée dans les mêmes conditions qu'une personne privée. La conclusion, par une personne publique, d'un contrat électronique de droit privé ne se heurte donc à aucun obstacle juridique. Risque-t-on alors de voir se multiplier les contrats de droit privé de l'administration ?

b. Qu'en est-il pour les personnes publiques :

Une possibilité de multiplication des contrats de droit privé de l'administration? De certains ont pu se poser la question de savoir si l'usage des technologies de l'information par les personnes publiques n'a pas tendance à faire en sorte que les personnes publiques se comportent davantage comme des personnes privées. En effet, l'utilisation d'outils régis par le droit privé n'a-t-il pas pour conséquence de placer les personnes publiques dans la même situation que des particuliers ? A priori, non, car la qualification de «contrat administratif» ne dépend pas du support ni de la forme du contrat. En outre, l'usage de l'électronique n'empêche pas la soumission au droit privé, même si lui-même est pour une majeure partie soumis au droit civil. Par ailleurs, il faut espérer que cela soit provisoire, d'autant que rien n'empêche que se développe une doctrine et un droit public autour de la question du contrat et de la signature électronique.

Dans ce sens, la signature électronique, même si régie par le droit privé, n'est pas propre à celui-ci et peut trouver à s'appliquer dans la sphère publique. D'autre part, pour ce qui concerne les autres outils issus des technologies de l'information, admettant que l'utilisation de sites d'enchères ou de sites de commerce électronique peut placer une personne publique dans les mêmes conditions qu'un particulier¹ et qu'en outre ce contrat ne participe pas directement au service public, alors on pourrait envisager que se développe en ces matières davantage de contrats de droit privé. Mais, cela serait sans compter sur le fait que de nombreux contrats administratifs le sont par détermination de la loi.

Par conséquent, des contrats qui auraient pu relever du droit privé, car ne remplissant pas les conditions matérielles de qualification du contrat administratif, se trouvent, de par la détermination de la loi, soumis à un régime de droit public. Ainsi, par exemple, le contentieux des marchés publics se trouve désormais soumis au juge administratif et cela représente une grande partie des contrats réalisés par l'administration².

¹ Ce qui permet d'écarter les critères de qualification liée à l'existence d'une clause et d'un régime exorbitant du droit commun. REYNIS (B), «la LCEN : une loi nécessaire !», op.cit, p.561.

² L'achat de fournitures ou de services ne participe pas systématiquement à une mission de service public et les sites de commerce électronique ou d'enchères utilisent des contrats d'adhésion, ce qui implique qu'il n'y aurait eu ni de clauses ni de régime exorbitant du droit commun. C'est pourquoi sans qualification

Or, c'est précisément concernant les marchés publics que l'utilisation de sites d'enchères ou de sites de commerce électronique aurait permis l'explosion de contrats électroniques de droit privé dans le cadre de l'administration. Les contrats de droit privé ne sont pas destinés à se multiplier sous l'effet de l'utilisation des outils liés aux technologies de l'information et de la communication. L'usage par les personnes publiques de procédés électroniques n'entraîne donc pas la qualification de contrats de droit privé. Inversement, dans quelle mesure un contrat électronique peut-il être qualifié de contrat administratif ?

§2) Les critères de contrat administratif comme contrat dématérialisé :

L'identification du contrat administratif est connue pour être une notion bâtie par la jurisprudence. Les critères d'identification de la notion ont été certes apportés par le Conseil d'État au début du XXe siècle, et la jurisprudence conserve encore aujourd'hui une importance indéniable dans la matière. La multiplication des qualifications légales, depuis le début du nouveau millénaire, pose cependant question. Il serait tentant de voir dans cet essor un bouleversement de la notion de contrat administratif. Ces changements auraient toutefois pour conséquence une perte de sens qui ne pourrait entraîner qu'une disparition à terme, voire paver la voie à une unification du contentieux des contrats, le contrat administratif ayant perdu toute spécificité. Or c'est cette spécificité qui justifie l'existence d'un corps de règle spécial – le régime du contrat administratif – et d'un juge spécial, le juge administratif. Envisager le problème en ces termes est tentant, mais ne reflète que partiellement la réalité. Il faut en effet rappeler que les qualifications légales sont très tôt intervenues dans la définition du contrat administratif, et qu'elles ont cohabité avec les critères tirés de la jurisprudence jusqu'à la période contemporaine.

Malgré les apparences, c'est toujours le cas. Les qualifications légales les plus récentes n'ont pas remis en cause la spécificité du contrat administratif. Celui-ci est toujours identifié en fonction de sa nature particulière, et seul son champ d'application change. Critères jurisprudentiels et qualifications légales partagent en effet une même conception du contrat administratif, fondée sur la proximité avec l'intérêt général. Loin d'être affaiblie, la notion de contrat administratif révèle donc sa permanence. Seule recule de fait l'intervention de la jurisprudence en son sein, hormis dans l'application des textes. Par conséquent, il faut voir si le support électronique est compatible avec les critères de qualification du droit administratif. Il n'est donc pas question ici de vérifier la compatibilité du support électronique avec les différents régimes induits par la qualification de contrat administratif. Pour qu'un contrat soit administratif, il faut au moins une personne publique au contrat (**A**). Mais il faut un autre élément pour confirmer le caractère administratif, c'est pour cela qu'il est recouru aux critères matériels. Jusqu'à récemment, l'utilisation de l'outil contractuel dans les réseaux fermés avait permis de se dispenser d'une réforme législative du droit de la preuve.

légale, cela aurait sans doute abouti à un développement des contrats de droit privé de l'administration, Fouilleul (N), "le contrat administratif électronique ", op.cit, p.98.

La voie conventionnelle comblait les lacunes de la loi, en conférant une valeur probatoire aux écrits dématérialisés signés électroniquement¹ (B).

A) L'identification du contrat administratif électronique:

Critères jurisprudentiels et qualifications légales partagent en effet une même conception du contrat administratif, fondée sur la proximité avec l'intérêt général. Loin d'être affaiblie, la notion de contrat administratif révèle donc sa permanence. Seule recule de fait l'intervention de la jurisprudence en son sein, hormis dans l'application des textes. Différentes critères encadrent le contrat administratif en ligne (a). Faute de quoi, il est à mettre l'accent sur l'indifférence des technologies électroniques à l'égard du contenu du contrat (b).

a. Le critère organique :

Dans la jurisprudence des tribunaux administratifs, il est certains jugements dont la lecture incline à penser que trois critères doivent être cumulés pour que le contrat soit administratif². Ainsi dans l'affaire Bouarsa³, Pour qu'il y ait contrat administratif, il faut au moins une personne publique partie au contrat : *«la règle selon laquelle les contrats passés par les personnes privées, même chargées d'une mission de service public, sont des contrats privés, est l'une des plus solides de notre système de répartition des compétences»*⁴. Cela revient à se poser la question suivante: Une personne publique peut-elle passer électroniquement un contrat ? A priori oui, puisque s'agissant des contrats de marchés publics, (art 148 du décret 2-12-349), permet la dématérialisation des procédures de passation de marchés publics. Il existe déjà des extranets fournisseurs⁵, des plateformes de dématérialisation des procédures de passation et des sites d'initiations aux enchères inversées⁶, où des contrats entre personnes publiques et personnes privées sont

¹ Voir sur cette problématique, LINANT DE BELLEFONDS (X), «informatique et droit de la preuve » Paris, éd ; Des Parques, AFDIT, 1987, ANTOINE (M), « le droit de la preuve face aux nouvelles technologies » Brixelles, Story-Scientia, coll., Cahier du CRID, n° 7, 1992, p. 227.

² T.A. Agadir, 19 octobre 1995, Bouarsa, REMALD, série «Thèmes actuels», n° 9, p. 169.

³ il est précisé : «Attendu que la jurisprudence de cette juridiction considère avec constance que le contrat est administratif, lorsque trois conditions sont réunies : que l'un des cocontractants soit une personne publique; que le contrat concerne la gestion d'un service public ou la réalisation d'un intérêt général ; que la personne publique recoure à l'utilisation d'un procédé public dans le contrat». Puis, pour conclure au caractère administratif du contrat, le Tribunal se livre à une vérification des trois critères un à un, comme s'ils devaient être cumulés pour jouer un rôle commun. Cela lui avait d'ailleurs été suggéré par le commissaire royal concluant sur l'affaire : «Si les deux conditions du contrat administratif sont réunies dans l'espèce, comme ceci a été dit, il y a lieu de relever que conformément à la doctrine et à la jurisprudence, elles ne sont pas suffisantes pour donner la qualité administrative au contrat objet du recours. Il faut que le contrat contienne une clause exorbitante du droit commun». LAAREJ (M), Concl. Sur TA. Agadir, 19 octobre 1995, *ibid.* p. 174.

⁴ Conclusions de Braibant sous l'arrêt du Tribunal des Conflits, 7 janvier 1972, S.N.C.F. contre Solon et Barrault, R.D.P.1973, p.473.

⁵ Voir par exemple l'initiative mise en œuvre par le Conseil général de l'Oise. Pour plus de détails consulter : www.cg60.fr

⁶ Voir par exemple le site www.achatpublic.com qui a mis en place des expérimentations portant sur une salle des marchés virtuelles (il s'agit d'un espace de dématérialisation des procédures) et une salle des enchères inversées.

conclus. La directive du 8 juin 2000, dite «commerce électronique»¹, trouve également à s'appliquer aux personnes publiques. Comme le droit communautaire ne connaît pas la distinction entre droit public et droit privé et tend à considérer les personnes publiques comme des personnes privées, cette directive comme celle sur la signature électronique, ouvrent aux personnes privées comme aux personnes publiques la possibilité légale d'user d'outils électroniques de passation des contrats². Les personnes publiques ne sauraient de ce fait être exclues de la possibilité de passer des contrats en double cliquant ou en usant de la signature électronique par exemple.

Pour autant, dans la transposition de la directive sur la signature électronique; à savoir la loi du 13 mars 2000 sur «la signature électronique» ou dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique³, il n'apparaît aucune disposition mettant en place les aménagements nécessaires à l'utilisation de ces outils par les personnes publiques. Or, il n'aurait pas été superflu de viser expressément les personnes publiques⁴, car de ce fait, subsiste un certain flou juridique s'agissant de l'utilisation par la personne publique de la signature électronique sécurisée. Il est légitime que certaines personnes publiques soient encore réticentes à l'utiliser. Toutefois, beaucoup considèrent que l'usage de la signature électronique sécurisée est d'ores et déjà possible⁵. Ainsi, M. Marcou⁶, considère favorablement l'utilisation par les personnes publiques de la signature électronique sécurisée. Selon lui, les dispositions du décret d'application de l'article 1316-4 du code civil sont compatibles avec le régime des personnes publiques puisqu'il considère que «ces dispositions devraient conduire à créer une signature électronique sécurisée pour toute personne investie du pouvoir de signer des actes administratifs au nom d'une autorité administrative au sens de l'article 1er de la loi du 12 avril 2000, ce qui signifie que toute délégation de signature devrait s'accompagner désormais de la création d'une signature électronique sécurisée»⁷.

¹ Directive 31/2000/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, précitée.

² D'autant que la directive sur la signature électronique prévoit expressément dans son considérant 19 que «les signatures électroniques seront utilisées dans le secteur public au sein des administrations nationales et communautaires et dans les communications entre les dites administrations ainsi qu'avec les citoyens et les opérateurs économiques».

³ La loi pour la confiance dans l'économie numérique. Téléchargé sur : <http://www.legifrance.gouv.fr>

⁴ D'autant que la directive sur la signature électronique visait tout particulièrement les personnes publiques et envisageait des aménagements en leur faveur. Voir l'article 3, paragraphe 7 de la directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, op.cit. p 12.

⁵ Voir dans ce sens l'article «Collectivités et signature électronique», paru dans la Gazette des Communes n°1592 du 9 avril 2001, p.14 ; et la thèse de CANTERO (A), «Des actes unilatéraux des communes dans le contexte électronique – Vers la dématérialisation des actes administratifs ?» Presse Universitaire d'Aix - Marseille, 2002, p.199.

⁶ Professeur à l'université Paris1 Panthéon Sorbonne.

⁷ MARCOU (G), «le régime des actes administratifs face à l'électronique», in CHATILLON (G) et du MARAIS (B), «l'administration «électronique au service des citoyens», Bruxelles, Bruylant, 2003, p.79. Voir aussi : acte du colloque international, sur l'administration électronique au service des citoyens, des 21 et 22 janvier 2002 organisé par le Conseil d'Etat et l'Université Paris 1. Téléchargeable sur le site www.univ-paris1.fr.

Néanmoins, l'utilisation par les personnes publiques, de la signature électronique dans les conditions de l'article 417-2 du D.O.C semble donc acquise. Reste à savoir, si les critères matériels n'y feront pas non plus obstacle.

b. Critère matériel : L'objet et le contenu du contrat :

Il s'agit d'un critère alternatif en ce sens que l'une ou l'autre des conditions doivent être remplies. Cela a été déterminé par l'arrêt *Epoux Bertin*, de 1956 du Conseil d'Etat¹. Lorsque le critère organique est satisfait, le critère matériel doit être vérifié pour déterminer le caractère administratif du contrat. Deux éléments peuvent permettre d'établir le caractère public du contrat. Les critères matériels alternatifs et complémentaires, sont des critères qui se rapportent à l'objet, au contenu, du contrat. Ils se dédoublent :

* Le critère fonde sur l'exorbitance : Se critère admet la passation électronique d'un contrat. En effet, un contrat électronique peut-il admettre une clause exorbitante ? Selon M. Revet², un contrat électronique est avant tout un contrat, mais passé par voie électronique. L'électronique n'est qu'un support ; il n'intervient pas dans le contenu du contrat. Rien n'empêche donc un contrat électronique de contenir une clause exorbitante. L'électronique est indifférente au contenu qu'elle supporte. Un contrat envoyé par internet et recouvert par une signature électronique peut parfaitement contenir une clause exorbitante. De même, il est parfaitement envisageable qu'un contrat conclu en ligne contienne une clause exorbitante. Ainsi, par exemple, il est possible d'imaginer un site d'enchères inversées mettant en présence un fournisseur et une personne publique afin qu'ils contractent en ligne sur le site (ce site ayant fait des "contrats types" ou des "contrats d'adhésion" contenant une ou des clauses exorbitantes). Le critère de la clause exorbitante peut donc parfaitement trouver à s'appliquer dans un contrat électronique.

* le critère fonde sur la participation à l'exécution du service public : C'est le critère qui se réfère au service public, il a semblé pendant longtemps qu'il ne produisait ses effets que s'il se cumulait avec celui de l'exorbitance. Le conseil d'Etat a levé les ambiguïtés dans l'arrêt du 20 avril 1956 *Epoux Bertin*³, en reconnaissant le caractère suffisant de ce critère. La formulation utilisée par le conseil d'Etat varie, mais dans tous les cas le lien avec le service public doit être étroit. Il faut une participation directe du cocontractant à l'exécution du service public, ou il faut que le contrat soit une modalité d'exécution du service public. Ainsi un contrat par lequel une collectivité locale achète des fournitures à une société ne remplit ni l'une ni l'autre condition⁴.

¹ https://www.lemondepolitique.fr/cours/droit_public/contrats_administratifs/criteres-contrat.html

² Rapport introductif fait par THIERRY (R), «Le contrat électronique», travaux de l'association Henri Capitant, op.cit. p. 8.

³ CE, 20 avril 1956, "Epoux Bertin", GAJA, Dalloz, 14^e éd, 2003, n°75 : "est administratif le contrat qui a pour objet de confier à un particulier l'exécution même du service public", en l'espèce l'hébergement de ressortissants soviétiques en instance de rapatriement en 1944.

⁴ La loi du 28 pluviôse an VIII, toujours en vigueur, dispose, dans son article 4 alinéa 3, que le conseil de préfecture (les actuels tribunaux administratifs) est compétent «sur les difficultés qui pourraient s'élever

C'est un contrat de droit privé ; s'il ne contient pas de clause exorbitante, et s'il n'est pas passé en application du décret des marchés publics. Partant de ce point ; Les qualifications légales peuvent donc trouver à s'appliquer à un contrat passé par voie électronique.

Ainsi, il faut remarquer que, comme tout support, l'électronique est assez neutre à l'égard de ce qu'il supporte. Le droit administratif étant en fin de compte assez peu formaliste, il admet assez facilement l'utilisation des technologies de l'information et de la communication. Dire qu'un contrat passé par électronique peut être administratif, c'est rendre compte de cette possibilité pour chaque type de contrats administratifs. Chaque catégorie de contrats présente des spécificités tant et si bien que l'on est amené à se demander s'il existe une unité de régime correspondant à la qualification de contrat administratif¹. Par conséquent, la qualification de contrat administratif ne faisant pas obstacle à l'utilisation d'outils électronique, il convient de s'interroger sur la reconnaissance de la forme «écrite» de l'acte sous forme électronique.

B) Le système probatoire marocain au déficit de la preuve électronique :

Le phénomène informatique contredit les règles traditionnelles de preuve car elle touche les bases de la preuve qui sont l'écrit² (en principe sur support papier) et la signature en introduisant de nouveaux moyens électroniques³. Alors peut-on assister à une évolution de la doctrine classique de la preuve et des moyens de preuve afin d'intégrer les nouvelles techniques imposées par l'ère actuelle⁴ ? Dans le régime de la liberté de la preuve, en revanche, la valeur de la force probante des écrits sous forme électronique continue d'être soumise à l'appréciation du juge.

Il est pourtant nécessaire que soit harmonisée la reconnaissance des actes - ad probationem - sous forme électronique car c'est l'une des conditions essentielles de la sécurité juridique pour la confiance dans l'économie numérique. Partant, le nouveau régime probatoire introduit en droit privé sera étudié afin d'examiner l'intégration du document électronique : question de sa fiabilité, ainsi que l'intégration du document électronique : quant à sa recevabilité (a). Dans la mesure où les principes dégagés sont susceptibles d'influencer le régime de la preuve en droit administratif (b).

entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration concernant le sens ou l'exécution des clauses de leurs marchés». Un contrat de travail public⁴ est donc toujours un contrat administratif.

¹ Cependant, notre attention portera essentiellement sur les contrats de marchés publics dans la mesure où, étant beaucoup plus formalistes et encadrés que les autres contrats administratifs, les marchés publics constituent les obstacles et offrent les enjeux les plus intéressants et pertinents.

² ABDALAOUI (I.A), «Les moyens de preuve en droit marocain», éd. Imprimerie Anajah El Jadida, 1990, Casablanca, en Arabe.

³ GHALI (A), «des thèmes dans l'informatique et le droit», Imprimerie, Boukili Impression, 1997, Kenitra, p.46.

⁴ Dans quelques législations, or, ce n'est pas le cas au Maroc où la jurisprudence a considéré que l'empreinte n'a pas la valeur probatoire de la signature. Arrêt de la Cours suprême n° 2223 du 12 novembre 1989 publié dans la collection des arrêts de CS des années 1983 à 1991 p.p. 606-607.

a. Vers l'autorisation de la destruction du papier :

Le régime classique de la preuve, au Maroc, est dominé par la place de l'écrit : signature et papier restent les éléments de référence en cas de litige. Or, la copie numérique est devenue un document très usité, notamment au sein des entreprises et administrations. L'écrit authentique électronique doit remplir toutes les conditions d'un écrit électronique sous seing privé valable et en rajouter une condition rapportée par l'art 417-2 du D.O.C. est celle qu'il soit signé au par devant un officier public compétent¹. La preuve se fait concrètement par le témoignage² de quiconque a assisté à la confection de l'écrit et peut le «reconnaître» au moment du procès puisque si cette possibilité n'y était pas des droits seront perdus³. Elle peut aussi se faire par un expert en comparaison d'écriture⁴. De telles preuves sont rares.

Le plus souvent, l'authenticité de l'écrit est admise par la partie adverse explicitement ou implicitement. Toutefois, en l'absence de preuve d'authenticité ou d'admission de la partie adverse, l'écrit est déclaré irrecevable et dépourvu de force probante. Comment intégrer le document électronique dans un tel système ? C'est ce qu'a tenté de faire le législateur dans la partie la plus difficile de la Loi, qui a introduit le régime des articles 440 et 441 du D.O.C. Par ailleurs, si le juge est tenu par les modes probatoires choisis par les cocontractants, il conserve toutefois son pouvoir d'appréciation en ce qui concerne la validité de la clause au regard de la théorie générale des contrats.

Comme le fait remarquer M. Catala, le juge a, de toute façon, toujours un pouvoir d'appréciation directement lié à sa fonction : *« on voit mieux aujourd'hui se dessiner le rôle respectif de la machine et de l'homme dans l'administration de la justice. Il n'ya pas de conflit de compétence. L'ordinateur n'a pas à juger. Simplement, du début à la fin des procédures, il peut libérer le juge d'un certain nombre de charges, lui permettant ainsi de mieux se consacrer à l'unique mission dont il a l'exclusivité »*⁵. Le juge peut toujours demander une expertise sur la fiabilité de la machine utilisée. Dès lors, il apparaît évident que la validité des conventions sur la preuve n'est pas absolue. Depuis l'ordonnance du 10 février⁶, la copie numérique d'un document papier est présumée fiable, sous réserve

¹ جنان العربي، "التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية - القانون المغربي رقم 53-05 - دراسة تحليلية نقدية" مرجع سابق ص 26

² Article 448. - La preuve testimoniale est recevable, par exception aux dispositions ci-dessus : 1° Toutes les fois que la partie a perdu le titre qui constituait la preuve littérale de l'obligation ou de la libération en conséquence d'un cas fortuit, d'une force majeure, d'une soustraction frauduleuse ; le cas des billets de banque et des titres au porteur est soumis à des règles spéciales ; 2° Lorsqu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation ; tel est le cas des obligations provenant des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits et celui où il s'agit d'établir une erreur matérielle commise dans la rédaction de l'acte, ou des faits de violence simulation, fraude ou dol dont l'acte est entaché ou bien, entre commerçants, dans les affaires où il n'est pas d'usage d'exiger des preuves écrites. L'appréciation des cas où il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve écrite est remise à la prudence du juge.

³ نور الدين الناصري، " المعاملات و الإثبات في مجال الاتصالات الحديث"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2007، ص 158.

⁴ ABDALAOUI (I.A), « Les moyens de preuve en droit marocain », op.cit, p.77.

⁵ CATALA (P), «le juge et l'ordinateur», in Mélanges en l'honneur de PERROT (R), «nouveaux juges, nouveaux pouvoirs», p. 32.

⁶ JORF n°0035 du 11 février 2016 - texte n° 26, Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

que les moyens adaptés soient employés pour sa création et sa conservation. Ces moyens existent depuis 2013. Ils sont précisés par la norme NF Z 42-013 et ses règles de certifications NF 461, qui traitent les processus et moyens techniques à mettre en place pour constituer une copie numérique fidèle et maîtriser son archivage à vocation probatoire. Le respect de la norme NF Z 42-013 permet de créer une chaîne de confiance dès la numérisation. Ce nouveau texte constitue une avancée juridique relative vers l'autorisation de la destruction des originaux papiers. En effet l'acceptation de la copie numérique reste soumise à l'appréciation du juge, qui peut demander la production de l'original papier si celui-ci a été conservé.

En droit français, un décret du 5 décembre 2016 détermine les conditions du bénéfice de la présomption de fiabilité de la copie numérique. Jusqu'en octobre 2016, le Code civil avait intégré la photocopie, les photographies et les impressions de Gutenberg comme copies des actes juridiques. L'ancien article 1334 du Code Civil, dont la rédaction datait du Code civil de 1804, disposait, à propos de la copie des titres, que : «Les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée».

L'ancien article 1348 alinéa 2 datant, quant à lui, de la loi n°80-525 du 12 juillet 1980, prévoyait que, lorsque l'on n'avait pas conservé l'original de l'acte, l'on pouvait apporter la preuve des actes sous-seing privés dépassant un montant de 1500 euros grâce à sa copie de l'acte pour condition qu'elle soit « la reproduction non seulement fidèle, mais aussi durable ». Le Code civil posait alors une présomption sur la durabilité en ce sens : « Est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support ». La jurisprudence avait tendance à interpréter extensivement de dernier texte, mais les juges s'attachaient aussi à détecter les cas de faux avérés et si les conditions de support fidèle et durable étaient remplies. Par exemple, la Cour de Cassation a refusé de faire droit à une caisse primaire d'assurance maladie qui justifiait de l'accomplissement de la formalité prévue à l'article R 441-11 du Code de la sécurité sociale par la production de la copie informatique de la lettre d'information adressée à l'employeur sans rechercher si le document produit répondait aux exigences des articles 1334, 1348 et 1316-1 du Code civil¹.

* La «nouvelle» copie fiable : Avec l'ordonnance du 10 février 2016 prenant effet en octobre 2016,² ces dispositions sont compressées, modifiées et renumérotées sous l'article 1379 du Code civil : « La copie fiable a la même force probante que l'original. La fiabilité est laissée à l'appréciation du juge. Néanmoins est réputée fiable la copie exécutoire ou authentique d'un écrit authentique. Est présumée fiable jusqu'à preuve du contraire toute copie résultant d'une reproduction à l'identique de la forme et du contenu de l'acte, et dont l'intégrité est garantie dans le temps par un procédé conforme à des conditions fixées par décret en Conseil d'État. Si l'original subsiste, sa présentation peut toujours être

¹ Cass. 2e civ. 4-12-2008 n° 07-17.622.

² Ordonnance 2016-131 du 10-2-2016.

exigée ». La différence rédactionnelle entre la copie fidèle et durable et la copie fiable induit une différence technique soulignée par le décret d'application.

b. L'influencer du droit de la numérisation sur le régime de la preuve en droit administratif.

En droit français à titre d'exemple, le décret d'application n° 2016-1673 du 5 décembre 2016 relatif à la fiabilité des copies et pris pour l'application de l'article 1379 du Code civil, va créer deux présomptions de fiabilité pour la copie résultant: «soit d'un procédé de reproduction qui entraîne une modification irréversible du support de la copie », ce qui ne change pas de l'ancienne rédaction du Code civil «soit, en cas de reproduction par voie électronique, d'un procédé qui répond aux conditions prévues aux articles 2 à 6 du présent décret. » Ce second tiret vise ainsi non seulement la copie de fichiers numériques, mais surtout fait sortir de l'ombre la numérisation de documents originaux qui sont originellement sur support papier.

Or, les conditions de fiabilité de la copie numérique sont draconiennes, posant ainsi huit exigences : Informations sur la copie : « Le procédé de reproduction par voie électronique doit produire des informations liées à la copie et destinées à l'identification de celle-ci. Elles précisent le contexte de la numérisation, en particulier la date de création de la copie » ; Qualité : « La qualité du procédé doit être établie par des tests sur des documents similaires à ceux reproduits et vérifiée par des contrôles » ; Intégrité : «L'intégrité de la copie résultant d'un procédé de reproduction par voie électronique est attestée par une empreinte électronique qui garantit que toute modification ultérieure de la copie à laquelle elle est attachée est détectable. Par exemple «l'usage d'un horodatage qualifié, d'un cachet électronique qualifié ou d'une signature électronique qualifiée¹, au sens du règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet » dit eIDAS ; Conservation de la copie: «La copie électronique est conservée dans des conditions propres à éviter toute altération de sa forme ou de son contenu » ; Lisibilité dans le temps : « Les opérations requises pour assurer la lisibilité de la copie électronique dans le temps ne constituent pas une altération de son contenu ou de sa forme dès lors qu'elles sont tracées et donnent lieu à la génération d'une nouvelle empreinte électronique de la copie » ; Traçabilité : « Les empreintes et les traces générées en application des articles 3 et 4 sont conservées aussi longtemps que la copie électronique produite et dans des conditions ne permettant pas leur modification» ; Sécurité : « L'accès aux dispositifs de reproduction et de conservation décrit aux articles 2 à 5 fait l'objet de mesures de sécurité appropriées » ; Documentation : «Les dispositifs et mesures prévues aux articles 2 à 6 sont décrits dans une documentation conservée aussi longtemps que la copie électronique produite».

Une question sera sans doute à traiter par la jurisprudence : doit-on exclure les copies de fichiers par modification de format, par exemple de « Word » en « PDF », au risque de ne

¹ Au sens du règlement (UE) 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 et abrogeant la directive 1999/93/CE (eIDAS).

pas satisfaire à l'exigence d'intégrité ? La force probante d'une copie est rappelée par le texte, ce qui a lieu de nous rassurer. Mais attention, il ne s'agit que de la copie « fiable ». Et le juge devra apprécier cette fiabilité ! « La copie fiable a la même force probante que l'original. La fiabilité est laissée à l'appréciation du juge »¹. Quoi de plus difficile pour un juge d'apprécier la fiabilité technique d'une copie numérique. Certes le terme de fiabilité n'est pas nouveau puisqu'il existait déjà pour la signature électronique. Ainsi, le juge va nécessairement se raccrocher aux présomptions techniques de fiabilité et donc aux dispositions du décret d'application. Outre l'exigence centrale d'une intégrité à l'identique, on sent bien que la fiabilité de la copie devient surtout une question de traçabilité. Pour citer M. Mouton de la société Demaeter²: « La traçabilité au sein d'un Système d'Information est la capacité à suivre ou à reconstruire un historique fidèle des événements qui se sont déroulés au sein de ce système.

Dans le cadre de la dématérialisation, les traces sont le socle principal de l'administration de la preuve. Les traces doivent être structurées de manière à conserver les informations suivantes : qui ; quoi ; quand. » Les différents types de traces sont, par exemple, les logs techniques, les traces applicatives, les traces cryptographiques ou même des accusés de réception transmis par des téléservices ou sites web. La trace a un rôle fondamental dans la sécurisation juridique d'un système d'information ou d'échanges d'informations et elle doit s'organiser en amont du développement. C'est bien ce que le décret prévoit aujourd'hui: informations liées à la copie, identification de la copie, contexte de numérisation, conservation des empreintes et des traces aussi longtemps que la copie, dans des conditions assurant leur intégrité. On dira que l'on rentre dans l'ère de trace.

*La notion d'original numérique : Sur le plan technique, la notion d'original numérique n'a certes pas grand sens, à moins que l'on tienne compte de la date de toute première création du fichier. Inversement, l'impression sur support papier n'est qu'une copie de l'original numérique. En revanche, elle garde son sens si l'original est sur support papier, car en ce cas, la copie numérique n'est ici que la copie. Sur le plan juridique, la notion d'original ne disparaît pourtant pas. En effet, si l'on peut produire des copies en justice pour faire preuve d'un droit, l'article 1379 du Code civil confirme l'équivalence de la force probante entre l'original et la copie numérique fiable. Il prend soin de préciser que « si l'original subsiste, sa présentation peut toujours être exigée », ce qui signifie que l'on ne peut pas détruire volontairement un original papier ou numérique pendant sa durée légale de conservation³.

*Impact / un nouveau marché : Les prestataires de numérisation ont devant eux un nouveau marché ultra concurrentiel : celui de la copie numérique fiable. Ils devront alors se mettre en conformité avec les exigences du décret. Pour les acheteurs, l'examen de cette mise en conformité ne pourra pour l'instant être vérifiée que par les audits technico-juridiques. Le décret ne prévoit pas de certification en la matière, ce qui est normal,

¹ <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Directives/Reglement-910-2014-transactions-ele>

² <https://www.demaeter.fr>.

³ <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Directives/Reglement-910-2014-transactions-elect>.

puisque une certification n'intervient que par rapport à une norme. Il faudra donc attendre l'adoption d'une prochaine norme. Côté prestataires, comme côté utilisateurs, une documentation précise des conditions de numérisation devrait être mise en place, mais surtout une politique de la numérisation à destination des usagers de l'entreprise. En effet, il est indispensable de documenter tout le processus, afin d'éviter l'expertise judiciaire sur la fiabilité des copies : il en va de la force probante des preuves en justice. Enfin, les textes ne permettent pas encore le droit de supprimer volontairement ses originaux papiers ...

En conséquence, les parties sont seulement autorisées soit à restreindre les modes de preuve en exigeant la production d'un écrit alors que la preuve libre aurait été applicable à leur contrat, soit à contourner l'exigence de l'article 417, modifié, du D.O.C en retenant des modes probatoires diversifiés tels que la présomption, la télécopie, la photocopie, la preuve électronique¹.

La jurisprudence alors a suivi une autre voie, plus explicite, en reconnaissant ouvertement la force probante de nouveaux modes de preuve littérale. L'Article 440, modifié, du D.O.C stipule que: *«Les copies faites sur les originaux des titres authentiques ou des écritures privées ont la même valeur que les originaux lorsqu'elles sont certifiées par officiers publics à ce autorisés dans les pays où les copies ont été faites. La même règle s'applique aux photographies de pièces faites sur les originaux. Les copies d'un acte juridique établi sous forme électronique sont admises en preuve dès lors que l'acte répond aux conditions visées aux articles 417-1 et 417-2 et que le procédé de conservation de l'acte permet à chaque partie de disposer d'un exemplaire ou d'y avoir accès»*. La photocopie est une photographie de l'acte original.

La réforme entreprise en droit privé mérite notre attention car elle rejoint les préoccupations du droit administratif. Sous l'angle de la preuve, la loi 53.05 loi relative à l'échange électronique de données comporte deux volets particulièrement novateurs : la redéfinition de la preuve littérale afin de la rendre indépendante de son support et la consécration de la force probante de l'écrit électronique. A ce stade il semble nécessaire de rappeler la définition légale de la preuve littérale. Selon *l'article 417 du D.O.C*, la preuve littérale résulte d'un acte authentique d'une écriture sous seing privé. Elle peut résulter également de correspondance, des télégrammes, et des livres des parties, des bordereaux des courtiers dûment signés par les parties, des factures acceptées, des notes et documents privés ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission.

¹ Les parties sont seulement autorisées soit à restreindre les modes de preuve en exigeant la production d'un écrit alors que la preuve libre aurait été applicable à leur contrat, soit à contourner l'exigence de l'article 417, modifié, du D.O.C en retenant des modes probatoires diversifiés tels que la présomption, la télécopie, la photocopie, la preuve électronique. LUCAS DE LEYSSAC (C), «les conventions sur la preuve en matière informatique», in LINANT DE BELLEFONDS (X), (dir.), informatique et droit de la preuve, Paris, éd. Des Parques, AFDIT, 1987, p.p 143-144.

AMMAR (D), «preuve et vraisemblance : contribution à l'étude de la preuve technologique», RTD civ, juillet-septembre 1993, p.514.

Cette définition comporte deux éléments : le premier a trait au contenu (suite de signes ou symboles intelligibles) ; le second porte sur la forme (indifférence du support et des modalités de transmission). Ces précisions permettent de consacrer l'existence d'une preuve par écrit électronique puisque la seule exigence est le caractère intelligible des symboles. Afin qu'il n'y ait pas de doute sur la règle, il est inséré un nouvel article 417-1 «l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier¹». Il est posé au même article que «l'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier». Par cette loi le législateur dématématise la définition de l'écrit². Suite à ces développements, une question intéressante se pose : un courrier électronique³ peut-il servir de preuve⁴? D'un point de vue technique, un message électronique n'apporte, à l'heure actuelle, aucune sécurité quant à l'identité de l'expéditeur et à l'intégrité du message.

Quand bien même le véritable nom de l'auteur du message, son e-mail et la source du message seraient retrouvés, il peut très bien y avoir eu utilisation d'un logiciel permettant d'envoyer un message en se faisant passer pour une autre personne : de très bonnes compétences techniques sont alors nécessaires pour découvrir que l'adresse IP de l'auteur est différente de celle du propriétaire de l'adresse d'émission, et, en amont, pour savoir que cette découverte est possible. Ensuite, des logs, même fiables, ne sont pas d'un grand secours dans la mesure où l'intégrité du message peut être atteinte par son destinataire ou lors d'une éventuelle interception. L'utilisateur de la machine d'émission du message peut très bien ne pas être le propriétaire de la machine et/ou du compte de messagerie électronique. Pour garantir la fiabilité d'un e-mail, l'utilisation d'une signature électronique et d'un certificat d'intégrité, comme PGP, est donc nécessaire, pour la voie générale des intervenants. Si certains estiment que ces mesures ne sont pas suffisantes, la plupart est convaincue du contraire (un e-mail crypté n'est lisible que par celui qui possède la bonne

¹ Afin d'affirmer cette égalité, l'article 1326 du code civil français qui pose l'exigence de la mention manuscrite du montant de la somme en lettres et en chiffres sur l'instrumentum constatant un contrat unilatéral (reconnaissance de dette, cautionnement) est modifié. Les termes «écrite de sa main» sont remplacés par les mots «par lui-même». Il suffira donc que le débiteur du contrat unilatéral inscrive bien «par lui-même» la somme en chiffres et en lettres. CHAMOUX (F), «la loi du 12 juillet 1980 : une ouverture sur le nouveau moyen de preuve», op.cit, p.309.

² Force est de constater que cette définition vaut tant pour les actes authentiques que pour les actes sous seing privé. Elle vaut également pour le commencement de preuve par écrit et les copies.

³ Le courrier électronique (en anglais email ou e-mail) est un des services les plus couramment utilisés sur internet, permettant à un expéditeur d'envoyer un message à un ou plusieurs destinataires. Le courrier électronique a été inventé par Ray Tomlinson en 1972. L'Académie française lui a trouvé le nom de «mél», tandis que les québécois, réputés pour leur langage imagé, ont adopté le joli terme de «courriel». Depuis la parution du Journal Officiel du 20 juin 2003, le terme courriel a été adopté comme dénomination principale du courrier électronique dans la langue française. Article du Journal Officiel du 20 juin 2003 (annule et remplace la publication du 2 décembre 1997). Pour connaître l'histoire de l'Email, visitez le site <http://www.arobase.org/>, l'email sous toutes ses coutures.

⁴ La définition du courrier électronique se trouve à l'article 1-IV al 5 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) : « On entend par courrier électronique tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur de réseau ou dans un équipement terminal du destinataire, jusqu'à que ce dernier le récupère ». Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JORF n°143 du 22 juin 2004 page 11168 texte n° 2.

clé, la sécurité est de bon niveau...), faisant en outre une corrélation avec le fax qui, loin d'apporter des garanties suffisantes d'intégrité, est souvent admis comme mode de preuve¹. D'un point de vue juridique, un e-mail peut bien entendu être produit en justice dans tous les cas où la preuve est libre (droit pénal, droit commercial et, selon les domaines, droit civil). Restera le problème de la valeur probatoire qui sera accordée au document compte tenu des réserves ci-dessus rappelées, et, subsidiairement, celui de la connaissance technique de ce domaine par le magistrat qui aura à statuer ainsi que de la diligence des parties (apport d'une preuve contraire, ...). Au delà, le législateur français comme les juges ont déjà admis une certaine valeur juridique aux messages électroniques². Par arrêt du 22 mars 2011³, la Chambre sociale de la Cour de cassation est venue préciser les conditions et critères à vérifier, afin de déterminer la valeur probante d'un courrier électronique dans le cadre d'une instance prud'homale⁴. La valeur probante des courriers électroniques avait déjà fait l'objet d'un arrêt de la même chambre en date du 24 juin 2009, dans lequel celle-ci approuvait la cour d'appel d'avoir rejeté la preuve constituée par un courrier électronique au motif qu'il avait été «*recueilli dans des circonstances impropres à en garantir l'authenticité et selon un cheminement informatique qui n'est pas clairement explicité, ne permettait pas l'identification de son auteur, et que le grief énoncé par la lettre de licenciement n'était pas établi* »⁵.

¹ Un autre cite l'exemple de l'Office japonais des Brevets qui accorde une grande confiance à ce système, permettant de déposer des brevets par voie d'e-mail, sachant qu'un brevet divulgué avant son dépôt initial n'en est plus un, selon le même auteur, dans ce pays. Sa valeur probatoire est donc soumise à l'appréciation du magistrat qui aura à statuer, et dépendra de la connaissance technique de ce dernier. Dans un arrêt rendu le 28 décembre 2001 (dit Valette), le Conseil d'Etat a admis la validité d'un dépôt de réclamation contre le déroulement d'opérations électorales par courrier électronique : les juges ont considéré qu'il était possible d'identifier l'auteur de l'e-mail grâce aux autres documents papiers qu'il avait adressé à ses interlocuteurs • Par un arrêt du 16 novembre 2001, la Cour d'appel de Paris reconnaît la validité d'une démission par courrier électronique en le considérant comme manifestant une volonté claire et non équivoque de démissionner.

² L'article 47 de la loi de finances pour 1990 a permis que des factures transmises par voie télématique constituent des documents tenant lieu de factures d'origine ; l'article 4 de la loi n° 94-126 du 11 février 1994 admet, sous certaines conditions, la transmission d'une déclaration administrative par voie électronique ; la jurisprudence a admis la validité des conventions sur la preuve.

³ Cour de cassation - Chambre sociale Audience publique du mardi 22 mars 2011, X. c/ Mutuelle Via santé, Non publié au bulletin.

⁴ En l'espèce, un salarié, responsable de la plate-forme informatique d'une société, a été licencié pour insuffisance professionnelle. Celui-ci contestait son licenciement et demandait la condamnation de son ancien employeur à lui payer des dommages et intérêts, soutenant qu'il avait fait l'objet d'agissements constitutifs de harcèlement moral de la part de son supérieur hiérarchique. A l'appui de ses prétentions, le salarié produisait des courriers électroniques attribués à son supérieur hiérarchique, mais dont il n'était pas destinataire.

La Cour de cassation confirme l'arrêt d'appel qui a débouté le salarié. Après avoir rappelé que le salarié n'expliquait pas la provenance des courriers électroniques, qu'il ne justifiait pas des conditions dans lesquelles il les avait obtenus, que ces courriers n'apparaissaient pas dans la messagerie électronique de son supérieur hiérarchique et qu'il était tout à fait possible techniquement de modifier un courrier électronique existant ou de créer de toute pièce un courrier électronique antidaté, la Cour de cassation précise que ces courriers électroniques, dont l'authenticité n'était pas avérée compte tenu des éléments relevés ci-dessus, n'étaient pas probants et qu'ils devaient donc être écartés des débats.

⁵ Cour de cassation, chambre sociale, Audience publique du mercredi 24 juin 2009, n° de pourvoi: 08-41087, non publié au bulletin, consulter sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAct>.

Par ailleurs, la première chambre civile de la Cour de cassation, dans deux arrêts en date des 20 mai et 30 septembre 2010, précise la valeur probante des courriers électroniques. Ainsi, dans un arrêt du 20 mai 2010¹ relatif à un litige sur l'existence d'un bon de commande, les juges du fond ont retenu les courriers électroniques échangés entre les parties comme commencement de preuve par écrit, au sens de l'article 1347 du Code civil. Cet arrêt a néanmoins été cassé par la première chambre civile, au motif qu'un commencement de preuve par écrit doit être corroboré par des éléments de preuve extérieurs. Dans un second arrêt du 30 septembre 2010, cette même chambre a également cassé l'arrêt d'appel, au motif que la cour avait retenu comme élément de preuve le courrier électronique, envoyé par le propriétaire d'un local à sa locataire, sans rechercher, alors que la personne à qui l'on opposait les courriers déniait en être l'auteur, *«si les conditions mises par les articles 1316-1 et 1316 -4 du code civil à la validité de l'écrit ou de la signature électronique étaient satisfaites »*².

Il ressort de cet arrêt que, pour être admis au titre de preuve, le courrier électronique doit remplir les conditions suivantes, telles qu'elles résultent des articles précités du Code civil: la personne dont il émane doit être identifiée; l'intégrité du courrier électronique doit être garantie; il doit contenir une signature électronique, au sens de l'article 1376-4 alinéa 2. Il résulte de cette jurisprudence que si un courrier électronique peut être produit en justice dans tous les cas où la preuve est libre, c'est néanmoins à la condition que celui qui s'en prévaut démontre, en cas de contestation, son authenticité, à charge pour le juge d'apprécier souverainement sa valeur probante.

La jurisprudence marque ainsi une avancée importante dans la dématérialisation des correspondances dans la pratique contractuelle. Il est désormais possible d'utiliser la messagerie électronique comme moyen de correspondance dans une optique contractuelle, sous réserve d'en obtenir l'accord préalable si l'un des cocontractants est non professionnel. La lettre électronique avec accusé de réception est également instituée. Le support papier n'a plus le monopole de la force probante. Le Code civil s'engage dans la voie de la facilitation de la conclusion de contrats par des moyens électroniques, tant réclamée par les acteurs du e-commerce. Parce que la liberté de la preuve est le principe en droit administratif, le juge peut admettre les écrits sous forme électronique en tant que preuve.

Toutefois, pour la sécurité juridique, il serait souhaitable qu'il retienne l'équivalence probatoire entre les écrits quels que soient leur support et leur mode de transmission dans les mêmes conditions que celles posées pour le juge judiciaire, à savoir l'intelligibilité de l'écrit et les garanties apportées quant au lien entre la personne dont il émane et quand à son intégrité. Dans une très large mesure, le droit administratif marocain est constitué de textes législatifs et réglementaires, ceux-ci englobant, en grande partie, des circulaires aux

¹ Cour de cassation, chambre civile 1, Audience publique du jeudi 20 mai 2010, n° de pourvoi: 09 65854, non publié au bulletin, consulter sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAct>

² Cour de cassation, chambre civile 1, Audience publique du jeudi 30 septembre 2010, n° de pourvoi: 09-68555, Publié au bulletin, consulter sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldActio>

dispositions devenues, faute de recours, en cas d'illégalité, une source non négligeable dans la hiérarchie des normes et d'autre part, les arrêts de la jurisprudence¹. Mais il faudra souligner la forme écrite que revêt toujours la preuve au moment où elle est appréciée par le juge et résoudre alors le problème de la foi à accorder à cet écrit. Dans la procédure contentieuse administrative, aucun texte de portée générale ne fixe la charge de la preuve, ne détermine les modes de preuves admissibles et ne crée entre eux une hiérarchie qui s'imposerait au juge. En règle générale les parties sont libres dans le choix des preuves qu'elles doivent apporter à l'appui de leurs thèses, comme le juge est libre pour apprécier la valeur de celles qui lui sont présentées, décider des mesures d'instruction et de vérification, et imputer la charge de la preuve. Lorsque dans une matière particulière, un texte est intervenu pour régler en tout ou partie le régime des preuves, le juge administratif a, dans la plupart des cas, tendance à l'interpréter libéralement.

D'ailleurs, la preuve d'un acte juridique résulte généralement d'un écrit. Quelle force probante le juge administratif accorde-t-il alors à cet écrit ? A cet égard, M. Debbasch² considère que l'assouplissement de la force probante des actes administratifs n'est que la conséquence de la prise en considération par le conseil d'Etat du principe de la séparation des juridictions administratives et judiciaires. L'opinion de l'auteur, sur la cause de ce revirement jurisprudentiel, illustrant d'ailleurs l'avis doctrinal dominant³, ne peut être négligée. M. Colson estime, toutefois, que *«cette explication n'exclut pas le souci du juge administratif d'éviter un système probatoire trop rigide que seule une analyse trop "civiliste" des textes l'avait initialement conduit à adopter. C'est un raisonnement par analogie contestable qui l'avait incité à assimiler l'acte administratif à l'acte authentique du droit privé ; c'est une interprétation mieux adaptée à la nature et à l'exigence du contentieux administratif qui explique les solutions actuelles. L'acte administratif perd une protection procédurale et le juge y gagne une liberté d'appréciation qu'il ne possédait pas »*.

Cette opinion paraît devoir être approuvée dans la mesure où le renversement jurisprudentiel opéré par le juge démontre sa volonté de ne pas laisser son raisonnement enfermé dans un système probatoire trop rigide. Il n'y a donc pas lieu de distinguer entre les actes administratifs selon qu'ils présentent ou non un caractère authentique, tous étant soumis au principe de la liberté de la preuve et faisant foi jusqu'à preuve contraire seulement⁴.

¹ C'est la Cour Suprême qui a fait de l'obtention du passeport un droit reconnu à tout citoyen, CSA 11 juillet 1985, Echemlal. RJPEM, n°20, p. 42, note BENABDALLAH (A), p.29.

² DEBBASCH (CH), «Procédure administrative contentieuse et Procédure civile», n° 429, op.cit.p.402.

³ GOHIN (O), «contentieux administratif », Paris, Litec, 3ème éd ; 2002, n° 297. CHAPUS (R), « droit du contentieux administratif », Paris, Montchrestien, 11ème éd; 2004, n° 745.

⁴ Il en résulte, selon PACTET Pierre (essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative, Pédone, 1952, p.160, que «les actes administratifs à caractère authentiques ont une force probante très inférieure à celle des actes authentiques d'intérêt privé», citant à ce titre, FREJAVILLE (M) : «cette infériorité n'a rien que de très normal, puisque l'article 1317 (du code civil) fait résulter l'authenticité des actes du droit privé non seulement de la qualité et de la compétence de leurs rédacteurs, mais aussi de l'observation de solennités qui n'existent pas en matière administrative».

L'interprétation du juge administratif est essentielle pour apprécier la reconnaissance juridique de la dématérialisation des actes électroniques en droit public. Sur le terrain probatoire, les juridictions administratives se sont déjà prononcées dans des litiges où les preuves reposaient sur des supports télématique ou informatique. Ainsi, en ce qui concerne le support utilisé et le mode de transmission de l'écrit employé, la jurisprudence fait preuve d'un certain libéralisme en admettant que le juge administratif puisse être valablement saisi autrement que par un courrier écrit, notamment par un télégramme¹ (art 428 ; 429 ; 430 du D.O.C), un télex², ou, encore, une télécopie³ voire même, désormais, par un courrier électronique⁴. Le 28 février 1990, le tribunal administratif de Rennes⁵, a considéré que, notamment dans la mesure où l'administration avait seule la maîtrise du procédé technique utilisé et du stockage des données conservées (en l'espèce le minitel), la force probante de l'inscription télématique d'une candidate à un concours cédait devant l'imprimé papier qu'elle avait retourné signer. Le 7 juin 2001, le tribunal administratif de Nantes⁶ a considéré que la copie de la boîte d'envoi de la messagerie électronique de la requérante ne constituait pas un moyen de preuve fiable, et ce, notamment dans la mesure où le préfet contestait la date alléguée.

Le 28 décembre 2001, le conseil d'Etat a, en revanche, considéré qu'une contestation électorale adressée par voie électronique à l'autorité préfectorale était recevable dans la mesure où il n'y avait pas de contestation sur la date de celle - ci _ un accusé de réception avait été produit par le destinataire dans les pièces du dossier _ et l'origine de l'écrit avait été confirmé _ par la suite l'auteur avait adressé un complément à sa requête sur support papier signé⁷. A l'analyse⁸, il ressort de ces décisions qu'en égard au principe de liberté de la preuve en droit administratif, la preuve sous forme électronique est recevable. Néanmoins, pour convaincre le juge administratif, la preuve électronique devra remplir un certain nombre de conditions qui reposent notamment sur la fiabilité des procédés utilisés. Ainsi, en ce qui concerne la preuve littérale, la forme électronique du support semble indifférente; mais, elle devra pour emporter la conviction des magistrats permettre de garantir l'identification de l'auteur de cet acte, le lien avec celui - ci ainsi que son intégrité⁹.

¹ CE, 2 octobre 1981, «Thomasi », Dr.adm, 1981, n° 380.

² CE, 8 juillet 1988, « Bernhard Dietschi », Dr.adm, 1988, n° 482.

³ CE, 13mars 1996, « Diraison. M », AJDA, 1996, p. 930.

⁴ CE, 28 décembre 2001, « élections municipales d'Entre_ Deux_ Monts », Dr. Adm, 2002, Jp, comm. n° 100.

⁵ T.A. Rennes, 28 février 1990, Mme Bahia Alaoui-Manar, A.J.D.A., 20 mai 1990, Jurispr., p. 426, n° 42, obs. M. Hecquard Théron.

⁶ T.A. Nantes, 7 juin 2001, Elections municipales de Maisdon-sur-Sèvres, Petites Affiches, 10 août 2001, n° 159, concl. Dugommier.

⁷ C.E., 28 décembre 2001, Elections municipales d'Entre-Deux-Monts, Droit adm. 2002, jurispr., comm. n° 110.

⁸ V. pour de plus amples développements, Anne Cantéro, « Des actes unilatéraux des communes dans le contexte électronique - Vers la dématérialisation des actes administratifs ? », op.cit. Supra, p.p 158_159.

⁹ CANTERO (A), «la dématérialisation des actes des collectivités locales : réalité ou vœu pieux ?», BJCL, juin 2004, pp ? 390.391, consultable sur : www.caprioli-avocats.com. Le support électronique est

Les expérimentations permettent de dégager les difficultés techniques et juridiques posées par une telle dématérialisation¹. Il en va ainsi de la dématérialisation de certains actes², de pièces qui doivent être obligatoirement jointes alors qu'elles n'existent que sur support papier comme pour les délégations de service public, de la datation électronique des échanges³, de l'archivage desdits actes sachant que des transmissions ultérieures seront parfois nécessaires⁴. Validité et preuve doivent aller de pair car peu importe qu'un contrat soit valide s'il n'est pas admis à titre de preuve et inversement. Les articles 417-1 et 417_2 du D.O.C servent de même fondement juridique pour régir les deux catégories d'exigence. En droit administratif, l'analogie n'apparaît pas expressément dans les textes. Néanmoins, en ce qui concerne les marchés publics, le pouvoir réglementaire a marqué une sérieuse avancée. L'offre étant une composante du contrat pour lequel l'écrit est exigé, il semble logique que l'exigence d'une signature électronique soit étendue au contrat dans son ensemble ainsi que, plus largement, pour tout écrit exigé dans le cadre des marchés publics.

En outre, quand bien même l'écrit électronique serait admis à titre de validité sans condition, il devrait tout de même respecter les conditions nécessaires pour être recevable à titre probatoire⁵. En effet, le juge administratif, dans le cadre des exemples jurisprudentiels relatifs aux écrits *ad probationem*, ne reconnaît la validité juridique de décisions communiquées par voie dématérialisée que lorsque des procédés fiables d'identification sont utilisés. En droit administratif, la frontière est mince entre "*ad probationem*" et "*ad validitatem*". Si les nécessités probatoires exigent la signature électronique sécurisée, l'admission à titre de validité devra intégrer cette condition.

Le juge administratif pourra utiliser la première phrase de l'article 417-2 du D.O.C pour forger sa conviction et fonder le crédit à apporter aux écrits sous forme électronique produits à titre de preuve dans le cadre de litiges. De la sorte, seuls les procédés fiables d'identification permettant de garantir le lien entre l'auteur-signataire de l'acte avec l'acte auquel la signature électronique s'attache seront retenus par les magistrats de l'ordre administratif. Ceci signifie que les signatures électroniques simples - et non exclusivement les signatures électroniques sécurisées- puissent être admises pour la légalité de tels documents a été confirmée par les évolutions législatives et réglementaires⁶.

indifférent au contenu qu'il supporte. Il n'y a pas d'incompatibilité entre support électronique et stipulations contractuelles obligatoires. Un support électronique peut contenir n'importe quelles clauses.

¹ CANTERO (A), «des actes unilatéraux des communes dans le contexte électronique», op.cit, pp.278.279.

² Par exemple les actes qui nécessitent plusieurs signatures par leurs auteurs.

³ Il faut à la fois dater la date de transmission et celle de réception des actes. L'intervention d'un tiers horodateur semble préconisée.

⁴ Une transmission à la chambre régionale des comptes par exemple, voir en cas de litige, au juge administratif.

⁵ JOUHET (C), «de la nature, des variétés et du rôle de l'acte authentique en droit privé français», Thèse Bordeaux, 1930, p. 149.

⁶ FROGER (D), «la réception d'un acte établi sur support électronique alors que les comparants sont physiquement éloignés : mythe ou réalité ?», op.cit, p. 67.

En tout état de cause, du côté de l'administration, le problème de la réception ne se pose pas, d'autant que l'article 417-2 précise que «la signature apposée par un officier public confère l'authenticité à l'acte». Quelque soit l'hypothèse retenue par le pouvoir réglementaire, la notion de réception ne ferme en aucun cas la porte à la dématérialisation des actes administratifs authentiques. Au-delà des aspects juridiques, la dématérialisation des contrats relève aussi de l'opérationnel. La suppression du papier permet une réelle optimisation du processus de gestion, optimisation rendue nécessaire par l'accroissement des flux et échanges virtuels¹.

Tout le cycle de vie du contrat est dématérialisé. L'adaptation du formalisme traditionnel au contexte de la dématérialisation des procédures de marchés publics sur internet n'apparaît donc pas comme un frein à leur développement. Les contrats conclus par Internet comportent des caractéristiques communes. Il s'agit de contrats entre absents conclus dans un environnement dématérialisé. Ils constituent aussi très souvent des contrats d'adhésion et ont vocation à revêtir une dimension internationale. Ces particularités amènent à s'interroger sur les éléments et le contenu de l'échange électronique des consentements et les règles qui président à la conclusion du contrat².

¹ Ibid, p. 68.

² JOUHET (C), «de la nature, des variétés et du rôle de l'acte authentique en droit privé français», op.cit, p. 151.

CHAPITRE II : Le contrat électronique un nouvel environnement pour les relations contractuelles.

Tout contrat, qu'il soit formé en ligne ou sous le modèle classique, suppose un accord de volonté entre les parties. Cet accord de volonté survient généralement suivant un schéma classique ¹: L'une des parties fait une offre à l'autre qui, à la suite de son acceptation, scelle définitivement l'engagement. Dans le cas du contrat en ligne, ce schéma traditionnel est quelque peu bouleversé. En effet, comme les parties ne sont pas en présence l'une de l'autre, le processus de l'échange des consentements doit être aménagé en fonction de cet univers dématérialisé. Une attention toute particulière doit aussi être portée aux conditions à respecter pour l'obtention d'un consentement éclairé. Enfin, il conviendra de conserver une preuve du consentement et de l'existence du contrat.

Le principe du consentement² est fondamental en droit. Toutefois, il convient de noter que le processus contractuel, cette fois-ci, se trouve totalement dématérialisé, ce qui suscite une panoplie d'interrogation et implique certaines exigences spéciales, particulièrement, sur le consentement. Le consentement constitue, de ce fait, la plus grande problématique du droit des contrats électroniques. Car, sans le prouver et encore sans lui garantir la perfection, le contrat sera nul et sans effet. Dès lors, il convient d'examiner dans quelle mesure la liberté contractuelle des personnes publiques peut permettre la conclusion d'un contrat administratif électronique. Le consentement, en tant que pilier du contrat, est un précepte juridiquement appréhendé, sans doute l'élément essentiel en droit des contrats. Or, sous ce concept large, il est possible d'analyser un certain nombre de problématiques nouvelles posées par la réalité des communications électroniques. Qu'en est-il des notions d'offre et d'acceptation³, de lieu et de formation des contrats électroniques⁴, d'automatisation des volontés⁵, et bien d'autres. A l'ère du numérique l'acceptation se métamorphose en un "double-clic", qui remet en cause le consensualisme, dans un but de protection de l'acceptant.

La loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 introduit, pour l'acte électronique, une nouvelle conception et un nouveau régime d'acceptation⁶, qui a une incidence, au-delà, sur notre conception traditionnelle du consensualisme et de la manifestation de volonté. A l'ère du numérique qui abolit les contraintes temporelles et rompt avec une acceptation "d'un autre temps", le temps de l'acceptation devient paradoxalement plus long et emprunte une chronologie bien particulière, qui suppose une première approbation, une vérification, une correction éventuelle et enfin une

¹ BAUDOUIN (J.-L) - JOBIN (R-G), « Les obligations », 5e éd., Cowansville, Yvon Biais, 1998, pp. 183 et 184.

² Selon le dictionnaire Robert, consentir signifie «accepter qu'une chose se fasse, ne pas l'empêcher».

³ GAUTRAIS (V), «Les principes UNIDROIT face au contrat électronique», 2002, 36-2 Thémis 481, p.p. 500 et 501.

⁴ GAUTRAIS (V), «Les principes UNIDROIT face au contrat électronique», 2002, note n°5, p.p. 127- 128.

⁵ Ibid. p.p.139 et 140.

⁶ Gautier (V. P.Y), « Formation du contrat : un code, deux régimes », Rev. Des Contrats 2005/2 p. 589.

confirmation (**Section I**), avant d'achever cette démonstration juridique par l'étude de la conclusion électronique du contrat administratif, en évoquant la problématique du choix du cocontractant dans la formation d'un contrat administratif électronique (**Section II**).

Section I : De nouvelles conceptions : les métamorphoses de l'acceptation et du consensualisme

Les technologies de l'information et de la communication impactent largement de nombreuses branches du droit. Le droit administratif n'y fait pas exception et de nombreux contrats sont désormais conclus en ligne, quel que soit le terminal utilisé. Le recours à ce moyen de communication n'est pas sans influence sur la perfection du contrat, en particulier sur les modes d'expression de la volonté dans l'univers numérique. En effet, ce dernier offre de vastes perspectives en termes d'instantanéité, d'immatérialité et d'automatisation de l'expression de son consentement contractuel, conduisant à s'interroger sur la validité des contrats formés par voie électronique. L'observation des pratiques qui se sont installées sur l'internet permet de mesurer aujourd'hui le net impact du numérique sur l'expression du consentement contractuel, c'est-à-dire sur les volontés des internautes cocontractants, ainsi que sur le mécanisme de rencontre de celles-ci.

Les volontés individuelles se sont ainsi vues soumises à un processus constitué d'une série d'étapes obligatoires, supposées limiter les cas dans lesquels la perfection de la convention interviendrait par erreur. Ce découpage ouvre toutefois la voie à l'automatisation de l'expression des volontés et de leur rencontre, annonçant alors l'ère de contrats conclus voire exécutés en un trait de temps grâce aux récentes avancées de l'intelligence artificielle appliquée au domaine juridique. La traditionnelle dichotomie entre formation et exécution du contrat révèle alors ses limites, et la théorie de l'autonomie de la volonté, envisagée comme seul fondement de la force obligatoire du contrat, se heurte à l'apparition de modes inédits d'expression du consentement.

En vertu du principe de la liberté contractuelle¹, il paraît aisément envisageable pour les personnes publiques d'user du contrat électronique et ce, de différentes façons: soit par l'envoi des termes du contrat revêtu d'une signature électronique; soit par le biais d'une plate-forme de dématérialisation des procédures; soit encore par l'utilisation de sites d'enchères inversées. Dès lors, la passation des contrats administratifs apparaît suffisamment souple pour admettre leur passation électronique². En tout état de cause les contrats administratifs devront respecter les règles de droit public de la pratique contractuelle. La passation d'un contrat électronique n'implique pas l'utilisation de bout en bout d'outils électroniques. Aussi, la prise de décision ne doit pas obligatoirement être électronique. Pour autant, l'efficacité des procédés électroniques autorise à penser qu'une

¹ En effet, dans son article 2 du D.O.C, définit quatre conditions essentielles pour la validité d'une convention : " le consentement de la partie qui s'oblige; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation ". Ainsi, le consentement arrive en " pole position " des conditions de formation du contrat. Dans ce sens, BAUDOUIN (J.L), «Les obligations», Yvon Blais, Cowansville, 1993, p. 89.

² La passation des contrats ne devrait pas se heurter à des procédures complexes de choix du cocontractant ou à des obstacles légaux dans le choix de leur mode de passation.

telle étape peut également s'effectuer par le biais de techniques électroniques de circulation de l'information. En revanche, l'échange des consentements étant l'étape qui emporte qualification de contrat administratif électronique, l'expression de la volonté doit, quant à elle, impérativement se faire par voie électronique. Ces deux points invitent à s'interroger sur le renouvellement des obligations contractuelles (§1) et à l'expression numérique de la volonté (§2).

§1- Le renouvellement des obligations contractuelles :

L'opération contractuelle est la mise en œuvre d'une compétence et cette compétence n'est pas entièrement discrétionnaire. La problématique qui se pose à ce niveau est L'attribution des qualités de la personne juridique à la machine ? (A) dès lors, il convient d'examiner dans quelle mesure l'adoption d'une délibération électronique peut permettre la conclusion d'un contrat administratif électronique (B).

A) L'attribution des qualités de la personne juridique à la machine :

Une machine peut-elle donner un consentement valide au regard de la théorie générale des contrats? Concernant la Common Law, Mrs. Allen et Widdison rappellent qu'il est généralement admis que les personnes naturelles et les personnes juridiques sont capables de former des contrats entre-elles¹. Pour leur part, les systèmes juridiques du Code civil posent comme condition essentielle de la formation des contrats que le consentement ait été donné par une personne capable, juridiquement reconnue comme tel. Ainsi, Allen et Widdison envisagent une solution qui pourrait paraître absurde au premier abord. Celle-ci consisterait à conférer à l'ordinateur les attribues d'une personne juridique² "capable".

Ainsi, la personnalité juridique définit le rôle et l'existence d'une entité pré-juridique sur la scène du droit. Ce rôle peut également être assumé par des groupements humains et parfois même par "des êtres totalement fictifs"³. En effet, la loi reconnaît déjà la personnalité juridique à de nombreux organismes non-humaines. La voie semblerait ouverte pour faire monter l'ordinateur sur la scène juridique. Il serait bien difficile de lui conférer la personnalité juridique dès lors que le patrimoine devient la caractéristique principale de celle-ci. Selon la théorie du patrimoine consacrée par Aubry et Rau, toute personne possède un patrimoine et tout patrimoine possède un titulaire qui est la personne. De même, M. Huber insiste sur le fait que "*la personnalité ne serait guère qu'une abstraction si on ne lui accordait pas le pouvoir d'acquérir*"; effectivement, elle n'existe, au sens juridique du mot, que par la faculté qu'elle a de prendre sa part des biens de la

¹ ALLEN (T) et WIDDISON (R), "Can computers make contracts?", Harvard Journal of Law and Technology, 9-1, 1996, p.p. 25-50; consulter sur : <http://www.lex-electronica.org/articles/v5-1/thoumfr.htm>

² Rappelons tout d'abord ce qui définit la personne juridique. Selon M. Grzegorzcyk, "la personnalité juridique n'a rien à voir avec la qualité d'être humain", elle est plutôt, selon le mot de J.M. Grossen "une qualité juridique conféré par le droit, un don de la loi". GROSSEN (J.M) « Les personnes physiques », Traité de droit privé suisse, Tome II, 2, Fribourg 1974, p. 3, cité par, GRZEGORCZYK (Ch), « Trois modèles de l'homme juridique », in L'image de l'homme en droit, mélanges publiés à l'occasion du centenaire de l'Université de Fribourg, Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1990, p. 208.

³ GROSSEN (J.M) « Les personnes physiques », Ibid. p. 209.

collectivité¹. "L'ordinateur ne pouvant posséder de patrimoine, il devient impossible de procéder à la reconnaissance de sa personnalité juridique. Ainsi, à voir que, pour qu'un ordinateur puisse être mandataire (a), il faudrait, à savoir lui conférer la capacité juridique de contracter (b).

a. L'ordinateur comme outil de communication : une fiction théorique :

L'ordinateur pourrait tout simplement être considéré comme un outil de communication classique, tel que le téléphone ou le télécopieur². Ainsi, il n'exprimerait pas sa propre volonté, ni celle de la personne qui en est responsable. Plutôt que d'utiliser le terme d'"expression", il s'agirait de revenir à la notion de "transmission d'information". L'ordinateur, devient alors l'objet par lequel sera transmise la volonté du véritable acteur juridique de la transaction. Ainsi, l'ordinateur a conclu automatiquement un contrat pour le compte de la personne dans l'intérêt de laquelle il agit. Bien au contraire, c'est la personne qui a conclu le contrat au travers d'un outil de communication chargé de transmettre sa volonté. Cette solution propose en quelque sorte de jouer sur les mots. Il s'agit d'employer le bon terme pour contourner une évidence: en fixant elle-même certains éléments essentiels du contrat (prix et/ou quantité de marchandise), la machine fait plus que transmettre la simple volonté de l'acteur juridique. Elle comble des zones de négociation au sein desquelles la volonté directe et immédiate de l'utilisateur n'intervient plus. Un simple téléphone ne prend jamais ce genre d'initiatives³ !

Le risque est indéniable: si les juges adoptent cette théorie, l'acteur juridique devra irrémédiablement supporter les conséquences désastreuses qui pourraient survenir d'un bug informatique, d'une erreur de calcul ou d'un défaut de programmation. Il sera tenu de l'ensemble des termes contractuels réorganisés ou "décidés" par la machine comme si ceux-là émanait directement de sa propre volonté. Alors que la première solution se proposait de personnaliser la machine, la seconde décide d'ignorer purement et simplement son pouvoir décisionnel. Peut-être existe-t-il une issue raisonnable entre ces deux extrêmes.

* L'ordinateur, mandataire du cocontractant : M. Fischer⁴ propose une nouvelle solution. Étant donné que les acteurs du commerce électronique délèguent un pouvoir déterminant à

¹ HUBER (E), «Introduction au Code civil suisse», cité par GRZEGORCZYK (Ch), op.cit, p.p, 212-213.

² Il s'agit là d'une nouvelle proposition de ALLEN (T) et WIDDISON (R), "Can computers make contracts?", op.cit., p.p, 46-47: «We could choose to ignore its autonomy and treat it as no more than a passive adjunct or extension of the relevant human trader. In effect, we would adopt the legal fiction that anything issuing from the computer really issues directly from its human controller. By doing so, we would treat the computer as we do a telephone or fax machine. »

³ Le fait de considérer les actes perpétrés par un ordinateur au même titre qu'une conversation téléphonique relève donc d'une véritable fiction théorique. Celle-ci présente pour seul avantage de ne pas remettre en cause notre ordre juridique comme c'était le cas dans la première proposition. Ainsi, nous quittons le monde du virtuel pour aborder celui du fictif ou encore du " simulacre ". Dans ce cas là, le droit se propose d'ignorer simplement l'autonomie de la machine de manière à ne pas bouleverser le scénario juridique écrit avant l'arrivée des acteurs du commerce électronique. ALLEN (T) et WIDDISON (R), "Can computers make contracts?", Ibid.

⁴ FISCHER (J. P), "Computers as agents: A proposal approach to revised U.C.C. article 2", Indiana L. J, 1997, p.72.

l'ordinateur, il s'agirait de considérer que la machine a été mandatée pour agir en leur nom et pour leur compte. Cette vision se rapproche effectivement de la réalité et trouverait, d'après M. Fischer, ses bases légitimes dans les objectifs du droit de l'agency en Common Law¹. Fischer ajoute une nuance : *"l'on devra se garder de transposer l'ensemble du droit des mandats à l'ordinateur, tels que le devoir de loyauté et la responsabilité du mandataire"*.

Un problème se pose cependant en Common Law : le mandataire doit accepter son mandat. Le mandataire ne peut de ce fait être une machine qui, dépourvu de personnalité juridique, n'a pas le pouvoir de passer des actes juridiques. Les traditions du Code civil ne sont pas moins restrictives : au niveau des rapports mandant / mandataire : le mandataire doit avoir la volonté d'agir pour le compte du mandant et manifester cette volonté; au niveau des rapports mandataire / cocontractant du mandant : la volonté du mandataire doit exister, elle ne doit pas non plus être entachée de vices. Ainsi, pour qu'un ordinateur puisse être mandataire, il faudrait en revenir à la première proposition, à savoir lui conférer la capacité juridique de contracter².

b. L'établissement d'un lien d'obligation entre l'ordinateur et la personne juridique :

L'on pourrait contourner les obstacles juridiques liés à la théorie du mandat en créant un lien d'obligation entre la machine et la personne pour le compte duquel elle agit. Cette création pourrait provenir du législateur. Deux projets vont dans ce sens : le projet de modification du Uniform Commercial Code (U.C.C.) américain qui aborde la notion d'agent électronique définit comme *"a computer program or other electronic or automated means used, selected, or programmed by a person to initiate or respond to electronic messages or performances without review by any individual"*³. Cet agent électronique constituerait en fait une nouvelle forme de mandat palliant les obstacles évoqués ci-dessus. Le projet américain a sans doute subi l'influence de Raymond T. Nimmer qui s'est consacré à élaborer une théorie de l' "attribution" ⁴ dont le but est de créer un véritable lien d'obligation entre le message et la personne pour le compte de laquelle il a été automatiquement transmis. La même proposition est retrouvée au sein de la loi-type de la CNUDCI⁵ qui en son article 12, intitulé "Attribution des messages de données", la loi-type stipule notamment qu' "un message de données est réputé émaner de l'expéditeur s'il a été envoyé (...) par un système d'information programmé par l'expéditeur ou en son nom pour fonctionner automatiquement".

¹ FISCHER (J. P), "Computers as agents: A proposal approach to revised U.C.C. article 2", op.cit. p. 557.

² C'est pourquoi Isabelle de Lamberterie avait-elle rejeté cette possibilité en 1988, Isabelle de LAMBERTERIE (Dir.), « La vente par voie télématique -Rapport intérimaire », Ivry, CNRS, 1988, p. 27.

³ Article 2B-102 (version février 1998), <http://www.law.upenn.edu/library/ulc/ucc2/2b298.htm>, cité par GAUTRAIS (V), L'encadrement juridique du contrat électronique international, Thèse de doctorat déposée à l'Université de Montréal, 1998, p. 237.

⁴ Raymond (T), NIMMER, "Electronic Contracting: Legal Issues", Journal of Computer & Information Law, 14, 1997, p.p. 217-218.

⁵ Ce document a pour vocation d'être intégré dans le système juridique des Etats qui auront décidé de l'adopter.

M. Gautrais ne se satisfait pas de l'adoption de cette théorie dont l'utilisation serait vouée à l'échec dans le cadre des contrats automatisés. Selon lui, le lien d'obligation ne peut s'établir en raison du fait qu'il fait intervenir un acteur incapable juridiquement¹. Il ne peut que souscrire à cette remarque au regard de l'échec de la théorie du mandat. Néanmoins, il est à nuancer cette affirmation au regard de la responsabilité du fait des choses². Sans entrer dans les détails, le fait qu'un ordinateur, encore considéré comme une chose, ait provoqué une situation matérielle ou morale préjudiciable pour un tiers engage irrémédiablement la responsabilité du gardien. Un lien d'attribution entre le gardien et le message envoyé par la machine a donc bien été créé par cet acteur "incapable juridiquement"³.

Le droit civil n'est pas totalement réfractaire à ce genre de situation. Etant donné sa complexité, la présente étude laissera cette question en suspend. Cependant, ne serait-il pas possible de stipuler au sein d'une convention spécifique que les parties consentent entre elles à ce qu'un système informatisé puisse prévoir, pour leur compte, le prix et la quantité de la marchandise à fournir ? La pratique contractuelle pourrait tout simplement intégrer les propositions définies par les projets législatifs. Malgré tout, il serait bien difficile de déroger, par exemple, à la disposition impérative de l'article 1583 C.c.F, et soumettre les parties au risque de l'aléa informatique.

* *L'empreinte suffisante du consentement* : Malgré les difficultés liées aux propositions précédemment étudiées, ce n'est pas impossible de retrouver le consentement des parties au sein des actes automatisés. Il suffirait de rechercher dans les actes effectués par un système informatique une empreinte suffisante de la volonté des acteurs juridiques. Cette solution risque d'entraîner des effets négatifs similaires à ceux dévoilés par l'assimilation de l'ordinateur à un outil de communication classique. Mais il existe une exception de taille, dans la mesure où il n'est pas tenu pour acquis que l'ensemble des manifestations de la machine portent une empreinte suffisante de la volonté des acteurs juridiques.

¹ GAUTRAIS (V), «L'encadrement juridique du contrat électronique international», op.cit, p. 241.

² D'une manière générale, en matière de responsabilité (délictuelle ou contractuelle), trois conditions sont nécessaires pour pouvoir engager la responsabilité d'une personne : l'existence d'un dommage ou préjudice ; l'existence d'une faute ; et l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage (article 77). Lorsque ces conditions sont réunies, la responsabilité délictuelle entraîne la naissance d'une obligation de la part de l'auteur du préjudice. Il s'agit de la réparation du préjudice causé par l'octroi des dommages-intérêts. Selon l'Article 88 : «Chacun doit répondre du dommage causé par les choses qu'il a sous sa garde, lorsqu'il est justifié que ces choses sont la cause directe du dommage, s'il ne démontre : 1° Qu'il a fait tout ce qui était nécessaire afin d'empêcher le dommage ; 2° Et que le dommage dépend, soit d'un cas fortuit, soit d'une force majeure, soit de la faute de celui qui en est victime ». Aussi l'article 1054 C.c.Q ou son équivalent en droit français (article 1384 C.c.F), la faute du gardien de la chose qui a causé le dommage est toujours présumée. Pour engager la responsabilité du gardien, il suffit que le dommage ait été "causé" par une "chose". www.publicationduquebec.gov.qc.ca.

³ Encore faudra-t-il déterminer si le message ayant créé un préjudice répond aux exigences de la jurisprudence pour mettre en œuvre la responsabilité du fait des choses. S'agit-il par exemple d'un "fait autonome de la chose" ?

En cas de litige, par exemple lorsque l'une des parties estime que l'ordinateur aurait "contracté" pour une quantité aberrante de marchandise, le juge cherchera alors quelle fut la volonté réelle des cocontractants. Il peut se baser sur un faisceau d'indices tels que les pratiques commerciales habituelles des acteurs en présence, l'indice auquel devait se référer le programme de l'ordinateur, la logique inhérente du marché ou encore la fiabilité de la machine. Il ne s'agit nullement d'une proposition novatrice puisque les droits positifs français et québécois¹ prennent déjà en considération la volonté interne des parties dans certaines circonstances pour la mettre en balance avec la volonté déclarée en fonction des intérêts en cause. La volonté interne peut être prouvée par tous moyens s'agissant par exemple d'établir qu'un fait juridique a vicié le consentement de l'une des parties². La preuve de la défaillance de la machine pourrait alors suffire.

Bien sur, une telle acceptation soumettrait la volonté réelle des parties à l'interprétation des juges. Elle ferait alors peser une certaine incertitude sur chacun des actes effectués par les systèmes automatiques. Cela pourrait sembler insupportable dans certaines relations commerciales. Une telle solution aura cependant le mérite de poser comme principe la validité des conventions automatisées. Ainsi, il se peut s'accorder avec l'allocution doctrinale de M. Carbonnier : " l'essentiel du consentement, c'est la volition, le déclic qui transforme en acte juridique un projet jusqu'alors dépourvu d'effets en droit " ³. Virtuel, le consentement des parties n'en est pas moins réel, même si son actualisation se manifeste au travers de la mise en œuvre d'un programme informatique⁴.

Après avoir rappelé que le consensualisme reste malgré tout élément déterminant de tout contrat, même administratif, il faut étudier comment peut s'envisager l'usage de l'électronique dans le cadre du droit commun des contrats administratifs. La consécration de la liberté contractuelle a permis aux personnes publiques de recourir au procédé contractuel de leur choix.

¹ <http://www.lex-electronica.org/articles/v5-1/thoumfr.htm>

² GHESTIN (J), «Les obligations - le contrat : formation», LGDJ, Paris, 1988, p.297.

³ CARBONNIER (J), «Droit civil - Les obligations» Tome 4, Paris, Thémis, PUF, 1992, p. 84.

⁴ Malgré les atteintes portées au dogme de l'autonomie de la volonté pour des raisons de justice sociale, nous avons bien vu qu'il était impossible d'admettre l'engagement d'un acteur juridique sans se référer à la réalité de son consentement. Mais il a été remarqué qu'il était possible d'en retrouver les traces dans la conclusion d'un accord assistée par un outil technologique. C'est pourquoi nous ne croyons pas que les situations étudiées ci-dessus puissent remettre en cause la théorie générale des contrats, dès lors que celle-ci a su remettre en cause le caractère dogmatique du principe de l'autonomie de la volonté.

B) Les forums électroniques : la problématique de la délibération

L'articulation de la délibération à la décision, le problème de la publicité des échanges, l'organisation de la délibération et l'égalité des participants¹. Ces questions nous semblent transposables à l'analyse des forums de discussion mis en place sur les sites Internet des municipalités. Toutefois, les spécificités du forum électronique - c'est-à-dire le caractère permanent du dispositif, l'anonymat des contributeurs, leur absence physique, le mode écrit et différé des échanges - conduisent à reformuler en partie la problématique délibérative. La mise en place d'une téléprocédure ne doit conduire ni à imposer l'identification préalable des usagers si la démarche administrative ne le nécessite pas, ni à recueillir des données supplémentaires qui ne seraient pas pertinentes. Les données recueillies ne doivent servir que pour les finalités exposées au moment de leur collecte. Dans tous les cas, les mêmes règles juridiques doivent s'appliquer aux procédures à distance et aux procédures sur place ou par courrier². Inversement, si l'évolution du droit vient à admettre dans l'avenir la conclusion du contrat administratif «en ligne», la nécessité d'une délibération préalable de l'assemblée à la conclusion du contrat peut constituer un obstacle. S'il s'agit d'un contrat conclu en ligne (a), par le biais d'enchères électroniques ou de sites de commerce électronique, il est évident que l'exécutif ne va pas demander à chaque fois l'autorisation de "double-cliquer" puisque l'intérêt de ce genre de procédure réside justement dans l'automatisation et les modalités d'organisation d'une délibération à distance (b).

a. E-parapheurs.com:

Dans ce contexte, l'insertion d'Internet dans les pratiques de communication des collectivités locales à titre d'exemple suscite de nombreux espoirs quant à son éventuelle contribution à l'émergence d'une démocratie locale «dialogique»³. Plébiscité notamment pour ces qualités d'interactivité - et par là, d'interaction potentielle - ce média apparaît comme un outil susceptible de rénover le dialogue entre élus. Les technologies de l'information et de la communication (TIC), et plus particulièrement les sites Internet

¹ BLONDIAUX (L), SINTOMER (Y), «L'impératif délibératif», Politis, vol. 15, n° 57, 2002, p. 17- 35.

²Dans le cadre des collectivités locales, l'autorité exécutive ne peut signer un contrat qu'en application d'une délibération de l'organe délibérant l'y autorisant. «Un contrat signé par l'exécutif local sans délibération de l'assemblée délibérante est entaché d'incompétence et il en va de même si l'assemblée délibérante a approuvé un projet de contrat auquel le contrat signé n'est pas conforme». Cela signifie donc que l'organe délibérant est le seul à pouvoir consentir à un contrat et qu'en outre, les membres de cette assemblée doivent avoir un consentement éclairé (c'est-à-dire donner leur accord en connaissance de cause). Par conséquent, les instruments du projet de contrat doivent être transmis aux personnes composant l'assemblée délibérante. S'il s'agit d'un contrat destiné à être conclu via une signature électronique, nous pouvons imaginer que le projet de contrat sera préalablement transmis par courriel aux membres de l'assemblée ou bien qu'il soit imprimé et distribué lors de la réunion. En outre, qu'il y ait eu négociation électronique, n'empêche pas que les instruments du contrat soient "matérialisés" pour l'occasion de la délibération. RICHERT (L), à propos de l'arrêt du C.E. du 19 octobre 1973 «Patrick d'Uckermann », Rec.576, dans Droit des contrats administratifs, 3^{ème} édition, L.G.D.J., 2002, p.136.

³ CALLON (M), LASCOUMES (P), BARTHE (Y), « Agir dans un monde incertain. Essai sur la démocratie technique », Seuil, coll. «La couleur des idées », 2001, 358 p.

municipaux (SIM), offrirait, en effet, des potentialités nouvelles à l'épanouissement de la démocratie participative.

Sur leur site Internet, la mise en œuvre par certaines municipalités de procédés permettant de contacter les élus ou l'administration (courrier électronique), de recueillir l'avis de la population (sondages en ligne), d'organiser des débats entre élus «forums, conseil municipal interactif » a conduit à nous interroger sur ces nouvelles formes de dialogue et plus particulièrement ici, sur les formes originales de débats initiées dans le cadre des forums de discussion municipaux.

A partir de l'observation de sites Internet municipaux de villes françaises, de l'analyse des forums qui y sont proposés et d'entretiens auprès de responsables politiques, administratifs et techniques municipaux, notre thèse a pour objet les spécificités de la délibération électronique, ainsi que les significations et les tensions qu'elle révèle au regard de la capacité du système politique actuel à engager des procédures de démocratisation de la décision publique. Ainsi, notre problématique s'attache à la délibération insérée au sein des dispositifs de communication plus large que sont les sites Internet municipaux.

**Modèle de délibération dématérialisée en droit français:* Recours à la télétransmission des actes, des flux comptables et signature des conventions de mise en œuvre. L'article 139 de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, et son décret n° 2005-324 du 7 avril 2005 pris pour son application, autorisent le recours à la télétransmission des actes en Préfecture pour l'exercice du contrôle de légalité. Cette télétransmission concernent les actes réglementaires (délibérations, décisions arrêtées, pièces justificatives) et budgétaires. Cela s'est traduit au niveau national par la mise en place du programme ACTES « Aide au Contrôle de légalité dématérialisé » par le Ministère de l'Intérieur français, de l'Outre-mer et des Collectivités territoriales.

Les collectivités territoriales et leurs établissements ont donc été appelées à s'insérer dans ce programme aux fins de développement de l'e-administration¹. Ainsi l'arrêté du 3 août 2011 modifiant l'arrêté du 27 juin 2007 portant application de l'article D1617-23 du Code général des collectivités territoriales², autorisent le recours à la dématérialisation des opérations en comptabilité publique. Il définit les conditions dans lesquelles s'effectue la dématérialisation du compte de gestion ou financier des collectivités territoriales et des établissements publics locaux, des décisions budgétaires, des mandats de dépenses, des titres de recettes, des pièces justifiant ces mandats et ces titres ainsi que des bordereaux les récapitulant.

Une collectivité qui souhaite télétransmettre ses actes en préfecture ou sous-préfecture, doit déposer ces derniers sur une plateforme web homologuée faisant office de tiers de confiance. Celle-ci respecte un protocole et assure la sécurité, l'horodatage et l'archivage

¹ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000804607>.

² Arrêté du 3 août 2011 modifiant l'arrêté du 27 juin 2007 portant application de l'article D. 1617-23 du code général des collectivités territoriales relatif à la dématérialisation des opérations en comptabilité publique

des échanges. Cette plateforme peut aussi être utilisée pour la transmission des flux comptables et l'utilisation d'un parapheur électronique pour la signature des bordereaux. Considérant les sollicitations des collectivités et des services de l'Etat, préfecture et direction des finances publiques notamment, le service assistance progiciels du Centre de gestion propose aux collectivités une nouvelle mission d'accompagnement à : La dématérialisation de l'envoi des actes soumis au contrôle de légalité (projet ACTES) et la dématérialisation des pièces comptables (projet HELIOS). L'adhésion à cette mission complémentaire du service assistance progiciels permet aux collectivités de bénéficier, sous conditions financières, d'une plateforme homologuée faisant office de tiers de confiance ainsi que d'un accompagnement dans la réalisation du ou des projets à mettre en œuvre. Cette adhésion fera l'objet d'une convention spécifique appelée "Dématérialisation des procédures". La mise en œuvre de l'un ou l'autre des projets pourra débuter séparément dans le temps et se fera en accord avec les différents partenaires. Afin de pouvoir désormais passer à la phase opérationnelle, il convient d'une part que le Maire/Président soit autorisé à recourir à la télétransmission des actes et des flux comptables par voie électronique vis à vis des services de l'état, en lieu et place de la transmission papier, et d'autre part qu'il soit autorisé à signer les différentes conventions (préfecture, DGFIP, Centre de gestion ou autre)¹.

b. Signer ou valider une délibération à distance : Modalités d'organisation

*Comme dans un parapheur papier: Le E-parapheur permet de faire circuler une délibération dans l'organigramme de la collectivité, jusqu'à la signature électronique par l'élus, et avant son transfert en Préfecture. *«Un contrat signé par l'exécutif local sans délibération de l'assemblée délibérante est entaché d'incompétence et il en va de même si l'assemblée délibérante a approuvé un projet de contrat auquel le contrat signé n'est pas conforme²»*. Au travers d'un processus entièrement dématérialisé, E-convocations³ permet à un utilisateur d'envoyer simultanément à tous les destinataires une convocation électronique sécurisée, avec preuve d'envoi, traçabilité et accusé de réception.

¹ Vu le projet de convention de mise en œuvre de la télétransmission des actes à conclure avec la Préfecture de la Haute-Loire :

https://www.fontannes.fr/mod_turbolead/upload/file/Bulletin%20Fontannes%20128-1.pdf

- Vu le projet de convention d'accompagnement du service assistance progiciels du CDG, A délibéré et, décide d'autoriser le Maire / Président : à recourir à la télétransmission des actes soumis au contrôle de légalité dans le cadre du programme ACTES ; à recourir à la dématérialisation des flux comptables dans le cadre du programme HELIOS ; à signer toutes les pièces et conventions y afférentes.

http://www.haute-vienne.fr/fileadmin/deliberations/medias/seance_1/24_d1536759419846.pdf

² RICHERT (L), à propos de l'arrêt du C.E. du 19 octobre 1973 «Patrick d'Uckermann », op.cit, p.136.

³ Cette démarche s'inscrit dans une logique d'optimisation des procédures, et permet aux émetteurs de convocation de réaliser de nombreuses économies, tant sur le papier, les frais postaux de recommandés, que sur le temps passé à gérer cette procédure de façon classique. E-convocation permet notamment: La gestion de listes de diffusions ; La tenue des registres d'envois, des accusés de lecture et de réception des convocations ; La traçabilité complète des opérations ; La fourniture d'attestations de conformité de convocation; La possibilité de joindre un dossier complet à la convocation avec gestion des accusés correspondants.

Au droit marocain, cette proposition est encore loin d'être exécuter, en ce sens, l'article 6 de la loi 78.00¹ précise que dans tous les cas, le conseil se réunit sur convocation écrite de l'autorité administrative locale compétente. Ainsi, que ce soit entre les copropriétaires, ou vis-à-vis de la justice, les écrits électroniques sont dotés de la même probante juridique, et, partant, sont considérés comme un courrier envoyé sur support papier. Le règlement peut également prévoir, pour confirmer et engager les copropriétaires, que l'échange entre copropriétaires peut être fait par voie électronique. En revanche, si un copropriétaire a des doutes sur l'identité de l'expéditeur, et pour s'en assurer, il faut que la signature du document électronique soit authentifiée par les procédés légaux en vigueur, à l'instar de la signature légalisée devant les communes pour les papiers. A cet égard, l'article 417-3 du D.O.C poursuit : *«La fiabilité d'un procédé de signature électronique est présumée, jusqu'à preuve du contraire, lorsque ce procédé met en œuvre une signature électronique sécurisée»*². Néanmoins, et même avec la modification législative, l'envoi des convocations ne pourra être possible par l'intermédiaire d'un simple courrier électronique³. L'usage de ces sites de commerce électronique ou d'extranet fournisseurs est donc rendu possible par ce type de délégation. Si une délibération classique n'enlève pas le caractère électronique du contrat, pouvons-nous tout de même envisager une délibération électronique ? Cela permettrait de ne pas avoir à changer de support, que le contrat soit de bout en bout électronique. Cette question a déjà connu une première réponse dans la thèse de Cantero. En effet, elle envisage la possibilité d'un conseil municipal virtuel.

¹ Dahir n° 1-02-297 du 25 rejab 1423 (3 octobre 2002) portant promulgation de la loi n° 78-00 portant charte communale, B.O n° 5058, du 16 ramadan 1423 (21 novembre 2002), p.135.

² Une signature électronique est considérée comme sécurisée lorsqu'elle est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte juridique garantie, conformément à la législation et la réglementation en vigueur en la matière. Tout acte sur lequel est apposée une signature électronique sécurisée et qui est horodaté à la même force probante que l'acte dont la signature est légalisée et de date certaine». Si toute cette procédure est respectée, aucun copropriétaire ne pourrait refuser de considérer la convocation, d'autant plus qu'il a accepté de communiquer son adresse mail. En effet, le syndic ne peut envoyer des courriers électroniques aux copropriétaires que si ces derniers ont des adresses électroniques qu'ils lui ont indiquées. MAATOUK (M.J), «A propos du courrier électronique», www.lavieeco.com, 15 -10-2012.

³ En effet, il sera nécessaire, pour la collectivité, d'avoir recours à la signature électronique afin de faire signer numériquement la convocation par le maire, garantir l'intégrité de l'écrit et le lien entre l'acte signé et son auteur et compte tenu des délais imposés par la loi, un horodatage du courrier électronique devra avoir lieu, nécessitant de recourir à un tel prestataire. Concernant la condition de l'envoi au domicile de l'élu, deux situations doivent être distinguées. D'une part, si le conseiller municipal possède une adresse de courrier électronique personnelle et la consulte à son domicile, la convocation sera considérée comme ayant été reçue au domicile de ce dernier.

D'autre part, si le conseiller municipal consulte cette adresse sur un autre lieu qu'à son domicile, la condition est-elle remplie ? A cette interrogation, Mme. Cantero, dans son ouvrage portant sur les actes unilatéraux des communes dans le contexte électronique, estime « dès lors que le maire a connaissance de l'adresse électronique du membre de l'assemblée délibérante à convoquer, l'envoi de la convocation à sa messagerie peut être assimilé à l'envoi de celle-ci au domicile de l'intéressé ». Une dernière interrogation demeure néanmoins vis-à-vis de l'utilisation d'une adresse de courrier électronique professionnelle pour l'envoi au domicile » du conseiller municipal, général ou régional. Voir dans ce sens la thèse CANTERO (A), «Des actes unilatéraux des communes dans le contexte électronique – Vers la dématérialisation des actes administratifs ?», op.cit. p. 81.

En ce qui concerne «les critères du lieu, de la diffusion et de la liberté d'accès, la réunion pourrait effectivement se faire totalement sur le réseau ou le câble, tous les conseillers municipaux utilisant un système de visioconférence par exemple» et les personnes souhaitant assister aux débats pourraient le faire en se connectant sur le câble ou sur internet ou bien il est envisageable que la commune mette à disposition une salle, en accès libre, où serait diffusée la réunion. En outre, comme dans les conseils municipaux classiques, l'envoi des convocations et la communication des rapports aux membres de l'assemblée délibérante peuvent de ce fait être effectués autrement que par courrier traditionnel et, notamment, par voie dématérialisée¹.

Cette dématérialisation ne doit pas empêcher les citoyens d'avoir connaissance de ces réunions. Elles doivent, dès lors, être mentionnées au registre des délibérations et affichées ou publiées. Les collectivités locales peuvent assurer, dans les conditions définies par leurs assemblées délibérantes, la diffusion de l'information à leurs élus en mettant à leur disposition les moyens appropriés (mise à disposition de matériel informatique ou de télécommunication)². Aux termes de ces points, tout conseiller municipal peut, à sa demande, consulter le projet de contrat ou de marché et (dans les conditions fixées par le règlement intérieur).

Certes, ces modalités de consultations n'excluent pas la dématérialisation de cette information³, mais la mention d'une consultation en un lieu physique déterminé (la

¹ Cela étant, une fois qu'il a créé sa boîte aux lettres électronique, le conseiller municipal communique son adresse électronique au maire, lequel pourra l'informer électroniquement de la tenue du conseil municipal. Dès lors, l'exécutif local pourrait parfaitement choisir de transmettre une convocation par voie électronique aux membres de l'assemblée délibérante. D'aucuns constateront l'intérêt indéniable de cette procédure de convocation : un progrès tant au niveau du coût qu'au niveau de l'organisation interne et externe du personnel et des élus municipaux. Ce mode de transmission permet, en effet, à l'administration de pouvoir transmettre l'ensemble des documents par une voie ne comportant ni de frais et de temps passés à la reproduction, ni de coût d'une expédition postale avec date certaine.

En outre, les élus pourront disposer immédiatement de l'ensemble des dossiers de consultation pour les examiner en toute quiétude (économie de temps et d'argent, efficacité d'être informé rapidement et n'importe où). <http://www.e-convocations.com/documents/Dematérialisation%20des%20convocat>

² * Fikra: La Boîte à suggestions pour l'amélioration de l'Administration: Le site Fikra, lancé le 25 Février 2011, propose des espaces de discussions et d'échanges destinés aux citoyens pour leur permettre de donner leur avis. Ils peuvent déposer des idées, voter pour des idées publiées et les commenter. Trois forums de partage d'idées sont disponibles : Forum « Vos idées pour de nouveaux services e- Gov » : Pour suggérer de nouveaux services en ligne comme par exemple la prise de rendez-vous en ligne, le suivi du dossier de passeport en ligne... ; Forum «Vos idées pour simplifier les démarches administratives» : Pour suggérer des simplifications des procédures et démarches administratives, comme par exemple mettre en place une file d'attente express...; Forum «Vos idées pour améliorer l'Administration» : Pour toutes les autres suggestions pour améliorer l'Administration.* Commenter les avant-projets de textes de lois et décrets : Les citoyens peuvent commenter les avant-projets de textes de lois et décrets sur le site du Secrétariat Général du Gouvernement et consulter les suggestions proposées par les concitoyens. A la fin de la période de consultation, les citoyens peuvent alors consulter le statut (retenue/ non retenue) des suggestions déposées.* Questionnaire de satisfaction et boîte à suggestions sur les sites web : Plusieurs sites web de Ministères offrent aux internautes des questionnaires de satisfaction ou des formulaires de suggestions afin de donner leur avis sur la qualité du site web. <http://www.egov.ma/Pages/EParticipation.aspx>

³ Sous réserve que le document soit techniquement protégé (au format PDF, par exemple, pour éviter toute modification), il pourrait être transmis par voie électronique.

mairie) marque une limite incontestable à la dématérialisation totale de la procédure d'information. Il faut espérer, eu égard au gain de temps et d'économie offert par les relations électroniques, que les exécutifs locaux feront preuve de pragmatisme et de modernité car il ne tient qu'à eux de promouvoir la dématérialisation de l'information municipale¹. Il ressort de ces éléments une adaptation constante de nos règles juridiques pour l'amélioration de la transparence et une meilleure organisation de l'information. La tenue d'une délibération électronique ou "virtuelle" peut de ce fait être envisageable sur un plan strictement juridique, mais ce sont les évolutions technologiques à venir qui permettront de la rendre plus aisément praticable. Si les textes actuels vont incontestablement dans le sens d'une modernisation de l'administration en apportant certaines précisions quant à l'utilisation des technologies de l'information et de la communication, ils devront être nécessairement complétés en ce qui concerne les moyens de communication et de visioconférence susceptible de sécuriser les échanges. A défaut, le risque est de connaître un déficit de confiance².

§2 l'expression numérique de la volonté :

L'analyse de la manifestation de la volonté effectuée au travers des réseaux électroniques ne pose pas tant de difficultés au regard de l'enseignement que les juristes ont déjà pu retirer des contrats formés à distance. Cela relève d'une simple constatation. Depuis bien longtemps, nos ouvrages de doctrine traitant du droit des contrats, en Droit Civil comme en Common Law, n'oublient jamais de réserver un chapitre ou un paragraphe à la problématique des contrats à distance, parfois appelés " contrat entre absents " ou encore " contrat entre non-présents ". Quelle serait donc l'originalité d'étudier la manifestation de la volonté dans le cadre du contrat administratif électronique? L'instrument contractuel. Bien sûr, les juristes se sont empressés de démontrer l'incongruité des théories libertaires, puisque l'Internet nous permet d'envoyer et de recevoir de l'information en des lieux définis et régis par des lois particulières, elles-mêmes coordonnées par le droit international.

¹ Sur le contentieux en matière d'information des conseillers municipaux, Cf. les arrêts rendus par le conseil d'Etat et cité par BENOIT (J.P), «statut des conseillers municipaux», in Encyclopédie Dalloz collectivités locales, Vol.1, fasc. 263-14, n° 106.

² À titre d'illustration et de manière prospective, George Lucas présente de façon significative, dans ses épisodes sur la «Guerre des étoiles », la nécessité de recourir aux technologies de l'information et de la communication. Dans l'épisode III «La revanche des Sith», sorti le 18 mai 2005, en France, "une représentation concrète de nos propos susvisés est mise en œuvre par le prodigieux metteur en scène. En effet, à chaque réunion du Conseil des Jedi, un ou plusieurs conseillers y participent de manière virtuelle sous forme d'hologramme. Sans entrer dans le tout virtuel puisqu'il y a bel et bien une enceinte prévue à cet effet dans laquelle siègent les membres présents physiquement du Conseil, l'auteur permet à certains conseillers d'être présents à distance grâce aux moyens modernes de communication. Dans ce cadre, une même personne a la faculté d'être présente dans deux endroits à la fois : le lieu où elle est effectivement «en chair et en os» et le lieu où son image et sa voix sont reçues. De la sorte et par comparaison au Conseil municipal, l'exigence juridique de la présence des membres est bel et bien rempli en l'espèce. Partant, si l'art cinématographique «caricature» évidemment la réalité, il est bien souvent prémonitoire ou, à tout le moins, représentatif d'une réalité à venir. On ne peut s'empêcher de penser à cet égard que le recours aux technologies modernes de communication n'en est qu'à son balbutiement et que l'humanité se dirige inévitablement vers la propagation de ces nouveaux moyens de communication: aux technologies d'évoluer, au droit de permettre cette évolution".

En outre, il semblerait que les rapports sociaux manifestés dans le cadre des échanges économiques ne changeraient guère dans l'environnement informatique que nous connaissons aujourd'hui. Il s'agit toujours de vendre ou d'acheter des biens et des services, de s'entendre sur les conditions de vente et d'après-vente. En un mot, les moyens d'assurer l'activité économique se manifestent toujours par l'utilisation d'un outil juridique indispensable : le contrat. Il est, alors, une évidence que ces modifications de même acabit ne résoudront point les problèmes qui se posent aux marchés publics et il convient, à la faveur de la forte pénétration du numérique dans les administrations publiques et privées, d'explorer le choix de la dématérialisation de leurs procédures de passation qui suscite beaucoup d'enjeux, mais comporte un coût, des risques et contraintes qu'il faut confronter aux exigences financières, techniques et sécuritaires que requiert sa faisabilité.

Cependant, une bonne couverture du pays et un facile accès à l'internet ne constituent pas les seules conditions pour dématérialiser les procédures de passation des contrats et marchés publics. Il s'avère, aussi, nécessaire de mettre en place des mécanismes et des outils informatiques et électroniques qui en assurent le bon fonctionnement technique (A) et sécuritaire (B) et qui peuvent être utilisés pour exprimer un engagement

A- Les paramètres de faisabilité technique:

Le Maroc développe depuis plusieurs années son propre système de dématérialisation des marchés publics. Ce système est l'un des éléments qui illustre la détermination du pays à assurer la transparence et à lutter contre la corruption, tout en maîtrisant mieux la dépense publique. Du fait de sa progressivité, le système est très participatif, permettant de susciter la réaction des acteurs concernés ; il permet d'adapter et d'améliorer graduellement le cadre juridique à l'appui de la dématérialisation, et facilite le changement de comportement des utilisateurs par une composante gestion du changement. Les objectifs initiaux portaient sur le suivi et sur la gestion de l'information et des décisions prises, les autres fonctionnalités plus avancées (achat en gros, processus d'appel d'offres complètement électronique, création d'une base de données des fournisseurs) étant réservées à une phase ultérieure. Cette initiative a incontestablement simplifié le travail : les appels d'offres peuvent désormais être annoncés en deux minutes, la concurrence s'est accrue, et l'information est disponible en temps réel, en un seul clic¹.

En tirant parti d'une approche pragmatique mais progressive, en mettant l'accent sur la gestion du changement et du comportement et en associant tous les acteurs concernés, le système a des effets positifs. Les réseaux informatiques locaux ou grande distance, publics ou privés, isolés ou interconnectés, véhiculent les informations correspondant aux différents besoins des professionnels et du grand public. Parmi les applications les plus

¹ Conférence régionale MENA sur la passation des marchés Obtenir de meilleurs résultats dans les marchés publics : Améliorer la transparence, donner les moyens d'agir et renforcer les capacités. Organisée par l'équipe chargée de la passation des marchés à la Banque mondiale, la conférence régionale sur la passation des marchés dans les pays de la région Moyen-orient et Afrique du Nord (MENA) s'est tenue en décembre 2012 à Tunis et a servi de base à la confection du présent guide.

https://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/document/MNA/Conference_regionale_passation_marches_MENA.pdf

prises du grand public, citons principalement : le transfert de fichiers, la messagerie électronique et la consultation de sites Web. Le *transfert de fichiers* est l'échange de longs documents entre ordinateurs (par opposition au courrier électronique, qui est plutôt destiné aux messages courts). FTP (*file transfer protocol*) est un protocole de transfert de fichiers aux fonctionnalités réduites mais simples à gérer. Cette application est surtout employée pour le téléchargement de divers fichiers multimédias. Pour recevoir et consulter des courriels, il faut tout d'abord disposer d'une adresse électronique, tout comme il faut une adresse pour recevoir du courrier en papier. Mais dans le cas du courrier électronique, il faut également un programme d'accès, sous la forme d'un logiciel appelé client de messagerie¹, ou sous la forme d'un site du type web mail² permettant l'accès aux messages depuis n'importe quelle connexion internet via un navigateur Web. Afin d'assurer l'interopérabilité, l'acheminement des courriels est régi par plusieurs normes, que ce soit pour son routage, ou encore son contenu. Toutefois, le destinataire ne reçoit pas pour autant une copie conforme de l'écran de l'expéditeur. Pour cette raison, entre autres, l'usage est de respecter certaines règles implicites lors de l'envoi de courriel, et la connaissance de certains aspects techniques permet d'éviter des incompréhensions ou des erreurs de communication³.

Le principe d'utilisation du courrier électronique est relativement simple, c'est ce qui en a rapidement fait le principal service utilisé sur internet. A la manière du service postal classique, il suffit de connaître l'adresse de son expéditeur pour lui faire parvenir un message. Ses deux principaux avantages par rapport au «courrier papier» sont d'une part la rapidité de transmission du courrier (quasiment instantanée) et le coût réduit (coût global de la connexion à internet). De plus, le courrier électronique permet d'envoyer instantanément un courrier à plusieurs personnes simultanément⁴.

L'évolution des technologies notamment internet a permis l'essor d'un nouveau moyen de correspondance dans la passation des contrats publics (a): le courrier électronique. Assimilable au premier service en ligne interpersonnel, ce système permet à deux contractants (internauts) possédant une adresse électronique d'échanger personnellement un message. Il est également possible d'y ajouter des contenus textuels, audiovisuels et autres. Le grand développement de cet outil numérique vient de sa grande efficacité par rapport aux autres moyens de communication existants. Un simple email et le fax sont des

¹ Un client de messagerie est un logiciel qui sert à lire et envoyer des courriers électroniques. Ce sont en général des clients lourds mais il existe aussi des applications Web (les webmails) qui offrent les mêmes fonctionnalités. La caractéristique essentielle de tous ces logiciels est de permettre d'accéder à la boîte de courriers électroniques d'un utilisateur. Les clients de messagerie les plus connus sont : Lotus Notes (IBM), Mail (Apple), Microsoft Outlook, Mozilla Thunderbird. D'autres appellations couramment utilisées sont : « logiciel de messagerie », « client de courrier électronique », « client courriel », « courriel leur », « client e-mail », ou « MUA » (abréviation de l'anglais Mail User Agent).

² Un webmail, courriel web ou messagerie web, est une interface web rendant possible l'émission, la consultation et la manipulation de courriers électroniques directement sur le Web depuis un navigateur, Cela permet de lire son courrier de façon simple et d'à peu près n'importe où. Consulter sur : <http://jargonf.org/wiki/webmail>

³ http://fr.wikipedia.org/wiki/Courrier_%C3%A9lectronique.

⁴ <http://www.commentcamarche.net/contents/courrier-electronique/email-e-mail.php3>

moyens de preuve mais ne portant pas de se sécurisée (**b**), ils n'ont pas la force probante qu'un document établi sous la forme électronique. Le contenu du fax peut également être falsifié sans qu'on le sache tant que l'original n'est pas disponible. La force probante est laissée à la libre appréciation du juge. En matière commerciale la preuve est libre¹.

a. Mode de communication des contrats publics dans un réseau adressage :

Contrairement au courrier papier protégé par le secret des lettres, le courrier électronique relève du secret des télécommunications², il est en effet interdit notamment de prendre connaissance intentionnellement de données en matière de télécommunications relatives à une autre personne ou de révéler, de faire un usage quelconque de l'information, de l'identification et des données obtenues intentionnellement ou non sauf moyennant l'autorisation de toutes les autres personnes directement ou indirectement concernées par l'information³. Les échanges de données dans un réseau s'effectuent de différentes manières : la communication s'adresse à un seul utilisateur (communication *point à point* ou *unicast*), à un groupe restreint d'utilisateurs (communication de type *diffusion restreinte* ou *multicast*) ou à l'ensemble des usagers d'un réseau (*diffusion générale* ou *broadcast*).

Toute ressource d'un réseau est désignée par un identifiant ou *nom*. À ce nom, on fait correspondre une *adresse* qui dépend généralement du réseau utilisé. L'adresse doit être unique au sein du réseau concerné. Ainsi, dans le réseau téléphonique, le numéro de téléphone est l'« adresse » d'un abonné connu par son nom. La même personne peut posséder plusieurs adresses (postale, numéro de sécurité sociale, de carte bancaire, etc.). Une *adresse physique* identifie un équipement matériel donné. Par exemple, une adresse physique, appelée *adresse MAC* (*medium access control*), est utilisée pour identifier chaque carte de communication (souvent appelée carte réseau) dans les réseaux locaux⁴.

En effet, le courrier électronique est infiniment plus rapide que le réseau postal classique, l'envoi/réception du message se faisant de façon quasi-instantanée, tout en permettant une lecture différée de son contenu. De plus, contrairement au téléphone, le coût de l'envoi d'un message électronique, quelque soit la position géographique du récepteur du message, est identique pour tous. L'explosion de ce moyen de communication a vite posé

¹ Art.334 du code de commerce) Selon un arrêt n°730 du 27/6/2007 de la Cour Suprême, le fax est un moyen valable pour prouver que l'autre partie a été avisée de l'envoi ou de la réception de la marchandise, tant qu'il est établi au tribunal la réception du fax. https://juricaf.org/recherche/+/facet_pays_juridiction%

² Par donnée en matière de télécommunication », il convient d'entendre non seulement les données de routage (adresse IP, cookies etc....) mais également toute information relative aux numéros appelés ; au nombre et à la durée des communications et, LUDEC (P), «le contrôle des communications données ou reçus par le travailleur », loc.cit ; HENDERICKX (F), «Privacy en Arbeidsrecht», Bruges, Die Keure, p. 9.

³ Cette disposition s'applique, selon la doctrine, également aux données de communications électroniques. Par « données de communication électroniques », on vise les données relatives aux communications électroniques qui transitent par réseau telle l'adresse e-mail de l'expéditeur et du destinataire, l'heure de l'envoi et de la réception, les données de routages, la taille du message, la présence de pièces jointes, etc. RIJKAERT (O), «Le contrat de travail face aux nouvelles technologies», Orientations, 2000, p. 210. Pour un cas d'application, voyez: C. Trav. Anvers, 10 février 2004, disponible sur www.juridat.be.

⁴ <https://www.universalis.fr/encyclopedie/reseaux-informatiques/2-principes-generaux-des-reseaux-inf>

la question de son régime juridique : la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) a permis de donner une définition technique du courrier électronique; le Code des postes et communications électroniques (CPCE) dont le livre II traite des communications électroniques consacre quant à lui l'appartenance, sous certaines réserves, du courrier électronique au régime de la correspondance privée.

La jurisprudence est venue par la suite préciser le champ d'application et les limites de ce principe, notamment grâce à des arrêts rendus par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat. Face à ce constat, vu la longueur et la complexité des marchés publics, le courriel apparaît, souvent aux yeux des candidats et de l'administration, comme une solution séduisante pour simplifier et optimiser leur passation. Les avantages de la messagerie électronique permettent, en effet, de réduire considérablement les délais (et les coûts associés) de reproduction, d'envoi et de réception des courriers. Ainsi pourrait-on envisager l'envoi d'un courriel pour tout échange prévu dans le cadre de la passation d'un contrat administratif entre l'administration et les candidats potentiels¹.

A l'inverse, les avantages du courriel font également sa grande faiblesse. Lorsque les adresses de courrier électronique sont liées à un fournisseur d'accès Internet, le problème se pose du suivi de la correspondance lorsqu'on quitte ce fournisseur et qu'il n'en permet pas le maintien. La messagerie électronique ne garantit pas l'acheminement du courriel à bon port. Un message peut être perdu, ou retardé. Les notifications de réception et de non-réception sont prévues dans la norme, mais de rares logiciels de courriel ne les proposent pas, ou ne les honorent pas en réception, ou envoient l'accusé de réception sans en prévenir le lecteur². Dans les cas courants, leur usage est toutefois utile pour confirmer l'affichage d'un message.

**Le problème du courrier indésirable (pourriel) :* En milieu professionnel, la multiplication chaotique des courriels due à un usage inapproprié ou dépassé de la messagerie peut amener les organisations à se poser la question de passer à des méthodes de travail collaboratif. Selon l'étude « Solutions de collaborations d'entreprises » la messagerie d'entreprise figure, avec l'agenda partagé et le partage de fichiers, parmi les solutions de collaboration privilégiées³. Les adresses de courrier électronique peuvent être l'objet de piratage. En janvier 2019, le site de partage de fichiers Mega met en ligne des millions d'e-mails et de mots de passe volés. Ces informations proviennent de différents

¹ A titre d'illustration, pourraient être transmis par courrier électronique les renseignements complémentaires relatifs au cahier des charges, les demandes de justificatifs fiscaux ou sociaux, les demandes de précisions ou de renseignements complémentaires, etc... De la même manière, le courriel pourrait être utilisé pour les échanges effectués dans le cadre d'une procédure négociée ou d'un marché à procédure adaptée, en particulier pour les phases de consultation des entreprises et de négociation. Force est donc d'admettre l'importance pratique du courriel, source de simplicité et de rapidité, dans le cadre des relations d'affaires entre l'administration et ses partenaires. RIJKAERT (O), «Le contrat de travail face aux nouvelles technologies», op.cit, p. 212.

²Not always returned to sender - International Herald Tribune, https://fr.wikipedia.org/wiki/Courrier_électronique#Développement_de_droits_autour_de_l'adresse_électronique

³ Étude de MARKESS International, Solutions de Collaboration d'Entreprise : https://markess-blog.typepad.fr/blog/2010/02/nouvelle_etude_solutions_de_collaboration_entreprise.html

vols de données qui semblent avoir eu lieu entre 2015 et 2018¹. La remarque fut soulevée précédemment, il est impossible d'apprécier par simple mèl la réalité de l'identité tant de l'émetteur que du destinataire du message, la réalité de l'envoi ou de la réception du message, la source des modifications que le message a pu subir en cours de route et la date de son envoi ou de sa réception.

Ces garanties techniques permettant d'assurer une sécurité juridique aux procédures dématérialisées de passation des contrats publics seront étudiées tour à tour ultérieurement.

En France, d'ores et déjà, il convient d'avoir à l'esprit un exemple concret pour bien se rendre compte des conflits qui peuvent surgir lors de la passation d'un contrat. Dans le cadre d'une procédure d'appel d'offre par exemple, une personne publique, suite à une formulation équivoque constatée dans la rédaction du CCTP, transmet par courriel à l'ensemble des candidats des renseignements complémentaires. Après l'examen des offres, elle décide d'écarter la proposition d'un candidat pour non-conformité sur un point visé par le courriel. Contestant le rejet de son offre au motif que l'information de la modification du CCTP ne lui est pas parvenue, le candidat décide d'engager un référé précontractuel.

A signaler ici que, par défaut et pour des raisons historiques, il n'est pas nécessaire de s'authentifier pour envoyer du courrier électronique, ce qui signifie qu'il est très facile d'envoyer du courrier en falsifiant l'adresse électronique de l'expéditeur. Ainsi, la quasi-totalité des fournisseurs d'accès verrouillent leurs serveurs SMTP afin de n'en permettre l'utilisation qu'à leurs seuls abonnés ou plus exactement aux machines possédant une adresse IP appartenant au domaine du fournisseur d'accès. Ceci explique notamment la nécessité qu'ont les utilisateurs nomades de modifier les paramètres du serveur sortant dans leur client de messagerie à chaque changement entre le domicile et l'entreprise. La personne publique est tenue de respecter le principe d'égalité, ce qui suppose notamment qu'elle puisse rapporter la preuve que les différents candidats ont reçu le même niveau d'informations relatives à l'objet de la procédure d'achat.

En l'espèce, elle devra faire la preuve que le courriel a bien été envoyé et que le courriel reçu par le candidat est bien le même que celui qui a été émis. La sécurité du courrier électronique ne s'arrête pas à l'authentification pour accéder aux comptes : le contenu du message peut être validé et sécurisé, l'identité de l'expéditeur peut être authentifiée, l'autorisation des expéditeurs de courrier électronique peut être maintenue et l'intégrité et la fonctionnalité de l'application e-mail elle-même peuvent être mieux protégées. L'avenir appartient alors aux solutions de courriers électroniques juridiquement conformes.

¹ Des millions d'e-mails et de mots de passe piratés publiés sur Internet : que contiennent ces données ? », Le Monde, 21 janvier 2019, https://www.lemonde.fr/pixels/article/2019/01/21/que-contient-l-immense-fichier-d-adresses-e-mails-et-de-mots-de-passe-publie-en-ligne_5412216_4408996.html

b. Les courriels électroniques sous l'égide du nouveau régime de preuve :

D'un point de vue juridique, un e-mail peut être produit en justice dans tous les cas où la preuve est *libre* (droit pénal, droit commercial et, selon les domaines, droit civil). Comme preuve, ou comme commencement de preuve, selon les cas. Reste que, d'un point de vue technique, un message électronique n'apporte généralement aucune fiabilité quant à l'identité de l'expéditeur et à l'intégrité du message. Sa valeur probatoire est donc soumise à l'appréciation du magistrat qui aura à statuer, et dépendra de la connaissance technique de ce dernier. *Dans un arrêt rendu le 28 décembre 2001 (dit Valette¹), le Conseil d'Etat a admis la validité d'un dépôt de réclamation contre le déroulement d'opérations électorales par courrier électronique : les juges ont considéré qu'il était possible d'identifier l'auteur de l'e-mail grâce aux autres documents papiers qu'il avait adressé à ses interlocuteurs. Par un arrêt du 16 novembre 2001, la Cour d'appel de Paris reconnaît la validité d'une démission par courrier électronique en le considérant comme manifestant une volonté claire et non équivoque de démissionner. Cependant, pour les messages importants ou susceptibles de faire l'objet d'un litige, il est conseillé de fiabiliser l'envoi du courriel. Ainsi, dans un article publié par Mme Renard², il s'agit de savoir si les e-mails recommandés ont valeur légale.*

Depuis l'ordonnance n°2005-674 du 16 juin 2005³, les courriers électroniques recommandés, à certaines conditions, ont la même valeur juridique qu'une lettre recommandée papier. Ce service se présente comme doublement vertueux, puisque non seulement il permet à l'expéditeur de s'assurer que le destinataire a bien reçu son mail, mais il permet aussi aux destinataires d'être assurés qu'ils reçoivent des courriels sûrs de la part d'expéditeurs légitimes.

La définition juridique de l'e-mail⁴ (ou «courriel») est la suivante: «*On entend par courrier électronique tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère*». Se demander quelle est la valeur juridique de l'e-mail consiste à savoir s'il peut être utilisé comme une preuve. Le courriel «simple» en tant que tel n'est pas équivalent à un courrier postal qui serait signé de manière manuscrite. Pour qu'un e-mail ait une valeur égale à un courrier papier signé, il faut qu'il soit accompagné d'une véritable «signature électronique» au sens du D.O.C⁵. Mais, cette signature électronique doit être sécurisée⁶ au

¹ <https://www.arobase.org/loi/valeur-juridique-email.htm>

² www.journaledunet.com/juridique/juridique060321.shtml

³ Cette ordonnance, signée par le Président Jacques Chirac et relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique, est venue modifier le chapitre VII du titre III du livre III du Code civil français.

⁴ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, article 1er IV, alinéa 3 ; JO du 22 juin 2004.

⁵ Article 417-2 du code des obligations et des contrats, précité.

⁶ Article 417-3 du code des obligations et des contrats, précité.

moyen d'un dispositif de création de signature électronique et la vérification de cette signature repose sur l'utilisation d'un certificat électronique qualifié¹.

La certification de la signature doit être réalisée par un organisme agréé. Toutefois, la preuve d'un engagement ne passe pas forcément par la présence d'une signature. C'est pourquoi, l'e-mail «simple» peut être utilisé comme preuve. C'est le cas dans les domaines du droit où on admet que, devant les tribunaux, la preuve est «libre». Dès lors, une commande commerciale par e-mail peut être considérée comme valable et être utilisée comme preuve. Dans le domaine civil, le courriel peut valoir « commencement de preuve par écrit » : c'est-à-dire qu'il n'est pas une preuve irréfutable mais qu'il peut quand même être pris en compte par un tribunal.

Le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation au cas par cas : il va vérifier si le message a pu ou non être falsifié. Courriel, mél, e-mail autant de mots pour désigner l'un des outils de communication le plus utilisé aujourd'hui. Facile, rapide, d'une application très variée, celui-ci a pris une place importante dans notre société. Mais quelle est la valeur juridique d'un e-mail, peut-on l'utiliser comme preuve dans un litige? La réponse est loin d'être évidente. D'un point de vue juridique, un courrier électronique peut être produit en justice. En effet, sous certaines conditions, il a la même force probante que l'écrit sur un support papier. La législation considère que le contenu du message peut être facilement falsifié, et par conséquent, un e-mail ne vaut pas une lettre écrite.

Toutefois, il peut constituer un « commencement de preuve » si les trois principes de fiabilité sont respectés, à savoir : horodatage, intégrité du message et identification claire de l'auteur et du destinataire du mail. L'identification de l'auteur peut aussi se faire grâce aux documents joints à l'e-mail comme le considèrent les juges dans l'arrêt rendu le 28 décembre 2001 par le Conseil d'Etat. Qui a accepté un e-mail comme preuve lors d'un litige : les juges ont considéré qu'il était possible d'identifier l'auteur de l'e-mail grâce aux autres documents papiers qu'il avait adressé à ses interlocuteurs. Cette décision vient renforcer la jurisprudence récente sur les échanges électroniques: en juin 2001, le TGI de Paris avait aussi reconnu la valeur juridique d'un e-mail. Il s'agissait cette fois-ci d'un courrier "recommandé", envoyé sur un site qui propose ce service. Les deux décisions concernent les e-mails dits "classiques", donc sans signature électronique. Tous ses échanges auront-ils alors un poids juridique, comme s'il s'agissait des lettres écrites et signées ? La valeur juridique d'un e-mail dépend en fait de l'identité des interlocuteurs². Un autre moyen de prouver la fiabilité d'un e-mail est la signature électronique. Cette technologie permet de garantir l'identité de l'émetteur et l'intégrité du message, il est conseillé de l'utiliser dans les messages importants.

* Vers le recommandé électronique: Aujourd'hui, de plus en plus de sites proposent l'envoi d'une lettre recommandée par courrier électronique. Un e-mail «AR³» a la même valeur juridique qu'une lettre recommandée classique. Par ailleurs, le décret en date du 2

¹ Article 10 de la loi 53-05 relative à l'échange électronique de données juridiques, précitée.

² <http://www.symantec.com/region/fr/resources/email.html>

³ E-mail avec accusé de réception.

février 2011 autorise l'envoi de e-mail «AR» mais uniquement pour conclusion ou exécution d'un contrat et non pas pour sa rupture. Toutefois, ce type de courrier soulève beaucoup de questions, notamment en ce qui concerne la durée de conservation par l'opérateur ; la signature qui n'est pas imposée au destinataire et enfin la fiabilité de la date de réception¹. Le destinataire de l'acte sous forme électronique attend des certitudes quant à l'identification et l'intégrité du message. Il y manque encore la prise en compte de la dimension temporelle pour se rapprocher du recommandé postal. Dans cette procédure d'acheminement postal « sécurisé », la poste remet au destinataire le même pli (intégrité) qu'elle a reçu de l'expéditeur (identification de la source).

Par contre, la poste applique en tampon horodateur sur le pli ainsi que sur le bordereau de recommandé. La gestion du temps est encore fine si le recommandé est complété d'un avis de réception. Il faut la plupart du temps déclarer et quelquefois payer avant l'expiration d'un délai ou la survenance d'une date. Lorsque la date d'envoi s'avère critique, la pratique est d'utiliser le service de sécurisation de la poste. L'intérêt serait grand de disposer d'une procédure de même type dans le monde électronique. Malheureusement, le droit marocain ne possède pas actuellement de recommandé électronique². A observer cependant les enseignements d'autres législations, comme celles du Luxembourg³.

* Vers l'accusé de réception administratif : Même si elles ont d'abord été créées pour un usage interne, les adresses de courrier électronique des administrations commencent à être

¹PIETTE-COUDOLE (Th), «utilisation de la signature électronique : la dématérialisation documentaire dans les téléprocédures », ICARE, RNRT, 23/06/2003, p.33.

² Ni recommandé électronique, ni avis de réception. Seule rançon à la modernité, l'AR administratif peut mentionner l'adresse électronique du service chargé du dossier.

³ La loi luxembourgeoise sur le commerce électronique du 14 août 2000 a réformé le droit interne pour favoriser le développement de cette nouvelle façon de faire des affaires en adoptant notamment, la signature électronique. Selon les motifs de la loi, le législateur luxembourgeois a considéré que dans le contexte des échanges électroniques de données, effectués en temps réel, il est nécessaire de prévoir, en outre, une certification du temps. Le recommandé déposé électroniquement offre à l'instar de celui déposé matériellement la possibilité pour l'expéditeur d'un message signé électroniquement de se constituer une preuve de l'envoi, de la date et, le cas échéant, de la réception de ce message. Ces différents niveaux de preuve peuvent s'analyser de la façon suivante : - Preuve de l'envoi : l'intérêt qu'offre-le recommandé est celui pour l'expéditeur de se ménager une preuve de son envoi. Cette preuve pourra être réalisée, pour le recommandé électronique grâce au récépissé électronique qui lui sera remis lors du dépôt électronique. - Preuve de la date et de l'heure de l'envoi : la loi impose, dans certains cas, un délai pour l'envoi d'une lettre ou d'un document. Tout comme pour la preuve de l'envoi, le recommandé offre à l'expéditeur la possibilité de se ménager la preuve que les délais ont été respectés.- Preuve de réception : grâce au recommandé avec accusé de réception, l'expéditeur peut prouver que le destinataire a reçu l'envoi et a été en mesure d'en prendre connaissance. L'expéditeur du document est responsable des moyens techniques à mettre en œuvre pour garantir efficacement le contenu du message contre les risques d'atteinte à l'intégrité et à la confidentialité de celui-ci, PIETTE-COUDOLE (Th), «Utilisation de la signature électronique: la dématérialisation documentaire dans les téléprocédures », op.cit.p.33. Le droit Belge a également reconnu le recommandé électronique (depuis l'arrêté du 9 juin 1999 et la loi du 2 août 2000 portant des dispositions sociales et fiscales diverses »), mais avec une certaine opacité puisque les services de tous les prestataires du marché peuvent être utilisés (art.239 de la loi), sauf en matière de procédures judiciaires et administratives où il est obligatoire de passer le service de la poste (art. 21 de l'arrêté royal). WERY Etienne, «le recommandé électronique ; techniquement au point mais juridiquement à risque», juin 2002, URL, [http:// www.droit-technologie.org](http://www.droit-technologie.org)

utilisées dans les relations avec les administrés. Elles sont de plus en plus communiquées aux usagers. Lorsque les administrés utilisent la messagerie pour communiquer avec les administrations, il est logique que celles-ci leur répondent par le même moyen. Il faut veiller à ce que, dans ces échanges électroniques, l'administration indique non seulement le nom du service compétent qui émet le courrier mais aussi l'identité de l'agent qui traite l'affaire. La seule exception à ce principe d'identification de l'agent est le cas où l'anonymat serait requis pour des motifs de sécurité. S'il peut être largement envisagé, l'usage du courrier électronique par les administrations trouve une limite dans tous les cas où est prise une décision administrative entourée d'un formalisme particulier, notamment dans le mode de notification.

Les courriers électroniques reçus par les administrations publiques doivent être traités avec autant d'attention que des courriers sous forme papier. Lorsqu'ils comportent toutes les indications exigées par les textes législatifs et réglementaires, ils sont en effet susceptibles de faire naître des décisions implicites qui peuvent être, suivant les cas, de rejet ou d'acceptation, de la demande qu'ils comportent. Même si la jurisprudence ne semble pas encore s'être prononcée sur ce point, il n'y a pas de raison de considérer qu'une demande électronique dont la réception n'est pas contestée ne pourrait pas suffire à faire naître une décision implicite.

La question de la valeur juridique du courriel se pose avec une particulière acuité¹. Ainsi, le législateur marocain a fait preuve de pragmatisme et modifié le D.O.C en y insérant l'article 417-1 qui accorde à l'écrit électronique la même force probante que l'écrit papier. Or la loi relative à l'échange électronique de données juridiques ne couvre pas l'intégralité des actes de la vie des affaires -actes administratifs notamment- et de ce fait, ne protège pas juridiquement les échanges de données juridiques entre un usager (personne physique ou morale) et une administration; cette loi ne régit pas plus les échanges de données entre administrations publiques ou privées. Par contraste, il est à souligner que le code général des impôts organise quelques règles de preuves relatives aux télédéclarations portant sur certains impôts, ce qui non seulement souligne le vide indiqué plus haut mais également pose la question de la cohérence de ces textes avec la législation sur l'échange de données juridiques censée édicter les principes généraux applicables².

Le juge administratif va très loin pour tout ce qui touche à la déontologie dans l'utilisation des courriers électroniques par les agents publics. C'est le cas lorsque cette utilisation a lieu en relation directe avec le travail, comme par exemple l'utilisation de l'ordinateur du

¹DEPLANQUE (L), LOBET-MARIS (C), NAVARRE (F) et POULLET (Y), «Vous avez un message : administration publique et courrier électronique: guide de bonnes pratiques», Namur, Presses Universitaires de Namur, 2004, p. 150.

² Au service des entreprises, certains exemples de dématérialisation gagneraient à voir un cadre adapté tels que la dématérialisation des factures, la dématérialisation des bulletins de paie, la dématérialisation des marchés publics, la dématérialisation des flux monétaires (faire en sorte que la formule papier ne circule plus entre les banques mais seulement l'image chèque), et pourquoi pas, la dématérialisation des actes judiciaires, DEPLANQUE (L), LOBET-MARIS (C), NAVARRE (F) et POULLET (Y), «Vous avez un message : administration publique et courrier électronique: guide de bonnes pratiques», op.cit, p. 152.

service pour des actes «de nature à compromettre l'honorabilité attendue d'un agent de police municipale¹» mais aussi quand l'utilisation d'Internet en dehors du service donne lieu à des faits qui sont «susceptibles de porter atteinte à l'image et à la dignité de la fonction publique» et en l'espèce «du corps enseignant»². Il y a globalement, dans le droit de la fonction publique et des agents publics, une grande possibilité d'ingérence de l'employeur dans la vie des travailleurs.

Certains auteurs considèrent face à cette jurisprudence que le juge pénal sera celui qui freinera les pratiques les plus attentatoires au respect de l'intimité de la vie privée et au secret des correspondances dans l'administration (personnelle ou syndicale). Les solutions de correspondance conformes aux normes légales des différents pays (courrier électronique sécurisé ou à valeur légale) tel que le De-Mail, IncaMail et E-Post sont des alternatives aux courriers électroniques traditionnels. Elles offrent conformité, confidentialité et valeur juridique aux communications électroniques. Les plus sceptiques prévoient d'ores et déjà le déclin de ces solutions sécurisées de communication électronique, les imaginant trop chères à implémenter pour trop peu de bénéfices.

Mais les courriers sécurisés valident l'identité électronique des destinataires. La première étape est d'être certain que l'e-mail est adressé au bon destinataire. Avec le développement numérique cette problématique est de plus en plus importante, particulièrement du fait des affaires réalisées en B2C à travers le web, nécessitant des identités électroniques fiables. Bientôt, tout citoyen devra bientôt avoir une identité électronique. Les solutions qui sécurisent les courriers électroniques gagnent donc en importance. Combiner la simplicité d'envoi des courriers électroniques avec la confidentialité et la valeur juridique des courriers traditionnels est un challenge à relever. Reste alors à savoir comment l'internaute pourra valablement donner son engagement.

¹ Cour administrative d'appel de Marseille, 14 Octobre 2003 n° 02MA01705, conciliter sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007580639>

² Cour administrative d'appel de Versailles, 8 mars 2006, n° 04VE00424, Mme C. [http://fr.jurispedia.org/index.php/Jurisprudence_du_Conseil_d'%C3%89tat_sur_l'utilisation_du_courrier_%C3%A9lectronique_par_un_fonctionnaire_\(fr\)#D.C3.A9cision_du_7_avril_2006_sur_la_prise_en_compte_d.E2.80.99un_courriel_pour_sanctionner_un_fonctionnaire](http://fr.jurispedia.org/index.php/Jurisprudence_du_Conseil_d'%C3%89tat_sur_l'utilisation_du_courrier_%C3%A9lectronique_par_un_fonctionnaire_(fr)#D.C3.A9cision_du_7_avril_2006_sur_la_prise_en_compte_d.E2.80.99un_courriel_pour_sanctionner_un_fonctionnaire)

B) Les paramètres de faisabilité sécuritaire :

Mathématiquement parlant, l'acceptation contractuelle correspond à la flèche retour dans une relation symétrique¹. En tant qu'acte bilatéral, l'acceptation de l'offre est un élément fondamental de la formation du contrat à distance. Si l'offre s'inscrit dans la phase préparatoire, avec la manifestation de l'acceptation se noue la relation contractuelle. C'est seulement à partir de ce moment là que les droits et obligations énoncés dans l'offre deviennent effectifs². Nous avons étudié successivement la problématique du « clic » dans l'acceptation d'un contrat (a) ainsi que les mesures de protection y afférent (b).

a. Le geste contractuel :

En programmation orientée objet, l'événement "clic" correspond à une suite d'instructions que l'ordinateur doit exécuter en vue d'un résultat palpable sur l'écran. Selon le principe du consensualisme contractuel, l'acceptation ne doit en principe revêtir aucune forme particulière³. Il demeure toutefois essentiel d'observer la manière dont elle pourra se manifester. Dans le cas de contrats par voie électronique, elle s'opère par un geste auquel sont attachées des conséquences juridiques qui touchent à la capacité selon qu'il s'agit d'un mineur ou d'un tiers. L'article 9 §1 de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique condamne tout formalisme exigé à titre de validité de l'acte. En effet, l'acceptation par voie électronique se réalise par un simple clic. Cependant, ce simple clic est-il suffisant à exprimer une intention certaine à s'engager ? Une réponse positive s'impose puisque la doctrine et la jurisprudence affirment depuis longtemps que l'homme peut exprimer sa volonté de diverses manières : un geste non équivoque ou un comportement actif peut être considéré comme une manifestation expresse de la volonté de s'engager. L'acceptation par un simple clic ne pose donc pas de problèmes. Mais pour qualifier ce geste d'acceptation, il faut qu'il soit voulu, c'est-à-dire, qu'il exprime une volonté interne de s'engager⁴.

Toutefois, qualifier ce simple clic d'acceptation peut engendrer un risque, surtout pour le consommateur, qui peut prétendre n'avoir cliqué que par erreur de manipulation sans vouloir manifester une volonté de s'engager. Dans ce cas, il peut nier la valeur de son clic tout simplement parce qu'il ne signifie rien en soi. Il y a donc deux intérêts contradictoires : d'un côté, un simple clic est insuffisant à manifester le consentement de la personne et de l'autre côté, imposer des procédures et formalités complexes - par exemple une confirmation écrite de l'acceptation - auront pour conséquence d'affaiblir considérablement le recours au mode électronique pour contracter. Il convient alors de

¹ Nous faisons allusion ici à la théorie mathématique des graphes où les deux parties au contrat constituent les nœuds du réseau. L'arc allant du professionnel vers le consommateur constitue l'offre, tandis que l'arc retour porte le nom d'acceptation

² https://www.memoireonline.com/04/12/5751/m_La-formation-des-contrats-de-vente--distance-par-voie-electroniqueanalyse-comparative-en-droit-c10.html

³ L'article 208 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général de l'OHADA, cité par Barhasima Chanikire, in « Problèmes juridiques posés par l'Internet dans la vente internationale des marchandises », Mémoire. Université d'Abomey-Calavi. 2003-2004. p. 9

⁴ Jugement rendu à Nancy, 1er mars 1950, JCP 1950, II, 5892,

trouver un juste milieu. Le Conseil d'Etat français¹ a proposé un système de confirmation où l'acceptation se réalise soit par l'envoi d'un courrier électronique avec obligation de conservation du message, soit par deux clics distincts sur deux contrôles² différents : « j'accepte l'offre » et « confirmez-vous bien votre commande ? ».

En effet, l'acceptation du client se fait le plus souvent en cliquant à l'aide d'une «souris» sur «OK» , «OUI» ou «d'accord».une question se pose alors : quelle est la valeur de ce «clic» ? Autrement dit lorsque le consommateur clique OK sur la transaction a-t-il vraiment dit «OUI» et à quoi a-t-il dit «OUI»? Afin de répondre à ces questions dont dépend la validité de l'engagement, il faut se référer au droit commun des contrats.

*** Acceptation électronique par "double-clic"** ³: La conclusion du contrat électronique exige désormais que le destinataire de l'offre clique deux fois consécutives pour exprimer sa volonté de s'engager. L'instauration de ce système est justifiée par l'inadaptation ou plutôt l'insuffisance des règles de droit commun à manifester une volonté certaine en matière de contrats électroniques. Le droit commun, n'imposant aucune forme spécifique d'acceptation, se contente d'un acte exprimant de façon certaine et non-équivoque l'acceptation : un clic isolé est alors suffisant. Mais, comme nous l'avons précédemment signalé - un simple clic ne suffit pas puisque le risque d'un clic accidentel sur Internet est grand et ne manifeste aucune acceptation effective du destinataire de l'offre d'où de fausses manipulations : l'acceptant clique compulsivement deux fois sur le même bouton et conclut, sans le savoir, deux contrats consécutifs portant sur des objets similaires. Le système de double-clic élimine ce risque puisqu'il exige la réitération de la volonté déclarée de l'acceptant pour que le contrat électronique se forme. Il est donc obligatoire pour qu'un tel contrat soit valide.

Avec le double-clic, la formation du contrat s'opère en deux étapes successives : l'acceptant sélectionne d'abord le produit ou le service qu'il souhaite acquérir et manifeste une première fois son acceptation par un premier clic. Ensuite, le destinataire de l'offre, après avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, confirme sa commande en exprimant son acceptation par un deuxième clic. C'est donc cette confirmation qui fait guise de formation du contrat électronique. En droit civil la capacité contractuelle est la règle tandis que l'incapacité reste l'exception. La définition de la capacité en droit commun reste valable en matière de contrats par voie électronique. La spécificité du commerce à distance est d'établir des rapports contractuels entre des parties physiquement éloignées l'une de l'autre. Cela ne permet bien évidemment pas au commerçant de vérifier l'identité et la capacité de son cocontractant car, en cas de doute, il n'a pas la possibilité de demander des pièces

¹ Conseil d'Etat, Internet et réseaux numériques, la documentation française, 1998, p.65,

² En programmation informatique comme le visual Basic, un contrôle est synonyme d'une commande ou d'un objet événementiel.

³ http://www.lexagone.com/dico/dico.php?ref_dico=E-mail&lettre=E

justifiant éventuellement l'identité et l'âge de son interlocuteur. Quelle est alors la valeur juridique de l'acceptation donnée par un mineur ou par un tiers ?

*** Acceptation donnée par un mineur :** La des pays ont fixé à l'âge de dix-huit ans révolus. A cet âge, on est présumé être capable de décider tout seul pour s'engager dans un rapport contractuel. En revanche, les mineurs et les incapables majeurs ne peuvent, en principe, contracter que par l'intermédiaire de leurs représentants légaux qui peuvent être par exemple leurs parents. Cependant, ce principe n'a pas été appliqué avec rigueur par la jurisprudence puisqu'elle valide les contrats conclus par les mineurs dans deux cas : Lorsque l'objet du contrat est considéré comme « acte de la vie courante », lorsque le juge présume l'existence d'un « mandat tacite » ou le mineur est considéré comme le mandataire de ses parents. Le juge doit alors apprécier au cas par cas l'objet du contrat pour décider si l'acte accompli par le mineur constitue ou non « un acte de la vie courante » puis se prononcer pour la validité ou la nullité du contrat. Mais, la jurisprudence prend apparemment en considération l'importance du prix à payer. Ainsi, il a été jugé que l'achat d'un vélomoteur constitue un acte de la vie courante et que le mineur peut contracter tout seul¹.

La majorité des biens vendus à distance constitue bien évidemment des biens de consommation courants : jeux, disquettes, livres, cadeaux, logiciels. Un mineur peut donc conclure directement et sans intermédiaire un contrat portant sur l'un ou l'autre de ces objets. La jurisprudence emploie également la notion de « mandat tacite » pour valider un contrat conclu par un mineur selon laquelle le mineur est considéré comme mandataire de ses parents.

Il a été jugé que le vendeur par correspondance de biens de faible valeur destinés aux enfants peut invoquer, en cas de commande passée par un mineur, un mandat à la fois apparent, tacite et oral de ses parents. Cependant, la notion de mandat tacite ne sera présumée que lorsque l'offre à distance sera envoyée aux parents du mineur mais si c'est ce dernier qui a rempli le bon de commande, le commerçant pourra légitimement croire que le bon de commande a été rempli par les parents. En revanche, elle sera difficilement applicable dans le cas où l'offre a été directement adressée au mineur.

***Acceptation donnée par un tiers :** Le contrat se définit généralement comme l'accord d'au moins deux volontés concordantes. Il ne produit, en principe, d'effets qu'entre les parties contractantes et ne peut créer des droits ou des obligations en faveur ou à l'encontre de ceux qui n'ont été ni des parties ni des représentés.

L'utilisation du «double-clic²» est plus problématique puisque se posent les questions de la garantie de l'imputabilité de l'acte et même de son intégrité. Que ce soit par une

¹ https://www.memoireonline.com/04/12/5751/m_La-formation-des-contrats-de-vente--distance-par-voie-electroniqueanalyse-comparative-en-droit-c10.html

² En informatique, le terme double-clic est le nom donné à une action consistant à appuyer rapidement deux fois de suite sur un des boutons d'une souris sans bouger cette dernière. L'objectif de cette technique est de permettre à un utilisateur de pouvoir effectuer avec un même bouton une opération différente de celle réalisée lors d'un usage classique de celui-ci, c'est-à-dire ici un simple clic.

identification préalable (saisine d'un nom et d'un mot de passe permettant d'accéder ou de déposer des offres) ou postérieure (je double-clique et ensuite j'indique mon identité), cela reste fondé sur une certaine confiance vu-a-vis du «déclarant ». La loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, dite LCEN, répond pour partie à ces problèmes en reconnaissant une validité à ces procédures d'achat sur internet utilisant le «double-clic»¹. Un réel problème se pose en matière de contrats à distance puisque, comme on l'a dit précédemment pour l'incapacité du contractant, le vendeur à distance ne dispose pas toujours de moyens adéquats lui permettant de vérifier l'identité de son cocontractant².

En effet, on peut imaginer par exemple qu'un bon de commande d'un produit paru dans un catalogue papier ou sur Internet a été rempli et envoyé par le salarié au nom de son patron, ou même qu'il a été rempli par un étranger au nom d'un autre. Ce bon de commande, signe de l'accord de volontés, oblige-t-il la partie au nom duquel le bon de commande a été rempli ? Autrement dit, le contrat consenti par un tiers engagerait-il la personne qui a été désignée comme contractant ? On peut affirmer qu'en principe, on ne sera pas responsable pour les contrats conclus à notre nom par un tiers sous réserve toutefois de prouver qu'il n'existe pas de rapport de représentation. Plus précisément, l'article 65-5 de la loi 53.05, consacre le principe du «double-clic» en exigeant, «pour que le contrat soit valablement conclu », que le destinataire de l'offre ait eu *«la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation»*.

Tout comme l'obligation d'information précontractuelle, le principe du «double-clic» n'est pas applicable lorsque le contrat est exclusivement conclu par échange de courriers électroniques³. Si le juge administratif continue à s'inspirer des solutions légales existantes en droit civil, il pourrait ainsi reprendre le mécanisme légal posé dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique. En outre, la liberté de la forme et la liberté de la preuve en droit administratif pourraient permettre une plus grande souplesse et admettre la mise en place de solutions originales. Une collectivité publique pourrait développer une plate-forme de passation et de conclusion de contrat en ligne (sur le modèle d'un site de commerce électronique ou d'un extranet fournisseur, par exemple).

Ce terme qui a été calqué sur l'anglais double-click provient tout simplement du bruit produit par la souris lorsque cette action est réalisée (deux cliquetis). Ce terme a également formé le verbe "double-cliquer".

¹ VIVANT (M.), «Le contrat plongé dans l'économie numérique», RDC, avril 2005, p.p. 542-543.

² En effet, l'ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005, relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique. Version consolidée au 31 août 2019 prise sur le fondement de l'article 26 de la LCEN, indique que le processus de contractualisation électronique devra s'effectuer en deux étapes afin d'éviter les conséquences mauvaises, manipulations des internautes (deux clics).

³ Les dispositions précitées concernent exclusivement les contrats passés par le biais d'un site marchand. Elles ne s'appliquent pas aux contrats exclusivement conclus par e-mail. VIVANT (M.), «Le contrat plongé dans l'économie numérique», op.cit, p.543.

b. Les mesures de protection :

En matière de sécurité et de confidentialité, la responsabilité repose principalement sur la personne publique. Il faut noter que l'acheteur assume des obligations dites de moyens ce qui signifie qu'il doit mettre en œuvre les dispositifs de sécurité utiles et disponibles pour assurer leur respect. Ceci n'implique pas que l'acheteur supporte un régime de responsabilité différent de celui de la responsabilité administrative pour faute qui impose au requérant de rapporter la preuve d'une faute à la charge de la personne publique ou de son prestataire¹. Dans le contexte de la dématérialisation, si la confidentialité doit être entendue dans son sens habituel, soit la conservation du secret sur une information, la sécurité doit à la fois le respect de la confidentialité des informations transmises mais aussi l'exécution dans des conditions normales et jusqu'à leur terme des dites transmissions ainsi que la conservation des documents électroniques transmis. Si l'on se réfère à la distinction des moyens électroniques utilisés, pendant leur transmission la sécurité des dossiers sera assurée par l'emploi simultané d'un réseau sécurisé et du chiffrement des dossiers, et pendant leur conservation par la personne publique, et confidentialité seront obtenues par l'emploi du chiffrement des dossiers et d'un coffre-fort électronique².

En ce qui concerne les transmissions, il faut observer que le fait pour la personne publique d'assurer leur sécurité va au-delà de ce qui se passe avec des dossiers sur support papier. En effet, dans ce cas la sécurité incombe à la poste, au coursier ou au candidat s'il dépose lui-même son dossier au guichet de la personne publique. Celle-ci n'assure la sécurité des plis qu'à compter de leur réception. Dans la dématérialisation, le champ de la responsabilité publique débute donc dès que le candidat transfère ses dossiers électroniques sur le réseau qu'elle lui aura indiqué. Il convient de signaler que les questions relatives à la sécurité et à la confidentialité ont un impact sur les modalités d'organisation humaines et techniques des services informatiques qui seront en charge de la dématérialisation. Dans le cas où la personne publique gère directement cette compétence, il conviendra notamment de mettre en place les dispositions nécessaires pour que les agents des services informatiques ne communiquent avec les agents du service des marchés que dans la stricte limite de la bonne exécution des opérations techniques dont les premiers sont chargés. Dans le cas où il est fait appel à des prestataires extérieurs, ceux-ci devrait être assujettis aux règles qui s'imposent à la personne publique, et dans la mesure du possible, au regard des possibilités offertes par les solutions techniques disponibles, à celle qui s'appliquent aux tiers à la procédure. Il conviendra donc d'être attentif à ce que les documents contractuels qui régissent les relations de ces prestataires avec la personne publique précisent les obligations en matière de sécurité et de confidentialité que ces prestataires doivent respecter ainsi que les modalités de la responsabilité contractuelle qu'ils encourent s'ils y font défaut.

¹ VADE-MECUM JURIDIQUE, «Sur la dématérialisation des marchés publics», à Télécharger sur : <http://www.dgdr.cnrs.fr/achats/dematerialisation/lien-utiles/vademecum.pdf>.

² Idem.

En particulier, les agents du prestataire de services de dématérialisation doivent être tenus à ne communiquer en aucune façon tout ou partie du contenu de la plate-forme avec d'autres agents chargés de répondre à des appels d'offres de l'administration. Le cahier des clauses techniques particulières relative à la plate-forme de dématérialisation devra prendre en compte l'ensemble des éléments qui assureront la sécurité et la confidentialité de la plate-forme et d'en démontrer la réalité¹.

Du point de vue de la qualification des contrats, le développement des contrats électronique n'a pas profondément remis en cause la typologie des contrats spéciaux par lesquels les produits et services sont diffusés et commercialisés, l'archétype du contrat de vente demeure encoure la référence principale. En revanche de nouvelles problématiques affectent les relations contractuelles sont nées : comment organiser juridiquement une conclusion électronique du contrat public?

De nouvelles activités entraînent des interrogations relatives à la nature des relations contractuelles nées dans un nouveau contexte (par exemple, comment qualifier les relations juridiques conclues par les fournisseurs d'accès à Internet (FAI ou « providers »), les « hébergeurs », les créateurs de sites sur le « web » ou « toile », par les annuaires et moteurs de recherche et le titulaire d'un site en matière de « référencement » du site (contrats de « portail », contrats « d'affiliation »)? Plus globalement, la conclusion même du contrat public dématérialisé a suscité un regain d'intérêt sur des thématiques traditionnelles du droit public : qu'entend-on par offre contractuelle véritable pour un contrat électronique? Comment caractérise-t-on l'acceptation de l'offre dans cet environnement ?

¹ DAJ, GUIDES ET RECOMMANDATIONS, « dématérialisation des marchés publics », GUIDE PRATIQUE, version 2.0 décembre 2012, p.19, à consulter sur : http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/guides/guide-pratique-dematerialisation-mp.pdf

Section II : Conclure un contrat administratif par le biais d'un agent électronique :

Les contrats conclus par voie électronique possèdent certaines caractéristiques qui les distinguent des contrats formés dans le monde traditionnel. Il s'agit de l'immatérialité et de la rapidité des échanges, de l'éloignement des parties contractantes, de l'automatisation du processus de conclusion des contrats et de l'opacité des réseaux électroniques. Ces caractéristiques ont donné naissance à un mode technique particulier de conclusion des contrats, régi par des règles juridiques particulières tant en droit marocain qu'en droits européens, belge et français. Ces règles propres aux contrats électroniques constituent ce qu'on peut appeler le « droit spécial de contrats électroniques ». Le postulat de ce dernier est que celui qui utilise l'outil électronique pour faire des propositions de contrat se trouve en position de force vis-à-vis de son cocontractant. En droits européen et belge des contrats électroniques, le premier est qualifié de « prestataire de services » et le second est nommé « destinataire du service ».

En droit marocain, ces deux parties sont respectivement désignées par les notions de « professionnel » et de « destinataire de l'offre ». Dans les rapports juridiques ainsi définis, l'étude montre que le droit des contrats électroniques donne naissance à un processus de formation du contrat différent de celui du droit commun des contrats. D'abord, le droit marocain des contrats électroniques, à l'image du droit français en la matière, infléchit les conditions classiques de formation des contrats que sont l'offre et l'acceptation. En outre, le droit marocain des contrats électroniques prolonge le moment de la formation de ceux-ci.

Ce prolongement est le fait de l'obligation imposée au prestataire de services d'accuser réception de la commande et du droit de rétractation qui permet à son bénéficiaire de renoncer, dans certains cas, au contrat au bout d'un certain délai. D'une part, l'analyse du mécanisme de l'accusé de réception de la commande à la lumière des caractéristiques du contrat conclu par voie électronique conduit à admettre que celui-ci ne peut être considéré comme formé qu'à la communication de l'accusé de réception de la commande. Ainsi, l'existence du contrat électronique suppose sa confirmation par le prestataire de services. D'autre part, l'analyse du régime juridique et de la finalité du droit de rétractation incline à penser que la formation du contrat électronique, dans les cas où un tel droit existe, n'est définitive qu'en l'absence de renonciation de celui-ci pendant le délai de rétractation.

Ainsi, la formation du contrat électronique suppose que le bénéficiaire du droit de rétractation confirme le contrat en s'abstenant de se rétracter¹. Il en résulte que le contrat électronique se conclut selon les étapes suivantes : une offre émise par le prestataire de services ou le professionnel, une acceptation exprimée par le destinataire du service, une confirmation de la commande par le prestataire de services (ou le professionnel) et, le cas échéant, une confirmation du contrat par le bénéficiaire du droit de rétractation.

¹http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/guides/guide-pratique-dematerialisation-mp.pdf

Ainsi, l'acceptation doit être éclairée, pure et simple, libre et expresse: Eclairé, car elle suppose la connaissance du contenu du contrat; Pure et simple, car toute réponse différente de l'offre constitue une contre-proposition; Libre: on peut être contraint d'accepter un contrat; Expresse, le principe est, en effet, que l'acceptation ne résulte pas du silence. Au regard de ce droit commun des contrats, il semble que rien ne s'oppose à considérer un «clic» comme la manifestation d'un consentement éclairé, pur et simple, libre et exprès. Toutefois, la facilité avec laquelle on peut cliquer et le caractère rudimentaire de l'acceptation laisse subsister de nombreuses incertitudes. Car il ne traduit pas forcément une acceptation non équivoque. Ce qui appelle à prendre des mesures de précaution¹ (§ 2).

Cependant, il existe de la part des juges une certaine méfiance à l'égard de l'écrit électronique. La crainte est moins l'apparition. De nouveaux problèmes juridiques que la multiplication de ceux existants. Pour préserver la sécurité juridique, le juge administratif a donc tendance à adopter un certain formalisme. C'est pourquoi l'admission de l'écrit électronique est soumise à des conditions d'imputabilité et d'intégrité². Un regard rétrospectif sur les tentatives successives de corriger les imperfections de la mise en œuvre des procédures de passation de la commande publique permet de constater qu'il y a, toujours, eu une volonté manifeste des autorités publiques marocaines d'améliorer le système national de passation des marchés publics. Pour corriger les insuffisances identifiées et mettre en place des procédures transparentes, rapides et efficaces de passation, le législateur marocain a, toujours, procédé par la révision des textes régissant la commande publique.

Toutefois, les problèmes demeurent et les manquements en chaîne continuent entamant, fortement, la crédibilité et la valeur du décret des marchés publics. Dans un tel schéma, le

¹ D'ailleurs, dans la pratique, les prestataires estiment que le consentement est parfait dès lors que le client a validé sa commande par une succession de clic et qu'il a communiqué ses coordonnées bancaires. La Directive Commerce Electronique 2000/31/CE, dans son article 11.1, se satisfait d'un consentement unique avec accusé de réception transmis sans délai par le prestataire par voie électronique, cet accusé de réception devant récapituler les différentes informations déjà exigées dans l'offre. Encore, avec ce système, l'internaute peut donner son consentement par inadvertance (inattention) en raison de la rapidité avec laquelle le « clic final » peut être atteint et exécuté. C'est pourquoi le législateur français a décidé de renforcer le dispositif communautaire par une confirmation du consentement devant intervenir postérieurement à la réception de l'accusé de réception de la commande transmis par le prestataire (Art.14.II futur Art. 1369-2 loi pour la confiance dans l'économie numérique et art. L121-19 CC sanctionné désormais par l'art. R. 121-1-1). En fait, lorsque cette procédure de confirmation sera effectuée, le client serait engagé contractuellement. Par ailleurs, le législateur français exige explicitement qu'un récapitulatif de la commande soit incluse dans l'accusé de réception du prestataire. Cette dernière mesure est bien sûr destinée à s'assurer que le consentement de l'internaute soit bien éclairé. L'avantage de ce système en deux temps est qu'il permet de temporiser quelque peu la formation du contrat, l'internaute ne donnant son accord définitif qu'après avoir eu le temps de prendre conscience ou de confirmer sa connaissance de l'objet et des modalités d'exécution du contrat. En droit administratif, la manifestation de la volonté se fait généralement par écrit, même si en principe un contrat peut être verbal. C.E, 20 avril 1956, «Bertin», AJDA, 1956,11, p. 221.

² Dans ses conclusions sous l'arrêt CE, 28 décembre 2001, «Élections municipales d'Entre- deux Monts», le commissaire du gouvernement Christine MAUGOE considère que c'est précisément ces deux éléments qui font défaut dans le cadre d'un simple courrier électronique.

moment ultime de la formation du contrat est fixé rétroactivement à la réception de l'accusé confirmatif de la commande. Quant au lieu de la formation du contrat électronique, il ne devrait pas être déterminé par les critères classiques de réception ou d'émission qui génèrent des solutions imprévisibles dans l'environnement électronique; il convient de le fixer au lieu d'établissement, plus précisément au lieu d'établissement du destinataire du service. L'étude montre que ces conclusions peuvent, avec des variations, être retenues en droits marocain, français et belge. En définitive, il y a lieu de retenir que le processus de conclusion du contrat électronique est soumis à un régime juridique original. Il est alors concevable de parler de contrats électroniques pour désigner, non pas des contrats distincts par la nature juridique de leurs prestations, mais des contrats dont le processus de conclusion est particulier (§1).

§1- La validité du contrat public électronique :

Parmi les questions juridiques exposées ci-dessus, la présente contribution se concentrera sur une problématique spécifique : le difficile problème de la validité juridique des contrats conclus par le biais d'un agent électronique. En d'autres termes, « les ordinateurs peuvent-ils conclure des contrats »¹, notamment en considérant les exigences traditionnelles du fameux principe du Code civil de « l'autonomie de la volonté »², et les règles similaires en common law, à savoir l'intention de créer des relations juridiques³ ? Notre propos est d'examiner dans quelle mesure les contrats générés ou assistés par ordinateur sont juridiquement contraignants. La raison d'une telle analyse est justifiée notamment par le fait que la proposition de directive relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, bien que concernant de nombreux aspects des contrats électroniques, ne traite pas explicitement cette question (A).

La dématérialisation dans les marchés publics est une volonté émanant des entreprises et de l'Etat, de moderniser la procédure de passation. C'est le décret des marchés publics de 2007 qui prévoyait de nombreuses mesures dans le processus de dématérialisation. Mais face à la réticence des entreprises et à la difficulté des administrations de s'équiper en plate forme de dématérialisation, ces mesures ont été revues dans le décret des marchés publics de 2013. Cette dématérialisation des contrats publics a justifié une adaptation des règles relatives au processus de formation des contrats.

Quand et où le contrat est-il conclu ? Convient-il de transposer les solutions traditionnelles proposées par la doctrine, notamment en matière de contrats conclus par « correspondance » et consacrées par le droit positif, tantôt la théorie de l'émission, tantôt la théorie de la réception (B).

¹ Inspiré du titre du célèbre article de T. ALLEN et R. WIDDISON, « Can computers make contracts? », Harvard Journal of Law and Technologies, 1996, pp. 25 et 26.

² Sur ce principe, considéré comme le fondement de l'exécution des contrats, voy. l'analyse de G. ROUHETTE, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse, Paris, 1965, pp. 1-66.

³ En anglais : « The intent to create legal relations », voir. notamment Chitty on contracts, par. 2.105 to 2.120, Cheshire and Fifoot's Law of Contracts, chap. 5.

A. L'intelligence artificielle et la personnalité juridique :

La question est de savoir si la validité d'un contrat conclu par l'intermédiaire d'un agent électronique peut ainsi se poser indépendamment de l'existence d'un contrat cadre conclu lui par écrit¹. Différentes solutions ont été avancées pour résoudre cet obstacle juridique. Brièvement, il est possible de distinguer trois solutions. La première reconnaît les agents électroniques en tant que personnes juridiques ou morales, (legal persons) capables d'avoir leur propre volonté et donc capables de conclure des contrats de leur propre chef ou au nom de la partie impliquée dans la transaction. Cette solution présente l'avantage de ne pas compromettre la doctrine de l'autonomie de la volonté.

La deuxième solution a été défendue notamment par des auteurs français, qui considèrent que la conclusion du contrat par des moyens électroniques est le résultat d'une volonté préprogrammée, ne remettant pas en question l'exigence de l'intention de créer des obligations juridiques. Enfin, la troisième solution est plus révolutionnaire dans la mesure où elle considère que les parties peuvent être liées même s'il n'existe pas d'intention de l'être (a). Ce courant est justifié par une doctrine récente relative à l'apparence comme source autonome d'obligations (b).

a. L'agent électronique comme moyen pour le professionnel d'exprimer sa volonté :

À côté de cet argument de «l'autorisation morale», d'autres arguments sont développés pour justifier l'octroi de la personnalité juridique². Ainsi, l'on trouve les arguments de la «réalité sociale» et de «l'expédient légal», tous deux basés sur l'exemple précédent de la reconnaissance de la personnalité juridique aux sociétés, et sur la nécessité sociale de cette reconnaissance. Cette nouvelle entité juridique peut agir en tant qu'agent autorisé à la place de la partie réellement contractante, ou peut être considérée comme une personne juridique dont les actes sont sous la responsabilité de la partie en question³. Cette argumentation est toutefois sujette à de sévères critiques. La première objection est liée au champ limité de l'affirmation. Peu d'agents électroniques pourront être vus comme répondant à la comparaison avec le raisonnement humain.

D'autant qu'il demeure extrêmement difficile de distinguer entre les systèmes dignes d'une telle reconnaissance juridique, et les autres : à partir de quel degré de sophistication peut-on considérer que l'assimilation est possible? La seconde objection est plus fondamentale : pour être pleinement efficace, la solution prônée requiert un long processus législatif. Le problème ne se règlera pas simplement par l'adoption de législations nationales établissant des standards communs de définition pour cette nouvelle personne juridique. La reconnaissance est contestable du fait des arguments et du

¹ ALLEN (T), « Electronic Data Interchange and the formation of the contract », Proceedings of the Third National Conference on Law, Computers and artificial intelligence, Aberystwyth, 1992, pp. 3 et 4.

² DODD (J.C). et. HERNANDEZ (J.A), « Contracting in Cyberspace », Computer Law Review and Technology Journal, summer 1998, p. 4

³ Ces arguments sont développés par ALLEN (T) et. WIDDISON (R), op .cit., pp. 6-10. Voir aussi. Lla démonstration brillante de. CLARIZIA (R), « Informatica e conclusione del contratto », Coll. Diritto dell'informatica, n°5, Giuffrè, 1985, pp. 20-35, qui critique cette « unmanizzarla » de l'ordinateur.

raisonnement adoptés pour les sociétés. Dans la mesure où la personnalité juridique est clairement un «procédé juridique»¹, «à legal artefact founded on a legal fiction», la qualification de «personne juridique» est directement issue des besoins sociaux concernant les relations juridiques entre parties tierces². Cette justification explique pourquoi l'attribution d'un patrimoine est liée à la capacité sociale de cette entité légale. Cette perspective mise en lumière, il est douteux que la personnalité juridique sera accordée aux agents électroniques : l'attribution d'un patrimoine à un ordinateur n'a en effet pas de sens.

Quelle responsabilité et quel engagement contractuel pourrait bien être «supporté» par un ordinateur en cas de dysfonctionnement³ ? La même objection est valable à l'égard du schéma qui identifie l'agent électronique⁴ comme un représentant autorisé, ou, pour être plus précis, comme un agent agissant, selon toutes les apparences, à la place du destinataire final du message contractuel dans le but de faire une offre ou de l'accepter. Cette qualification, suggérée par l'utilisation de la même terminologie dans les domaines juridiques et techniques, ne résout rien. En effet, l'agent doit être une personne juridique, ce qui vient précisément d'être contesté, et même en admettant que cela puisse être le cas, la question de savoir si la partie représentée est engagée en cas de dysfonctionnement du logiciel demeure. En principe, la partie est engagée seulement si le représentant a agi dans la limite de son mandat⁵. Élément essentiel à la reconnaissance d'une personnalité

¹ Sur ce point, voir la synthèse réalisée par. FOYER (J), concernant le système juridique français, La personnalité morale et ses limites, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'université de Paris, T. XVIII, L.G.D.J., 1960, pp. 112 et 113. Dans le même sens, DAVID (R), Rapport général, Travaux, 3-7 : cet auteur souligne l'attitude différente d'une certaine approche américaine basée davantage sur la théorie de la réalité. Sous cette théorie, la société dispose d'un droit naturel à être reconnue en tant que personne morale car elle défend un intérêt différent de ceux de ses membres.

² «Octroyer la personnalité à un groupement d'hommes (...), c'est constater qu'en ce qui concerne leurs relations juridiques avec des tiers, il est commode de considérer tous les membres de ce groupe comme faisant un tout indivisible », WALINE (M), « Droit administratif », 9e édition, 1964, n°453. Le même argument est développé par. ALLEN (T) et. WIDDISON (R), op. cit. p. 7 : « legal persons are entities that are constructed within the legal system as 'semantic artifacts' to which legally meaningful communications are attributed. In other words, entities are described as legal persons when the legal system attributes legally meaningful communications to them ».

³ Dans le même sens,. GAGNON (J.-L), L'échange de consentements et le commerce électronique : de l'autonomie de la volonté à la « volonté » de la machine, disponible à : <http://www.droit.umontreal.ca>. « De plus, puisqu'il existe d'autres moyens, moins ridicules et à tout le moins créant moins de remous dans le droit, nous croyons que le législateur devrait s'abstenir d'accorder une telle personnalité aux ordinateurs, autonomes ou non ».

⁴ Sur cette théorie, FISCHER (J), «Computers as agent: a proposal approach to revised U.C.C. article 2», 1997, Indiana L.J., 72 pp. 555 et 556: «indeed, the provision discussed below dealing with EDI's capability to form a contract without human awareness or consent reach precisely results as agency law would reach if applied to the computers entered into contracts ». Pour une sévère critique de cette théorie, voir. THOUMYRE (L), « L'échange des consentements dans le commerce électronique », disponible à :<http://www.juriscom.net/droit/universite/doctrine/article4.htm>, et une position plus nuancée,. GAGNON (C), op. cit, p. 22.

⁵ Entre autres, SCHMIDT (J), « Négociation et conclusion des contrats », Paris, Dalloz, 1982, pp. 55 et 56. De même,. FISCHER (J), qui admet que certaines règles juridiquement applicables au contrat d'agence ne doivent pas s'appliquer, op. cit. p. 557 : « the principles of agency extended to computers in the agency paradigm are only those that deal with agents as agent, that is entities doing the will of human principal. The aspects of agency law that deal with agents as persons, that is, rules setting out the duties of agent to

juridique¹, l'existence d'un patrimoine séparé est clairement requise si la personne juridique souhaite jouer un rôle autonome par rapport aux tiers. En d'autres termes, nous revenons aux mêmes arguments déjà développés à l'encontre de la reconnaissance de la personnalité juridique aux agents électroniques.

*La seconde solution considère l'ordinateur en général, et l'agent électronique en particulier comme moyen de prolonger la volonté de l'entité légale qui utilise le programme comme pur instrument de communication, tel un téléphone ou un fax. Selon l'expression utilisée il y a 10 ans par I. de Lamberterie, le programme intégré dans l'agent électronique serait « un support technique prolongeant la volonté de l'utilisateur »². Comme le remarquent T. Allen et R. Widdison, cette théorie est exactement le contraire de la première qui analyse la machine comme une entité autonome capable d'émettre un consentement distinct : « we could choose to ignore this autonomy and treat it as no more than a passive adjunct or extension of the human trader. In effect, we would adopt the legal fiction that anything issuing from the computer really issues directly from its human controller ».

L'idée de base de cette théorie est le fait qu'une personne qui a programmé, et qui utilise un système de transactions tel qu'un agent électronique, doit être considérée comme l'auteur direct de tous les messages issus de ce système de transactions³. De nombreuses objections peuvent être formulées à l'encontre de cette seconde thèse. L'une des objections se base notamment sur le fait que cette thèse ne se soucie pas des caractéristiques des agents électroniques.

Comme nous l'avons déjà observé, la complexité du fonctionnement des systèmes est telle que les utilisateurs ne sont probablement pas conscients ni de leurs capacités, ni de leur possibilité d'apprendre à partir de l'expérience développée et de l'environnement. De plus, certains agents électroniques, utilisés surtout par des consommateurs, sont totalement en dehors du contrôle de ces personnes. La comparaison avec le fax ou le téléphone n'est donc pas opportune⁴. Une autre objection s'attache aux conséquences désastreuses de cette théorie. Si l'on considère l'agent électronique comme un outil de la volonté de l'utilisateur, on doit conclure que l'utilisateur sera toujours engagé par les transactions initiées par le programme, même si les messages ne correspondent pas à la

principal capacity to do if another, have been intentionally omitted from the agency paradigm set forth in this note »).

¹ « La personnalité ne serait guère qu'une abstraction si on ne lui accordait pas le pouvoir d'acquiescer. Effectivement, elle n'existe, au sens juridique du terme, que par sa faculté de prendre sa part des biens de la collectivité », E. HUBERT, Introduction au Code civil suisse, cité dans L. THOUMYRE, « L'échange des consentements dans le commerce électronique », précité.

² I. de LAMBERTERIE, « La vente par voie télématique », étude réalisée pour le compte du Conseil de recherche du Ministère de la justice, Rapport intermédiaire, février 1988, pp. 27-29.

³ Voir sur ce point le développement très complet de R. CLARIZIA, *Informatica e conclusione des contratto*, op. cit. pp. 33-40.

⁴ L'un des premiers auteurs allemands a déjà souligné ce fait en 1985, au moment où les ordinateurs n'étaient pas aussi complexes qu'aujourd'hui. Voir. CLEMENS (R), « Die Elektronische Willenserklärung, Chancen und Gefahren », NJW, 1985, pp. 34 et 35.

volonté de leur «auteur»¹. Enfin, cette théorie, qui prétend être en accord avec la doctrine de l'autonomie de la volonté, souffre de déficiences par rapport à son fondement juridique. Comme l'a exprimé la Cour de cassation belge, sous cette doctrine, un contrat «*requiert pour sa formation non seulement la simple coexistence de volontés qui ignorent leur consensus, mais bien leur véritable concours à un moment donné, c'est-à-dire la conscience de leur commun accord sur l'objet du contrat*»². Dès lors, s'il est possible de considérer que les messages délivrés par l'agent électronique sont l'expression implicite de la volonté de l'utilisateur, il devient plus facile de considérer que cette volonté est exprimée vis-à-vis d'un contenu particulier³, spécialement dans l'hypothèse d'un dysfonctionnement où l'utilisateur prétend qu'il est évident qu'il n'aurait jamais accepté la transaction.

b. La théorie de l'apparence : une nouvelle solution

À ce stade, il semble qu'il n'existe pas de possibilité de concilier l'ensemble de la doctrine de l'autonomie de la volonté avec le principe de l'exécution du contrat conclu par le biais d'un agent électronique. Doit-on pour autant conclure que les ordinateurs ne peuvent pas conclure de contrats, créant alors un sérieux risque à l'égard du développement du commerce électronique? Nous sommes d'avis que la théorie de l'apparence⁴ issue du Code civil, considérée comme une source autonome d'obligations⁵, peut résoudre le problème, en prenant en considération à la fois les intérêts de l'utilisateur de ces technologies et ceux de la partie contractante.

La théorie considère comme source autonome d'obligations la création, vis-à-vis d'une partie tierce (en ce compris le contractant), d'une croyance légitime en une situation apparente. En accord avec une certaine doctrine, cette théorie a pour fondement la responsabilité extracontractuelle. Elle considère que la partie responsable de la création de la fausse apparence, ou qui a pris le risque de cette fausse apparence, doit en supporter les conséquences, à savoir la reconnaissance de l'existence du contrat. Cette approche a été

¹ Cette objection a été formulée par H. CROZE, note sous Cass. fr. 6 novembre 1984, *D.S.*, 1985, pp. 534-536. A comparer avec T. ALLEN et R. WIDDISON, « But if the courts adopt the legal fiction that a computer never operates autonomously, they give themselves no room to manoeuvre. Considering the variety of situations which are likely to arise in practice, this hardly seems desirable » *op. cit.*, p. 47.

² Cass., 16 juin 1960, *Pas.* 1960, I, p. 1990 ; *R.C.J.B.*, 1962, p. 301. Cet arrêt est cité par L. ELLIAS et alii., *op. cit.*, p. 43. Sur la distinction entre les notions de «coexistence» et de «concours» des intentions, voir la thèse de. ROUHETTE (G), *op. cit.*. Voir aussi. GHESTIN (J), *op. cit.* p. 217 et 218. TANCELIN (M), « Source des obligations – l'acte juridique légitime », W. and L., Montréal, 1993, p.24.

³ Cela aurait été le cas si l'agent électronique était configuré d'une telle façon qu'il ne réponde qu'aux messages particuliers et au contenu fixé à l'avance sans aucune autonomie. Or, comme nous l'avons souligné, les agents électroniques « modernes » sont trop sophistiqués pour que cela soit le cas.

⁴ De nombreux auteurs doivent être évoqués, parmi eux : - doctrine française : CALAIS-AULOY (J), *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, Thèse, L.G.D.J., Paris, 1959 ; DERRIDA (J) et MESTRE (J), *Encyclopédie Droit Civil Dalloz*, v° apparence; - doctrine espagnole: GORDILLO (A), *La representación aparente*, Thèse, Sevilla, 1978 ; doctrine belge :. KRUIHOF (R), « La théorie de l'apparence dans une phase nouvelle », *R.C.J.B.*, 1991, pp. 45 et 46; DIEUX (X), *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, thèse, Bruylant, 1995.

⁵ P. VAN OMMEFLAGHE, « L'apparence comme source autonome d'obligations en droit belge », *R.D.I.D.C.*, 1983, pp. 144 et s.

sévèrement critiquée : le fait qu'une personne cause un dommage en suscitant la confiance d'un tiers quant à l'existence de la transaction n'est pas suffisante pour expliquer que cette personne est liée par un contrat qu'elle ne souhaitait pas conclure.

Les doctrines française et espagnole¹ ont développé une autre opinion, évitant les fondements de cette théorie. Suite à une décision significative de la Cour de cassation belge², bon nombre d'auteurs belges ont suivi cette seconde opinion. La bonne foi du tiers, combinée aux exigences de sécurité des transactions et des bénéfices commerciaux, explique que la partie ne puisse prendre l'autre partie au dépourvu en niant l'apparence attribuable à sa propre activité, et en causant ainsi un dommage à la partie contractante. Cette seconde opinion amène à prendre d'abord en considération la position de la victime plutôt que l'attitude de l'auteur, et à y rechercher une faute. Sur ce fondement, la doctrine et les tribunaux ont énuméré un certain nombre de conditions nécessaires pour appliquer cette théorie.

Ces conditions qui mènent à la reconnaissance de l'existence du contrat, malgré l'absence de volonté, sont pleinement applicables dans le cadre de contrats conclus automatiquement par le moyen d'agents électroniques. La doctrine et les tribunaux posent quatre conditions pour que la théorie s'applique : La première condition requiert un élément objectif : la situation apparente ne doit pas correspondre à une situation réelle, ce qui signifie, dans le cas des contrats électroniques, que l'agent électronique ait produit des transactions non désirées; la deuxième condition requiert que la foi dans la fausse transaction soit légitime, ce qui suppose non seulement la bonne foi de la partie contractante, qui ignore de facto la situation réelle, mais aussi l'absence de possibilité de connaître la situation, en fonction du principe du critère de l'agent raisonnable³.

Toutefois, dans la plupart des cas, la partie contractante n'aura pas de difficultés à démontrer sa bonne foi, dès lors qu'elle s'attend à ce que le système, prévu pour faciliter la conclusion de contrats, agisse en conformité avec les instructions données, et qu'il fonctionne correctement ; la troisième condition est relative à l'existence d'un dommage dans le cas où des relations contractuelles apparentes seraient maintenues ; enfin, la quatrième condition concerne l'exigence par les tribunaux que la création de la fausse apparence soit imputable à la personne contre qui l'apparence est invoquée. Cette condition est particulièrement importante dans le cadre de sociétés qui utilisent des agents électroniques pour améliorer leurs activités : elles prennent le risque que le système commette une erreur, mais en même temps elles ont les moyens de contrôler le

¹ Selon la doctrine française, le principe a été établi depuis le début par le père de la théorie de l'apparence, CALAIS-AULOY (J), dans sa thèse « *Essai sur la notion d'apparence en droit* », L.G.D.J., 1959. En doctrine espagnole, voir l'analyse très complète du principe et sa reconnaissance juridique, proposée par JULIA-BARCELO (R) dans sa thèse, *op. cit.*, pp. 236 et 236, et les nombreuses références à GORDILLO, *La representación aparente*, Sevilla, 1978.

² Cass. 20 juin 1988, *Pas.*, 1988, I., 1256 ; *J.T.*, 1989, p. 547, obs. P. FORIERS. Voir également S. STYNS et *alii*, précité.

³ Pour illustrer ce propos, imaginons que suite au mauvais fonctionnement de l'agent électronique, j'achète un certain nombre de biens pour un prix minimal qui ne correspond manifestement pas au prix du marché : il n'est pas évident qu'un juge considère mon attitude d'acheteur comme un acte de bonne foi.

fonctionnement des agents électroniques ou les personnes en charge de la gestion du système¹. Le même raisonnement ne peut cependant pas être tenu en ce qui concerne un consommateur qui n'est pas en mesure d'exercer un contrôle sur l'agent électronique. Enfin, le fait que le message soit signé par l'agent électronique est clairement un signe apparent que le professionnel s'est engagé par le message qui lui est imputable par le fait qu'il revêt sa signature².

En conclusion de l'analyse de ces conditions applicables au «cas des agents électroniques», notons que l'application de la théorie de l'apparence ne mènera pas dans tous les cas à la reconnaissance de l'existence d'un contrat. C'est d'ailleurs l'un des intérêts majeurs de cette théorie d'éviter une solution systématique, et de laisser une certaine marge de manœuvre au juge, qui devra prendre en compte des situations exceptionnelles telles que l'absence de bonne foi de la partie contractante, ou l'hypothèse où la création d'une fausse apparence n'est pas le fait de l'utilisateur de l'agent électronique. Cette conclusion n'est toutefois pas exempte de critiques, notamment à l'égard de la solution législative américaine. Les sections 2B-111 et 11257 envisagent un système créant automatiquement une relation contractuelle contraignante entre l'utilisateur de l'agent électronique et son partenaire. Selon ces sections, le «consentement manifeste» est donné par l'utilisation de l'agent électronique, dans la mesure où l'agent est capable de réagir et a donc une « opportunity to review ». L'idée majeure suivie par le législateur américain est de substituer au concept de «consentement», celui de «consentement manifeste»³.

L'apparence en tant que telle est, selon l'approche américaine, suffisante pour créer le contrat. L'approche que nous suggérons, fondée sur la théorie de l'apparence, introduit par contre certaines nuances intéressantes à relever et ne conduit pas à une condamnation automatique de celui qui a créé l'apparence. L'apparence n'est pas, en tant que telle, source autonome d'obligations contractuelles dans la mesure où seules les attentes légitimes du tiers, liées à la situation imputable à l'utilisateur de l'agent électronique, peuvent créer des relations juridiquement contraignantes. On trouve donc de bonnes raisons de considérer que, dans la plupart des cas, malgré les erreurs ou le dysfonctionnement du logiciel intégré dans l'agent électronique, les transactions conclues par ce biais doivent être contraignantes. Des bénéfices pratiques et financiers sont attendus de la généralisation de l'utilisation de ce nouveau processus contractuel. «Faire

¹ Sur ce point, voir. CLARIZIA (R), *op. cit.* pp. 36 et 37; JULIA-BARCELO (R), thèse, *op. cit.* p. 240.

² La conclusion de contrats par voie électronique est un argument majeur en faveur de la reconnaissance d'une signature pour les personnes morales. A propos de cet argument et d'autres en faveur de l'extension de la signature aux personnes morales, lire, entre autres, ANTOINE (M) et GOBERT (D), «Pistes de réflexions pour une législation relative à la signature digitale et au régime des autorités de certification», *R.G.D.C.*, juillet-août 1998, n° 4/5, pp. 285-310.

³ Il s'agit en d'autres termes «d'objectiver» le consentement Voir. ALLEN (T) et WIDDISON (R), *op.cit.*, p. 45. A noter dans le même sens le texte de la section 202 (a) de l'U.C.C. américain: «*a contract may be formed in any manner sufficient to show agreement, including offer and acceptance or conduct of both parties, or operations of electronic agents which recognize the existence of a contract*».

du business » par le biais d'ordinateurs devrait permettre à l'administration de gagner du temps et de l'argent.

Est-il alors nécessaire de disposer d'un nouveau paradigme contractuel basé sur une relation face à face entre humains ? Le professeur Nimmer écrivait en 1997 : « no requirement exists in law that a contract offer be in writing and that there be a conscious, immediate human intent to make a binding commitment ¹ ». Mais sommes d'opinion que la solution ne se trouve pas dans l'assimilation du message provenant d'un agent électronique à un « consentement manifeste ».

Comme R. Bernacchi et C. Grossman le font remarquer, « this view arguably undervalues the importance of intent to the underpinnings of the contract and tends to ascribe the necessary intent to contract to machines. Of course, machines have no intent, except that which was embedded in the instructions given to them. However, the more complex the instructions are and the more leeway those instructions leave for adaptive change, the further removed the electronic negotiator is from the conscious intent of the human agents and the more the conceptual framework for contract breaks down ² ».

Le même fondement explique qu'il sera difficile de voir dans le message émis par l'agent électronique une trace suffisante du consentement, une « sufficient trace for the will », pour reprendre les termes de L. Thoumyre³. La solution doit clairement être trouvée en dehors d'une hypothétique ou fictive déclaration d'intention. La nécessité de respecter les attentes légitimes des tiers, fondement de la reconnaissance du contrat, nous semble une solution plus respectueuse des deux valeurs essentielles que le contrat doit assurer : « l'utile » et le « social », selon les termes d'un article de J. Ghestin⁴, le pragmatisme commercial nécessaire pour la sécurité des transactions commerciales et la « justice morale », pour reprendre les deux points développés par T. Allen et R. Widdison.

Est-ce une révolution ? Oui, si l'on considère acceptable qu'un contrat puisse exister et avoir des effets contraignants sans l'un de ses éléments essentiels: le consentement. Non, si l'on envisage la solution comme un développement supplémentaire de la récente théorie de l'apparence, déjà développée dans de nombreux systèmes juridiques basés sur le Code civil. Une partie contractante, dans la mesure où son comportement crée une situation qui fonde une attente légitime dans le chef de l'autre partie, est tenue en tant que « maître » de l'agent électronique.

¹ NIMMER (R), « Selling products online: issues in electronic contracting », 468 PLI/Pat 823, 1997.

² BERNACCHI (R.L) et. GROSSMAN (C.A), «Selected issues in electronic contracting », article non publié.

³ THOUMYRE (L), *op. cit.*, pp. 15-16, parle de « l'empreinte de la volonté », se référant au professeur CARBONNIER

⁴ J. GHESTIN, « Le contrat entre l'utile et le social », *Arch. ph. dr.*, 1991 ; J. GHESTIN, *Traité de droit civil*, tome 2, *Les obligations, le contrat : formation*, Paris, L.G.D.J., 1988, pp. 181 et 182. ; V. GAUTRAIS, *L'encadrement juridique du contrat électronique*, Thèse, Montréal, à paraître

B- Le moment et le lieu de formation du contrat électronique :

La question du lieu et du moment de formation du contrat électronique peut prendre appui sur des bases anciennes dans la mesure où de telles interrogations sont apparues avec l'intensification des procédés de communication à distance, comme la transmission par courrier, télégramme, etc., voire les signaux de fumée entre deux partenaires situés des deux côtés d'un lac.

Paradoxalement, ce questionnement prend, une importance qu'il n'a peut-être pas. D'une part, il est aisé pour des parties de prévoir une clause déterminant le lieu et le moment de formation du contrat ou une stipulation choisissant un droit applicable. D'autre part, ce débat ne doit pas soulever de passions excessives, M. Ghestin estimant justement qu'il importe plus de dégager une règle que de s'interroger sur celle qui est la plus pertinente¹. Autre élément en ce qui concerne la localisation géographique du contrat, qui peut notamment avoir une importance sur certaines questions procédurales : le lieu de conclusion du contrat est de moins en moins le critère de rattachement utilisé, au profit soit du lieu d'exécution, soit des liens de connexité les plus étroits avec le contrat², d'autant que de nombreuses règles substantielles ont tendance à avoir une portée « nationale »³.

Enfin, n'oublions pas que, dans le cas d'un contrat de consommation, d'autres règles risquent de s'appliquer, sans tenir compte des principes généraux que nous évoquons⁴. Ces atténuations faites, l'intérêt pour ces questions demeure⁵; il est pourtant dommage que ces interrogations somme toute assez simples ne puissent bénéficier d'une réponse qui leur ressemble. L'état du droit demeure en effet assez flou, aussi bien dans les pays de droit civil que dans ceux de common law⁶. Dans le cas classique d'un contrat, la relation met habituellement en cause deux protagonistes liés entre eux par un désir réciproque de contracter, communément appelé l'accord des volontés. Or, la spécificité des contrats entre non-présents tient au fait que cet accord s'effectue entre des parties géographiquement éloignées. Cet élément d'extranéité est un facteur de doute que le droit se doit de lever.

¹ GHESTIN (J), dans son Traité de droit civil, «les obligations, le contrat : formation», 2^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 1988, note 46, p. 280.

² Convention de Rome de 1980, art. 4; art. 3112 C.c.Q. Précisons néanmoins que le lieu de conclusion du contrat est un élément, mais non le seul, pour déterminer le lien de connexité le plus étroit avec contrat. Il faut pourtant constater que ce critère est de moins en moins utilisé pour déterminer le droit applicable.

³ GAUTRAIS (V), LEFEBVRE (G) et BENYEKHEF (K), «La formation des contrats par télécopieur», loc. cit, note n° 1, p. 547-585.

⁴ Même si le domaine de la consommation est extérieur à l'application des Principes d'UNIDROIT.

⁵ Barthélemy MERCADAL, «Droit des affaires - Contrats et droit de l'entreprise», Mémento Pratique Francis Lefebvre, Levallois, éd Francis Lefebvre, 1996, p. 283. Parlant de cette question de la localisation, dans le temps et l'espace, de la formation du contrat, l'auteur affirme : «De nombreux intérêts se rattachent à la solution de cette difficulté. En effet, à partir du moment où le contrat est formé, les parties ne peuvent plus rétracter leurs offres; par ailleurs, s'il s'agit d'un contrat translatif de propriété et, corrélativement, d'un transfert des risques, c'est aussi à la date de la formation du contrat que doivent être appréciées les conditions de validité requises et qu'est déterminée la loi applicable, si le contrat intervient en période de modification législative».

⁶ GAUTRAIS (V), «La formation des contrats par télécopieur», 1995, 25 R.J.T. p. 377.

Quand et où le contrat se forme-t-il? Au moment et dans le lieu où l'acceptation est exprimée ou à l'instant où cette dernière parvient à la connaissance de l'offrant? La solution à cette question oppose deux théories: celles selon laquelle le consentement ne comprend qu'une coexistence de volontés concordantes et celle, plus exigeante, qui réclame que les intentions d'une partie soient portées à la connaissance de l'autre partie. La première théorie n'exige qu'une manifestation de l'acceptation, alors que la seconde implique sa connaissance par l'offrant.

La théorie liée à la coexistence des volontés se divise elle-même en deux groupes : en premier lieu la théorie de la déclaration, qui ne nécessite, pour que le consentement se réalise, que la seule expression de l'acceptation¹; en second lieu, la théorie de l'émission, où le contrat n'est conclu qu'au moment où l'acceptant se dessaisit du document supportant sa volonté². Cette dernière théorie possède des appellations diverses en droit anglo-saxon, telles que «expedition rule», «postal rule», «dispatch rule» ou «mailbox rule». Quant à la théorie liée à la connaissance réciproque des volontés, elle tend à retarder la conclusion d'un contrat jusqu'au moment de la connaissance de l'acceptation par l'offrant. Deux variantes doivent encore être présentées.

En effet, cette connaissance du consentement de l'acceptant pourra être déclarée effective à des moments divers selon la définition que nous en donnons. Ce peut être, conformément à la théorie de l'information, lorsque l'offrant a personnellement connaissance du contenu de l'acceptation, ou seulement à l'instant où l'offrant sera présumé avoir été en mesure de connaître la volonté de l'acceptant³. Il s'agit de ce fait de la théorie de la réception stricto sensu. Une proposition de directive européenne voulait retarder encore plus le moment et le lieu de formation du contrat électronique, en assujettissant la formation du contrat à la réception d'un accusé de réception⁴. Cette solution, n'a pas été retenue dans la version finale du 8 juin 2000⁵, sans doute à cause de la complexité qui en découlerait⁶. Cette option était basée sur le postulat suivant : s'il y a un contrat, il vaut mieux que les parties aient conscience de leur engagement réciproque. Aussi, vu les spécificités du mode d'obligations à distance, la meilleure chose pour s'assurer de cette prise de conscience, c'est d'en retarder le moment.

¹ Ce peut être par exemple lors de la signature de l'offre par l'acceptant.

² Il peut s'agir de l'action de poster l'acceptation, de la remettre à un messenger ou, dans le cas qui nous intéresse, d'appuyer sur l'icône « envoyer » de tout logiciel de courrier électronique. Dans ce dernier cas, il existe une difficulté à définir avec précision le fait déclencheur matérialisant que l'expédition est bien réalisée. VADE-MECUM JURIDIQUE, «Sur la dématérialisation des marchés publics», à Télécharger sur : <http://www.dgdr.cnrs.fr/achats/dematérialisation/lien-utiles/vademecum.pdf>

³ Il est raisonnablement estimer que ce moment est celui où le document électronique arrive dans la boîte du destinataire.

⁴ Proposition du Parlement européen du 18 novembre 1998 relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, consulter sur : http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/ecommerce/com586fr.pdf, art. 11.

⁵ Directive européenne du 8 juin 2001 relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur : http://europa.eu.int/eurlex/fr/lif/dat/2000/fr_300L0031.html, art. 11.

⁶ JULIA-BARCELO (R), MONTERO (É) et SALAUN (A), «La proposition de directive européenne sur le commerce électronique : questions choisies», dans Cahiers Du Crid, Commerce électronique : le temps des certitudes, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 1, 23-32.

Quant à la question du lieu de formation du contrat, même si certains droits n'ont pas hésité à faire parfois une dissociation entre les solutions applicables dès que l'on traite du lieu ou du moment¹, un autre critère subjectif qui peut être relié à celui du retard, c'est de ne pas introduire de solutions difficiles à intégrer dans la pratique des gens d'affaires. L'assimilation du traitement quant au lieu et au moment de formation du contrat répond sans aucun doute à une plus grande simplicité, en accord avec plusieurs droits nationaux et textes internationaux².

A l'instar des acteurs de droit privé, l'administration, au même titre d'ailleurs que son cocontractant, va échanger des documents, se mettre d'accord avec ce dernier, revoir des clauses, c'est à dire négocier (a), a ce stade, l'auteur d'un recours précontractuel sollicite généralement du juge des référés qu'il annule la procédure de passation du contrat_ c'est le cas ici_ ou les décisions qui s'y rapportent telle que celles par lesquelles le pouvoir adjudicateur rejette son offre ou désigne l'attributaire du marché (b).

a. Support électronique à la négociation du contrat.

Chaque fois qu'il est autorisé par les textes, le recours au dialogue et à la négociation, après publicité et mise en concurrence, peut être utilement envisagé. Il permet en effet d'obtenir un meilleur achat dans le respect des règles de transparence. Avant ou après avoir choisi le cocontractant, il faut parfois s'échanger des documents, se mettre d'accord, revoir des clauses, c'est à dire négocier. Il n'existe pas, en ce qui concerne les règles contractuelles "classiques", de procédure particulière à la négociation. Ainsi, en la matière, perdure une certaine liberté des formes. Des "négociations électroniques" sont parfaitement envisageables. Il est déjà techniquement possible de négocier par le biais d'outils liés aux technologies de l'information et de la communication. Une négociation électronique qui déboucherait sur un contrat électronique est juridiquement et techniquement possible.

En outre, pour certains contrats, l'outil électronique permet de se passer de la "phase" négociation. Prenons l'exemple des systèmes d'enchères inversées, existant via des extranets fournisseurs, il y a déjà accord sur l'objet, accord sur les modalités de livraison et de paiement et l'accord sur le prix se fait grâce au mécanisme de l'enchère. Il n'est donc pas besoin de plus de négociations³. Dans ce cas, le recours à une négociation «classique », physique, exclue-t-il la qualification de contrat électronique? Tout dépend la

¹ Cela a parfois été le cas en droit américain et en droit français; GAUTRAIS (V), «La formation des contrats par télécopieur», note n°8, op.cit, p.p, 128-133.

² Par exemple la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, précitée, note 5, art. 15.

³ L'intérêt de l'électronique réside en partie dans une forme de systématisation des relations contractuelles. Pour autant, certains contrats nécessitent obligatoirement des négociations (contrat de travail d'un agent contractuel, par exemple) ou sont imposées comme mode de passation. Si l'utilisation d'outil électronique est possible dans le cadre de négociation, il ne faut pas sous estimer l'importance accordée aux relations humaines ou à certains obstacles techniques. Certaines négociations ne pourront donc se dérouler virtuellement. Elles la négociation comme étape obligatoire de la procédure de passation. Il en est ainsi, par exemple, des passations de délégation de service public ou des procédures négociées applicable à certains marchés publics, KESSLER (D), «le contrat administratif face à l'électronique : peut il exister un contrat administratif électronique ?», op.cit. p.26.

définition donné au contrat électronique. Si bien sur, est considéré comme étant électronique, le seul contrat qui, de bout en bout, utilisera les outils de l'information et de la communication, alors le contrat qui connaîtra des négociations "classiques" ne pourra être qualifié "d'électronique". Mais, cela serait beaucoup trop restrictif et ne rendrait pas compte de la réalité¹. Certains types de contrats, comme les marchés publics, excluent les négociations comme mode de choix du cocontractant ou bien en font une étape de la procédure. Ainsi, la procédure de droit commun de passation des marchés publics est l'appel d'offre et le recours à des procédures négociées est purement dérogatoire. Le formalisme des procédures de choix du cocontractant ne constitue pas un obstacle à la qualification de contrat électronique.

A l'instar des réflexions précédentes sur les négociations, la qualification de contrat électronique dépend du mode de conclusion et non du mode de passation. Peu importe donc que le choix du cocontractant, à travers des procédures formalistes, ne puisse se faire par voie électronique. C'est dans le cadre des procédures formalisées que l'admission des procédés électroniques est la plus patente. L'article 147 du décret de 20 mars 2013² reconnaît la possibilité de dématérialiser les procédures et indique que les références à des écrits peuvent être remplacées par des supports électroniques. Dans ce contexte, l'électronique apparaît comme un moyen permettant de faciliter et sécuriser la mise en œuvre de la négociation.

Au regard des technologies de l'information et de la communication, le formalisme des procédures de choix du cocontractant ne constitue pas un obstacle à la qualification de contrat électronique ; d'autant plus que les modes de conclusion des marchés publics supportent un formalisme moins exigeant. Sans déborder sur l'étude de la dématérialisation des procédures de passation, il convient, toutefois, d'appréhender les spécificités de la négociation électronique. M. Hislair s'attache à démontrer que la négociation électronique s'entend différemment de la négociation classique, il exprime l'idée que la négociation électronique n'est pas une négociation entre vendeur et acheteur, mais une compétition entre vendeurs : «ce n'est pas à l'invitation de l'acheteur que l'entreprise candidate va réviser son offre, mais en constatant qu'un autre candidat vient d'améliorer la sienne en prenant ainsi la tête du classement des offreurs »³. Peut-on encore parler de "négociation"?⁴ Le décret du 20 mars 2013 a répondu en apportant

¹ En outre, M. Revêt a défini le contrat électronique à savoir qu'un contrat électronique désigne : «les opérations contractuelles dans lesquelles l'expression et, le cas échéant, la réalisation partielle ou totale des engagements s'opère grâce aux techniques électroniques de circulation d'informations ». Par conséquent ce qui importe, c'est que les consentements aient été échangés par voie électronique, peu important donc, pour être qualifié de contrat électronique, que le contrat ait été négocié par d'autres voies.

² Chapitre VII : Dématérialisation des procédures du décret (20 mars 2013) relatif aux marchés publics, précité.

³ HISLAIRE (L), «La négociation et les systèmes électroniques », ACCP, n°45, JUIN 2005, p. 39.

⁴ Classiquement, la négociation est définie comme une « opération d'achat et de vente portant sur un effet de commerce » ou encore comme une « série d'entretiens, de démarches qu' 'on entreprend pour parvenir à un accord, pour conclure une affaire ». Avec l'utilisation des moyens d'échanges électroniques, on est toujours dans une opération d'achat et de vente, mais la négociation se fait essentiellement entre les vendeurs. L'expérience montre déjà que la négociation électronique mise en œuvre par ces différents outils

plusieurs amendements, toutefois, se pose la question de son application pratique sur le terrain.

Le décret des marchés publics dispose que "le pouvoir adjudicateurs peut négocier avec les candidats ayant déposé une offre" et que "cette négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre y compris le prix"¹. Pour le juge des référés, le décret des marchés publics permet au pouvoir adjudicateur de négocier avec les candidats y compris dans le silence du dossier de consultation sur le sujet². Les offres ne sont pas intangibles. En procédure adaptée, les offres ne sont pas intangibles puisque la négociation implique qu'elles évoluent. Il en est de même a fortiori en procédure négociée dans le cadre de laquelle la négociation est obligatoire.³ Comme le montre la solution retenue par le juge des référés du tribunal administratif de Montreuil⁴, les possibilités de négociations ne sont pas identiques dans les deux procédures et la forme adaptée offre davantage de souplesse de l'acheteur⁵.

b. Une intervention pragmatique du juge du référé précontractuel: Droit comparé

L'auteur d'un recours précontractuel sollicite généralement du juge des référés qu'il annule la procédure de passation du contrat_ c'est le cas ici_ ou les décisions qui s'y rapportent telle que celles par lesquelles le pouvoir adjudicateur rejette son offre ou désigne l'attributaire du marché. Le juge précontractuel dispose également du pouvoir d'injonction à l'encontre du pouvoir adjudicateur et de la suspension de l'exécution des décisions prises par celui-ci. Le juge n'est pas lié par les demandes du requérant. Une fois

apporte à l'acheteur des avantages indéniables. « Avec les systèmes électroniques, ce sont les fournisseurs qui, en quelque sorte, négocient entre eux avec une pleine connaissance par chacun des marges de négociation possibles dans le secteur contrairement aux acheteurs qui, dans le meilleur des cas, obtiennent une « remise », sans avoir toutefois une idée précise des limites du vendeur ». Le Robert, dictionnaire pratique de la langue française. La référence de la langue française en édition numérique, <http://www.lerobert.com/espace-numerique/telechargement/le-petit-robert-2017-pc.html>.

¹ Article 85 du décret de 20 mars 2013, précité ;

² TA Toulouse ord. 23 novembre 2010, sté FM Projet, req. n° 1004555, TA Lille 5 Avril 2011, Préfet du Nord, req. n° 1000308 et 10003238, moniteurjuris-contratspublics.fr

³ CAA Marseille 27juin 2002, Synd. D'agglomération nouvelle du nord-ouest de l'étang de Berre, préfet des Bouches-du-Rhône, req.n° 00MA01402, 00MA01513 et 00MA02530 : CP-ACCP, n° 18, janvier 2003, p. 56, comm.C. Cabanes et P MARTY_ TA Cergy-Pontoise 7juin 2011, Sté 2H Energie, req.n° 0909950 et 0919950 et 0912395.

⁴ CE 30 novembre 2011, Ministre de la Défense et des Anciens combattants, req. n° 353121 : publié au Lebon T.

⁵Pour cette dernière, et compte tenue de l'absence d'encadrement des négociations pour les procédures soumises à l'article 28 du CMP français, le conseil d'Etat a ainsi reconnu à l'acheteur la possibilité de librement choisir des candidats avec lesquels il souhait négocier, y compris ceux qui ont remis une offre inappropriée au sens de l'article 35 du CMP. La seule limite à la liberté de négociation de l'acheteur est de respecter les principes généraux du droit de la commande publique. L'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Montreuil s'inscrit dans ce cadre puisqu'elle considère que, du fait de l'absence d'intangibilité des offres, une demande d'information que le pouvoir adjudicateur adresse à un candidat constitue l'engagement de négociation avec lui et qu'elle l'autorise en conséquence à déposer une nouvelle offre. Il en est ainsi_ prend soin de préciser la décision_ même si la modification opérée par le candidat excède la simple rectification d'erreur matérielle, cette limite valant uniquement pour l'appel d'offres dans le quel les propositions des opérateurs sont intangibles.

CE 27 avril 2011, Président du Sénat, req. n°344244 : publié au Lebon T.

saisi, il dispose de l'intégralité des pouvoirs de plein contentieux qui lui sont conférés par l'article 551-2 du code de la justice administrative française¹.

L'usage office de ces pouvoirs est seulement subordonné, en application de l'article R 551-4 du code de la justice administrative française, à l'information préalable des parties sur la mesure envisagée et sur le délai dont elles disposent pour présenter des observations à ce sujet. Le juge précontractuel ne peut cependant enjoindre ou annuler au-delà de ce qui est nécessaire à la réparation du manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence².

En l'espèce, analysant le courrier électronique du 1^{er} décembre du département comme un engagement de négociations avec la requérante, le juge des référés a, sur le fondement de ces dispositions, informé les parties qu'il envisageait d'enjoindre au pouvoir adjudicateur, d'une part, de prendre en considération la seconde offre de la société compas et d'autre part s'il estimait utile, d'inviter les candidats à compléter leur offre avant de procéder à une nouvelle sélection et une nouvelle attribution³.

Une chose reste sûre, Le contrat n'est autre que le produit de la rencontre des volontés. Plus précisément, cette rencontre des volontés s'opère, en simplifiant à l'extrême, selon le processus suivant : Premier temps: une personne, le pollicitant, émet une offre de contracter, second temps: l'offre fait l'objet d'une acceptation par le destinataire.

¹ CE 23 novembre 2011, Dept des Bouches du Rhone, n° 350519 : publié au Lebon T. _ CE 20 octobre 2006, Cne D'Andeville, req.n° 289234 : Lebon, p.434 : le juge annule une procédure de passation alors que le requérant sollicitait uniquement sa suspension _ CE 15 décembre 2006, Sté Corsica Ferries, n° 298618 : Lebon, p. 566 ; CP-ACCP n° 64, mars 2007, p. 48, note GIVORD (L) et MARKUS (J.P).

² CE 12 janvier 2011, Dpt du Doubs, req. n° 343324 : mentionné au Lebon T.

³A noter que le juge des référés laisse le soin au pouvoir adjudicateur de décider s'il souhaite négocier avec tous les candidats ou seulement avec la société requérante. Le choix de l'acheteur devra alors être guidé par deux considérations : la première est liée à la qualité des offres reçues : est-il opportun de négocier avec les autres candidats au vu de leurs propositions initiales ? La seconde préoccupation du pouvoir adjudicateur sera d'ordre juridique : ya t-il d'autres concurrents qui, comme la société requérante, n'ont pas compris les documents financiers de la consultation du fait de l'inexactitude dont ils étaient entachés ? Dans l'affirmative et même si l'acheteur « peut librement choisir les candidats avec lesquels il souhaite négocier », le respect du principe d'égalité de traitement implique qu'il engage des négociations avec tous les opérateurs qui ont mal compris le dossier de consultation. CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 30/11/2011, req. n°353121, consulter sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000024911131>.

§2. Pertinence de la notion de consentement dans la formation des contrats électroniques :

Si, pris séparément, l'offre et l'acceptation ne sont que des manifestations unilatérales de volontés, soit dépourvues d'effet obligatoire, lorsqu'elles se rencontrent, cela conduit à la création d'un contrat, lui-même générateur d'obligations. Tous les contrats sont le fruit d'une rencontre de l'offre et de l'acceptation, peu importe que leur formation soit instantanée où s'opère dans la durée. Aussi, en dehors de la rencontre de l'offre et de l'acceptation aucun contrat ne saurait valablement se former, cette rencontre traduisant l'échange des consentements des parties. Or conformément à la théorie de l'autonomie de la volonté, seules les parties qui ont exprimé leur consentement au contrat peuvent s'obliger. On saurait, en effet, contraindre une personne à contracter, sans qu'elle y consente. Les contrats conclus par Internet comportent des caractéristiques communes. Il s'agit de contrats entre absents conclus dans un environnement dématérialisé. Ils constituent aussi très souvent des contrats d'adhésion et ont vocation à revêtir une dimension internationale. Ces particularités amènent à s'interroger sur les éléments et le contenu de l'échange électronique des consentements (A) qui doit être énoncée avec clarté et précision (B).

A- Formaliser les étapes du contrat électronique : E-Consensualisme

Selon le principe du consensualisme, seul l'échange de deux volontés et de deux engagements conduit à la conclusion d'un contrat. L'analyse se penchera, sur les questions suivantes : Comment garantir un consentement éclairé dans une opération dont toutes les étapes sont numériques ou dématérialisées ? Quelles sont les solutions proposées pour remédier à cette situation ? Et partant, quelles sont les conditions à remplir pour qu'un tel consentement puisse être valablement donné? Ainsi, La formation du contrat passera, nécessairement, par l'échange préalable du consentement de chacune des parties à l'acte¹ (a).

En revanche, le droit administratif dégage, de surcroît, d'autres particularités propres à son régime juridique contractuel qu'il convient d'envisager (b). Fortement liée aux conceptions libérales de l'autonomie de la volonté, la notion même de consentement peut être contestée en tant qu'élément fondateur du contrat. Nous constaterons en effet que les rapports de force existant dans le commerce traditionnel se reproduisent dans le cadre des pratiques contractuelles développées sur les réseaux numériques. Il devient alors nécessaire de s'interroger sur les atteintes portées à l'autonomie de la volonté des acteurs du commerce électronique dans une partie intitulée : " les degrés du consentement ". Au-delà des ressemblances que nourrissent entre eux le commerce électronique et le commerce traditionnel, nous devons également nous interroger sur les particularités de l'environnement numérique.

¹ L'échange des consentements entraîne l'accord de volontés qui lie les parties. Cependant, comme le rappelle l'article 39 du dahir marocain des obligations et contrats : Il est annulable le consentement donné par erreur...». Par le biais de l'ordonnance n° 2001/741 du 23 août 2001, JORF du 25 août 2001, NOR: eco0X100083.

Susceptibles de remettre en cause l'existence même du consentement des acteurs, les réseaux numériques nous feront aborder la question du consentement " L'offre et l'acceptation virtuel ".

a. La rencontre électronique des volontés : l'offre et l'acceptation:

L'offre de contracter constitue une manifestation unilatérale de volonté émanant de la personne qui prend l'initiative de la relation et devant comporter tous les éléments essentiels du futur contrat. Appliquée à Internet, l'offre sera effectuée à partir d'un site Web ou d'une galerie marchande, laquelle proposera un bien ou un service au public. L'offre pourra aussi être effectuée directement par courrier électronique à l'adresse personnelle du consommateur. L'offre devra être formulée avec précision, selon qu'elle s'adresse, par exemple, à un public local ou international, à un consommateur ou à une entreprise. Elle devra être ferme et non équivoque, à défaut de quoi il ne s'agira que d'une simple proposition et l'offrant ne sera pas lié en cas d'acceptation.

L'acceptation de ces conditions par le destinataire de l'offre formera le contrat ¹. L'offre ne pourra contribuer à la formation du contrat qu'à condition d'être précise, ferme et dépourvue d'équivoque². Le contrat conclu par voie électronique entre un professionnel et un non professionnel est traité comme le cas normal du contrat électronique. Sa conclusion est organisée par le nouvel article 65-5 du droit 53.05 relative à l'échange électronique de données juridiques.³ L'offre évoquée dans les textes nouveaux ne renvoie pas à la notion juridiquement commune d'offre telle que définie plus haut, mais désigne plutôt « toute proposition de contracter (ferme ou indéterminée ; complète ou partielle ; précise ou vague) que met en ligne le professionnel »⁴. En matière électronique, la rencontre de l'offre et de l'acceptation, l'offre s'inscrit dans un contexte de dématérialisation des échanges. Cela, lui confère une certaine spécificité qui conduit à la nécessité d'une durée de validité de l'offre électronique⁵.

¹ GHESTIN (J), «traité de droit civil ; les obligations ; le contrat : formation», Paris, LGDJ ; 3^{ème} éd; 1993, n°395.

² Ibid, p.219 ; en revanche, une manifestation de volonté n'exprimant pas la volonté d'être lié en cas d'acceptation n'est pas une offre, mais une simple proposition de contracter, une invitation à entrer en pourparlers.

³ L'article 65-5 du droit 53.05 relative à l'échange électronique de données juridiques énonce que: «Pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de son ordre et son prix total et de corriger d'éventuelles erreurs, et ce, avant de confirmer le dit ordre pour exprimer son acceptation. L'auteur de l'offre doit accuser réception, sans délai injustifié et par voie électronique, de l'acceptation de l'offre qui lui a été adressé. Le destinataire est irrévocablement lié à l'offre dès sa réception. L'acceptation de l'offre, sa confirmation et l'accusé réception sont réputés reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès ». Dans le même sens, la LCEN pose à la fois le régime applicable au contrat électronique et son exception. Ce régime allège les règles de forme pour les professionnels lorsqu'ils contractent entre eux et impose des obligations d'informations lorsqu'un professionnel contracte avec un non professionnel. Sur le caractère électronique de la contractualisation, FERRIER (D) «comment avoir confiance dans la contractualisation par voie électronique... ? », RDC, avril 2005, p.p. 548 et 549, MAGGIAR (A.A), «la conclusion de contrats par voie électronique», Gaz. Pal ; n° 320,16 novembre 2005, p.p. 7_8.

⁴ STOFFEL-MUNCK (PH), «la réforme des contrats du commerce électronique », op.cit. p. 49

⁵ Sur ce point, le premier alinéa de l'article 1369-4 du code civil français se termine par ces mots» sans préjudice des conditions de validité mentionnées dans l'offre, son auteur reste engagé par elle tant qu'elle

Le titre premier du livre premier du DOC comporte maintenant un chapitre 1er « bis » consacré aux contrats établis sous la forme électronique ou transmis par voie électronique (articles 65-1 à 65-7). Ce chapitre bis se réfère au chapitre 1er concernant les conditions de validité du contrat électronique, à l'exclusion des articles 23, 30 et 32 concernant les offres sans délai et la mise aux enchères, questions envisagées dans le chapitre 1 bis. Ce chapitre reconnaît la possibilité d'émettre des offres au public par voie électronique ou de mettre à leur disposition des informations sur des biens et services en vue de la conclusion d'un contrat. Les informations nécessaires à la conclusion d'un contrat ou à son exécution peuvent être transmises par voie électronique si ce mode de transmission est accepté. Pour s'adresser aux professionnels, il est possible d'utiliser la voie électronique si leur adresse électronique a été communiquée. Le formulaire électronique est également reconnu.

Passons au contenu de l'offre : dans certaines situations, les conditions contractuelles doivent être mises à disposition des destinataires de l'offre de manière à ce qu'ils puissent les conserver ou les reproduire. Il s'agit des offres de fourniture de biens, de prestation de services, ou de cession d'un fonds de commerce ou de l'un de ses éléments par un professionnel. L'auteur de l'offre reste engagé tant que le délai de l'offre n'a pas expiré ou qu'elle est accessible par voie électronique de son fait. La loi précise des éléments devant être contenus dans l'offre, dont l'absence enlève le caractère d'offre et la proposition devient une simple publicité. Une fois l'offre acceptée, le contrat est conclu, à condition que le bénéficiaire ait été mis en mesure de vérifier le détail de l'offre, le prix et de corriger les erreurs commises avant de confirmer définitivement l'acceptation. A partir de l'acceptation, l'offrant doit accuser réception sans délai injustifié, par voie électronique évidemment, moment à partir duquel le bénéficiaire de l'offre est définitivement lié.

L'acceptation de l'offre, sa confirmation et l'accusé réception font effet et sont réputés reçus à partir du moment où le destinataire peut y avoir accès. En droit de la consommation notamment, concernant certains actes, il est exigé d'accompagner le contrat d'un formulaire détachable qui permet notamment la rétractation dans les délais. En matière de contrats électroniques, cette condition est réputée accomplie lorsqu'un procédé permet d'accéder au formulaire, de le remplir et de le renvoyer par voie électronique. Il est parfois exigé que le contrat soit produit en plusieurs originaux. Sous la forme électronique, cette condition est respectée lorsque l'acte est établi et conservé dans des conditions permettant l'identification de la personne et la garantie de son intégrité. Ce procédé doit permettre aux parties de disposer d'un exemplaire et d'y avoir librement accès.¹

est accessible par voie électronique de son fait ». Si l'auteur de l'offre a fixé un délai pour l'acceptation, il devra alors maintenir son offre jusqu'à expiration de celui-ci. Et dès qu'une acceptation intervient pendant le délai de validité de l'offre, le contrat sera formé. Cf. par exemple, cass.Civ.3ème, 10mai 1968,2 arrêts, Bull. Civ; III, n° 209, p. 161 «si une offre de vente peut en principe être rétractée il en est autrement au cas où celui de qui elle émane s'est expression engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque».

¹ <http://cabinetbassamat.com/la-loi-marocaine-sur-lechange-electronique-des-donnees-juridiques/>

Par ailleurs, deux conditions sont nécessaires pour que l'acceptation soit efficace. D'une part, il faut que le contrat se trouve valablement formé par l'acceptation d'une offre sur les éléments essentiels de la convention ; c'est la volonté d'une personne d'accepter l'offre de contracter que lui fait une autre personne qui réalise l'échange de consentement. Ainsi, qu'en venant à la rencontre de l'offre, l'acceptation produira l'accord des volontés. D'autre part, si, classiquement, l'acceptation ne doit revêtir aucune forme particulière, il demeure toutefois essentiel d'observer la manière dont elle pourra se manifester sur les réseaux électroniques. En vertu de l'article 65-5 de la loi 53-05, l'acceptation ne vaut que si l'acceptation a « eu la possibilité de vérifier le détail de son ordre et son prix total et de corriger d'éventuelle erreurs, et ce, avant de confirmer le dit ordre pour exprimer son acceptation ». En outre, le législateur marocain semble suivre un tel raisonnement, indirectement, dans l'article 65-5¹.

b. Le principe en droit administratif :

Les services de l'administration de niveau 4 complètement dématérialisés représentent 23,27% seulement, révèle une enquête du ministère chargé de la Réforme de l'administration et de la fonction publique. Selon cette étude consacrée à l'évaluation de la maturité des services électroniques, près de 46% des services électroniques de l'administration portent sur l'information seulement (niveau 1) alors que les prestations partiellement dématérialisées ne dépassent pas 28% (niveau 3)².

On se bornera à indiquer ici que, comme dans le droit civil, le consentement au contrat administratif doit être libre et éclairé. La théorie des vices du consentement (erreur, dol, violence) est donc applicable au droit des contrats administratifs, où elle joue toutefois un rôle très marginal, les espèces étant rarissimes. La compétence pour contracter est attribuée par des textes législatifs ou réglementaires. Deux situations doivent alors être envisagées selon qu'elle est détenue par une autorité ou lorsqu'elle est partagée. Dans le premier cas, le contrat est, en général, conclu par l'Etat, la compétence pour le signer n'est, sauf exception, pas partagée. L'autorité compétente est soit le ministre, soit une autorité déconcentrée. La délégation de pouvoir ou de signature est possible comme en tout domaine est aux mêmes conditions (délégation prévue par un texte et publié)³.

¹ Cette confirmation par l'acheteur via ce second clic constitue le moment de la formation du contrat.

² <https://fr.hespress.com/82556-e-administration-23-seulement-des-services-completement-dematerialises.html>.

³ Il faut noter, dans ce cas, que le contrat signé par un fonctionnaire dont la délégation est irrégulière est entaché d'une nullité d'ordre public. Cette compétence partagée connaît également des aménagements et des assouplissements. D'une part, les textes ouvrent la possibilité de délégations. D'autre part, la répartition des compétences connaît deux aménagements en matière de marchés publics : d'abord, si l'assemblée délibérante doit autoriser la signature, une certaine souplesse est admise ; ensuite, en application du décret des marchés publics, dans le cas de l'appel d'offres, le choix du cocontractant n'est opéré, ni par l'assemblée délibérante, ni par l'exécutif, mais par la commission d'appel d'offres. CE, 4 avril 1997, « Préfet du Puy-de-Dôme c /Cne d'Orcet » Rec., p.132 : le maître peut engager sans accord du conseil municipal la procédure de passation d'un marché, dès lors que le conseil municipal intervient postérieurement.

Le principe, en droit administratif comme en droit privé, étant celui du consensualisme, la formation du contrat n'est soumise en principe à aucune procédure. Il faut, pour qu'une procédure s'impose, qu'un texte la prévoit. Or, pour les principaux contrats administratifs la loi impose le respect de certaines procédures et notamment pour les marchés publics, les conventions de délégation de service public ou, plus récemment, les contrats de partenariat. L'intitulé de la loi de 1993 qui a, notamment, soumis la passation des conventions de délégations de service public à certaines procédures est assez explicite sur les intentions qui président à ce genre de réglementations. Les procédures de passation des marchés et des conventions de Délégations de Service Public doivent assurer, entre des entreprises concurrentes, une suffisante transparence et égalité de traitement. À ce souci de transparence et de concurrence, s'ajoutent des exigences communautaires : la libre concurrence entre les entreprises impose certaines règles de publicité, de transparence et de concurrence pour la passation, notamment, des « gros » marchés publics.

Cependant, suite à la jurisprudence Montélimar¹; le gouvernement a pris une ordonnance² relative aux procédures de passation des marchés publics des collectivités territoriales qui entérine la possibilité d'une seule délibération de l'assemblée délibérante en amont pour autoriser l'exécutif à lancer et signer un marché. L'utilisation d'outils électroniques ne va pas influencer sur la capacité des cocontractants, d'autant qu'il est aisé de vérifier que la relation contractuelle est bien nouée avec une personne publique³. Pour être apte à contracter avec l'administration, la personne privée doit répondre aux conditions de capacité du droit privé. Et, s'il y a représentation d'une personne privée par une autre, par exemple, dans le cadre d'un groupement d'entreprises prévu au décret des MP, la validité du contrat administratif est subordonnée à celle du mandat⁴. En ce qui concerne les sociétés, il n'y a pas de problème d'incapacité puisqu'une société ne peut pas être incapable, elle peut seulement être frappée de nullité car une société a pour origine un contrat.

le juge administratif entend, toutefois, sanctionner les vices qui viennent alerter le consentement des parties au contrat, même s'il fait assez rarement application de cette théorie des vices du consentement à laquelle recourt davantage son homologue judiciaire⁵,

¹ CE ; 13 octobre 2004, « commune Montélimar », AJDA, 2004, p. 2107, note J.-D DREYFUS.

L'ordonnance n° 2005-645, publiée au J.O du 7 juin, fait écho à la jurisprudence « commune Montélimar » en venant assouplir, dans le code général des collectivités, le régime des délibérations nécessaires dans le cadre d'une procédure de passation de marché public des collectivités territoriales et leur établissements publics (nouveaux articles L. 2122-21-1 pour les communes, L. 3221-11-1 pour les départements, L. 4231-8-1 pour les régions). Notamment, il est question du moment auquel l'autorisation de signer un marché doit être adoptée.

² Ibid.

³ Quant à la question de la compétence de l'autorité représentant la personne publique pour contracter, ce sont aux personnes publiques elles-mêmes de régler cela en interne, en veillant que signature électronique, mot de passe ou autres ne soient dévolus qu'à personnes compétentes.

⁴ Il faut noter que, en cas de contentieux et de difficulté sur ce point, le juge administratif doit renvoyer au juge judiciaire, POUYAUD (D), « la nullité des contrats administratifs », Paris, LGDJ, 1991, n° 46.

⁵ WEBER (Y), « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs » in, Mélanges Drago, Paris, Economica, 1996, p.p. 315-316.

ce qui peut s'expliquer par le plus grand développement de l'encadrement procédural de la passation du contrat en droit public.

Au Maroc, l'utilisation des technologies de l'information en tant que priorité dans le chantier de la modernisation de l'administration, offre un mécanisme important pour améliorer les performances de la gestion administrative et fournir efficacement de meilleurs services publics aux usagers où qu'ils soient. Bien que l'offre des services numérisés au Maroc se soit considérablement développée au cours de la dernière décennie, il n'y a pas eu d'impact positif sur la qualité des prestations aux usagers, en particulier celles nécessitant des transactions et des documents auprès d'autres départements¹. Ce constat notamment par le manque en matière de complémentarité entre les divers départements ainsi que l'absence d'un environnement favorable, concernant en particulier les textes juridiques régissant la transformation numérique.

B) Les vices du consentement à l'épreuve des contrats publics électroniques :

La question du consentement mérite une attention particulière quand on aborde le contrat de commerce électronique. La problématique du consentement doit être envisagée avec une attention particulière, s'agissant du développement du commerce en ligne, et des contraintes inhérentes à celui-ci en matière de preuve du consentement, d'authentification de celui-ci et d'archivage et ce, quel que soit le secteur d'activité, qu'il s'agisse de produits ou de services. Le consentement doit être libre et éclairé **(a)**. Le consentement n'est pas libre lorsqu'il est contraint par la violence. Il n'est pas éclairé lorsqu'il a été donné par erreur ou surpris par dol. Quelles est alors la place de l'erreur, du dol et de la violence à l'heure des échanges contractuelles numériques ? **(b)**. Le juge administratif du contrat semble vouloir assurer avant tout la stabilité des conventions au détriment parfois de la volonté interne des parties.

a. L'exigence d'un consentement éclairé

Le commerce électronique diffère du commerce traditionnel par la manière dont l'information est échangée et traitée. Si la toile est le moyen de réaliser de «bonnes affaires», elle ne constitue cependant pas le terrain privilégié de la loyauté entre les cocontractants. Ainsi, il incombe en ce sens à toute personne proposant à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services, de mettre à la disposition de sa clientèle : une offre claire énonçant les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique, les moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat, d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger, les langues proposées pour la conclusion du contrat, en cas d'archivage du contrat, les modalités de cet archivage par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé, et les moyens de les consulter par voie électronique, les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre.

¹<https://fr.hespress.com/82556-e-administration-23-seulement-des-services-completement-dematerialises.html>

Par ailleurs, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation.

Enfin, dès lors qu'un prix est mentionné sur un site Internet, il y a lieu d'indiquer celui-ci de manière claire et non ambiguë, et de prévoir si les taxes et les frais de livraison sont inclus. La Jurisprudence sanctionne sévèrement les manquements à ces dispositions, destinées à assurer l'expression, par le client, d'un consentement éclairé. Ainsi, seules des variations minimales par rapport aux photographies présentant les produits ou services contractuels sont admises par la Jurisprudence¹.

La Cour d'Appel de LYON² a également sanctionné, par décision du 7 mars 2007, le site Internet « perenoel.fr » pour non-respect des délais de livraison, sur le fondement de la publicité mensongère, à une peine de 9 mois d'emprisonnement assortie du sursis. Bien plus, ces dispositions ont récemment été renforcées par la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, introduisant une obligation d'indiquer la date limite d'exécution ou de livraison des services ou produits concernés, avec une possibilité, en cas de retard de plus de sept jours par rapport au délai annoncé, d'une dénonciation du contrat emportant remboursement du consommateur.

De manière générale, au-delà de l'offre de produits ou de services elle-même, le commerçant en ligne est tenu de mettre à la disposition de son cocontractant ses conditions contractuelles, d'une manière qui permette leur reproduction et leur conservation. La présentation des conditions générales de vente présentées sous forme de *pop-up* dont le blocage peut être mis en œuvre automatiquement par certains navigateurs est donc susceptible d'être sanctionnée, de même que leur présentation dans des fenêtres trop petites les rendant difficilement lisibles³.

Par ailleurs, la Commission des Clauses Abusives s'est prononcée, dans une recommandation 2007-02 du 24 mai 2007 sur le caractère abusif d'une clause imposant au seul consommateur la charge de la conservation des conditions générales de vente, exonérant le professionnel de toute obligation de ce chef. Au delà de la problématique attachée au caractère éclairé du consentement, doit être envisagée la question de la forme d'expression de celui-ci, dans le contexte de la dématérialisation propre aux transactions conclues par le biais d'Internet. Les vices du consentement sont une cause de nullité ?

¹ TGI PARIS, 1^e Ch, Section Sociale, 4 février 2003, n° RG 02/11174.

² C.A LYON, 7^e Ch,B, 7 mars 2007, Ministère Public, Association des Nouveaux Consommateurs du Rhône et autres c/ Monsieur T.C.

³ Haute Cour Régionale [DLG] de DUSSELDORF, 13 avril 2006).

b. Les vices du consentement dématérialisé .

Ces exigences relatives à la qualité du consentement ont donné lieu à un dispositif de protection connu sous le nom de la « théorie des vices du consentement » qui sous réserve de quelques aménagements se retrouve dans le DOC (articles 39 à 56). L'article 39 du DOC déclare : « Est annulable le consentement donné par erreur, surpris par dol ou extorqué par violence ». De son côté l'article 54 précise que « les motifs de rescision fondés sur l'état de maladie et autres cas analogues sont abandonnés à l'appréciation du juge ». L'erreur, le dol, la violence, la maladie et les cas analogues peuvent quand elles sont constatées provoquer l'annulation du contrat.

L'erreur, le dol et la violence ne sont des causes de nullité que lorsqu'ils sont déterminants du consentement. Les textes précisent ce qui est entendu par « caractère déterminant » : il faut prouver que la victime de l'erreur, du dol ou de la violence, sans eux, « n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes ». Cela évoque notamment la distinction entre dol principal et dol incident qui étaient tous deux des causes de nullité dans la jurisprudence antérieure à la réforme¹ et qui le demeurent donc. Peu importe que l'absence de vice du consentement aurait conduit le contractant à ne pas contracter ou à contracter à des conditions différentes : dans les deux cas il n'aurait pas conclu le contrat dans les conditions dans lesquelles il a été conclu, le vice était donc bien déterminant du consentement tel qu'il a été donné.

Le « vice incident ² » n'est une cause de nullité que si la victime de ce vice aurait, en son absence, contracté à des conditions « substantiellement » différentes. Si cette condition peut se comprendre pour l'erreur, qui n'est pas imputable à un comportement moralement répréhensible du cocontractant, elle l'est moins en matière de dol ou de violence. En effet, l'annulation du contrat suite à un vice du consentement porte atteinte à la sécurité juridique du cocontractant dont le consentement n'était pas vicié.

* L'erreur : L'erreur consiste dans une fausse représentation de la réalité qui a conduit une personne à contracter et qui ne l'aurait pas fait si elle avait connu la réalité (articles 40, 41, 42, 43 et 44, 55 et 56 du DOC). Si le commerce en ligne est virtuel, il arrive parfois que la déception de contractant soit bien réelle lors de la réception de son acquisition. Ceci s'explique par le fait que l'interactivité du réseau Internet a pour effet d'affaiblir la notion de consentement du contractant. En effet, il est assez facile pour l'acheteur en ligne de se tromper sur le bien qu'il achète, et ce à plus forte raison que ce dernier n'est visualisable qu'à travers un écran d'ordinateur.

Sur la toile, l'acheteur est privé de ses attributs sensoriels lui permettant d'évaluer le produit qu'il souhaite commander. Cependant, demander la nullité d'une vente en ligne semble peu aisé. Ceci est dû principalement à la législation spécifique à Internet.

¹ H. Barbier, « La violence par abus de dépendance », *JCP G* 2016, 421.

² D. Cuba et J. Dugne, « L'abus de faiblesse », *La réforme du droit des contrats : actes de colloque*, 1^{ère} Journée Cambacérès, 3 juillet 2015, Montpellier, Université de Montpellier, 2015, p. 233.

Le législateur a souhaité offrir de meilleures garanties aux consommateurs, notamment en instituant la formalité du double clic, permettant à l'acheteur en ligne avant toute validation de ses achats de renoncer, de vérifier le détail de l'offre et surtout d'éviter de s'engager par erreur de manipulation. Cette mise en œuvre peut se faire par la mise en place de liens hypertextes permettant un accès immédiat aux produits ou aux informations mais également par un système d'onglet visible tout au long du processus de conclusion du contrat.

Il est cependant à noter que certains domaines sont exclus de tout droit de rétractation. Il s'agit notamment des contrats de fournitures de service d'hébergement, de transports, de restauration mais également des fournitures d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques lorsqu'ils ont été descellés par le consommateur. Bien entendu, si aucun droit de rétractation n'est possible le consommateur déçu pourra toujours tenter d'annuler la vente pour erreur, mais encore faudra-t-il qu'il prouve qu'une représentation inexacte de la réalité l'a conduit à contracter. Seuls 64.6% des internautes se déclarent confiants dans le commerce électronique¹.

Ceci s'explique par le fait que le dol est rendu plus facile et plus séduisant au travers du monde digital (article 52 et 53 du DOC). « Le dol donne ouverture à la rescision lorsque les manœuvres ou les réticences sont de telle nature que, sans ces manœuvres ou ces réticences, l'autre partie n'aurait pas contracté ». On entend par dol des manœuvres frauduleuses (exemple : déclarations mensongères, ruses tendant à induire une personne en vue de la déterminer à contracter). Aux termes de l'article 52 du DOC « Le dol ne se présume pas, il doit être prouvé. » Le dol est en fait une erreur provoquée. Le contractant par des manœuvres, provoque une erreur chez son partenaire qui détermine ce dernier à contracter. Les manœuvres dolosives et les mensonges se manifestent le plus souvent par des faux commentaires vantant les mérites d'un produit ou bien encore par des manœuvres consistant à créer du trafic d'audience sur son site Internet.

En effet, le vendeur en ligne est débiteur d'une obligation pré-contractuelle d'information qui se décline comme un devoir de conseil et de mise en garde auprès de l'acheteur. Si la Cour de cassation dans un arrêt du 28 juin 2005 a précisé que le manquement à une obligation pré-contractuelle ne suffisait pas à caractériser le dol par réticence, un autre recours tout aussi efficace s'offre à l'acheteur qui aurait le sentiment d'avoir été dupé. En effet, la liberté accordée par la toile permet aux internautes d'exprimer une opinion positive ou négative pouvant ainsi influencer la E-réputation de la boutique virtuelle. Ainsi des commentaires négatifs à l'encontre d'un site marchand peuvent nuire à la notoriété et à l'image de la marque. C'est pour cette raison que le dol se fait plus rare dans les relations dites « B to C ». Par conséquent, les manœuvres dolosives se manifesteront le plus souvent dans les relations dites « C to C » notamment à travers des plates-formes de vente en ligne dont la responsabilité ne peut être engagée du fait de leur simple rôle d'intermédiaires dans les ventes conclues entre consommateurs sur leur site.

¹ <https://www.lepetitjuriste.fr/les-vices-de-consentement-a-lepreuve-des-contrats-electroniques/>

Dans la pratique, il semble que le dol ne soit pas le fondement juridique privilégié pour sanctionner la validité des contrats électroniques. Le commerce en ligne apparaît comme un nouvel instrument d'échange des volontés, le législateur a inventé des règles de consentement adaptées aux contrats conclus en ligne, en introduisant dans la loi 31-08¹ édictant des mesures de protection du consommateur la notion de « pratique trompeuse ». Faire reconnaître un dol ou faire reconnaître une pratique réputée trompeuse entraînent des conséquences différentes, car la finalité n'est pas la même.

Le dol est un vice du consentement qui, lorsqu'il est constitué, entraîne la nullité du contrat. En revanche les sanctions des pratiques trompeuses sont différentes : cessation des pratiques, sanctions pénales (amende, peine de prison), publication de la condamnation. Le dol comme la pratique commerciale réputée trompeuse peuvent constituer également une faute délictuelle de nature à engager la responsabilité de son auteur et donner lieu au versement de dommages et intérêts. La loi 31-08 sanctionne des comportements et des pratiques qui ont trompé et induit en erreur un contractant qui n'aurait pas contracté en connaissance de cause.

Dans une même situation, il peut être envisageable de se placer soit sur le terrain du droit civil, soit sur le droit de la consommation en fonction du but recherché. Il est néanmoins plus simple de faire reconnaître une pratique commerciale trompeuse plutôt qu'un dol. Le dol apparaît davantage comme une manœuvre trompeuse particulièrement déloyale. Quand les conditions du dol sont réunies, la pratique commerciale trompeuse au sens du droit de la consommation sera constituée. En revanche la situation inverse ne sera pas toujours vraie.

* La violence : conformément aux articles 46 –47-48-50-51 du DOC, porte atteinte à la liberté du consentement. La victime de la violence est parfaitement consciente des inconvénients du contrat qui lui est imposé, mais elle donne son consentement pour échapper au danger qui la menace. Selon l'article 46 du DOC *«La violence est la contrainte...moyennant laquelle on amène une personne à accomplir un acte qu'elle n'a pas consenti »*. Dans la majorité des cas, il s'agit de la violence morale. Pour entraîner l'annulation du contrat, la violence, qu'elle soit directe ou indirecte, doit avoir déterminé le consentement. Elle doit être injuste et illégitime. La violence, peut émaner soit d'un contractant, soit d'un tiers. La nullité du contrat peut être demandée par la victime, dans l'année à compter du jour où la violence a cessé. Cependant, il est à mentionner qu'il reste exceptionnel que le juge administratif reconnaisse une erreur de nature à vicier le consentement². Pour être cause de nullité, l'erreur doit être inexcusable et déterminante; d'autant plus qu'il existe des procédures électroniques permettant de minimiser les risques d'erreurs. A charge de ce fait pour les personnes publiques d'organiser des procédures minimisant ces risques.

¹ Chapitre II de la loi n°31-08 édictant des mesures de protection du consommateur promulguée par le dahir n°1-11-03 du 14 rabii I 1432 (18 février 2011), BO n°5932 du 07/04/2011, pages 347-370.

² La loi sur la confiance dans l'économie numérique prévoit, à cet égard, une procédure d'accusé de réception suivant le «double-clic » avec possibilité de rétraction.

En France, le législateur, plutôt que d'annuler le contrat pour vices du consentement a mis au point des techniques à caractère préventif qui sont fondées sur l'information et sur la réflexion des contractants. Il s'agit de « l'obligation d'information » qui doit être générale et spéciale. Si la violence de l'article 1112 du Code civil paraît peu probable dans les relations commerciales digitales, il ne faut cependant pas l'évacuer trop rapidement. En effet la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 26 janvier 2011 a reconnu en matière d'appels malveillants que la réception d'un SMS¹ qui se manifeste par l'émission d'un signal sonore par le téléphone portable de son destinataire s'assimile à un appel téléphonique. Cette jurisprudence aurait peut être vocation à s'appliquer aux M-commerce (Commerce Mobile), qui est en pleine expansion notamment avec la hausse du nombre de smart phone. Mais il ne s'agirait alors pas de violence comme entendu par le droit des contrats mais bien d'une infraction prévue et réprimée par le Code pénal.

Croire qu'il ne pourrait changer que pour reproduire des modèles issus du secteur privé serait oublier la spécificité de sa mission comme de sa construction. Et la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics n'y échappe pas : reposant sur les mêmes fondements, elle ne peut cependant en tous points ressembler à la dématérialisation des procédures de passation des marchés privés. Ainsi le décret des marchés a-t-il rendu possible la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics? ².

¹ <https://www.lepetitjuriste.fr/les-vices-de-consentement-a-lepreuve-des-contrats-electroniques/>

² ROJINSKY (C) et TEISSONNIERE (G), «l'encadrement du commerce électronique par la loi française du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique», op.cit, p. 147.

TITRE II : LA DEMATERIALISATION DES PROCEDURES DE PASSATION DE MARCHES PUBLICS

Le programme de dématérialisation de la commande publique s'inscrit d'ailleurs, parmi les projets phares de cette ambitieuse stratégie, à raison de la valeur ajoutée qu'il recèle en termes de gestion innovante de l'achat public, d'efficacité, d'efficience et de fluidification des procédures, de modernisation des outils et des instruments de réalisation des politiques publiques et de transformation des méthodes de travail des pouvoirs adjudicateurs et de l'entreprise. Ainsi, l'achat public électronique ou l'e-achat public a pour vocation d'amener les services publics et les entreprises qui n'ont pas encore changé leur manière de travailler et continuent à être rétifs ou non confiants pour intégrer les technologies de l'information et de la communication dans leur gestion, à moderniser leurs méthodes et instruments de travail pour améliorer la rentabilité des uns et la compétitivité des autres, grâce à des protocoles ouverts de l'Internet et à un accès aisé, gratuit et sécurisé que présente la plateforme de dématérialisation de la commande publique. L'amorce de l'achat public électronique est de nature à libérer les énergies des personnes en charge de l'élaboration des contrats de marchés pour les services acheteurs et de la préparation des dossiers des soumissions pour l'entreprise permettant ainsi, aux uns de se concentrer sur les transactions les plus complexes et aux autres, de focaliser leurs efforts sur la préparation de leurs offres.

Le déploiement des dispositifs électroniques d'achat dans leurs différentes composantes permet enfin, de remédier à un déficit majeur qui caractérise encore le système d'achat public et d'offre privée dans notre pays, à savoir une maîtrise peu satisfaisante des techniques, des procédures et des mécanismes d'achat public, en contribuant de la sorte à une plus grande professionnalisation de la fonction d'achat public et du métier de l'acheteur public d'une part, et de la fonction d'offre privée et du métier de soumissionnaire aux marchés publics, d'autre part. Il s'agit là en l'occurrence, d'agir sur l'acheteur public et son métier et sur l'entreprise soumissionnaire et les mécanismes de confection de son offre, dans le cadre d'une véritable stratégie de management de l'achat public et de l'offre privée y afférente¹.

Autant dire que la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics ne sera le levier attendu de la révolution économique de l'achat public que si l'administration, la collectivité, l'établissement publics qui doivent la mettre en place pour en bénéficier, la maîtrisent, il est dans la suite logique des choses d'envisager l'application de tels modes d'échanges de données dans les procédures actuelles de passation de marchés publics qui, elles aussi, génèrent des échanges de données telle que la publicité des offres publiques, l'échanges de formulaires de passation et autres dossiers de candidature...(CHAPITRE I).

Or, d'un point de vue juridique, un tel procédé soulève de nombreuses questions, notamment au regard de l'écrit, étant donné le formalisme de la passation de marchés

¹ <https://www.tgr.gov.ma/wps/wcm/connect/4c8cb854-35aa-46d4-9a9c-959ccbd59bac/A1%2BKhazin>

publics, au regard aussi de la preuve de documents dématérialisés, ainsi que de la sécurité juridique et de l'intégrité de la procédure ou même des enchères électroniques mises en place par le décret des marchés publics. A cela, l'état actuel de techniques tirées de l'informatique offre des solutions, particulièrement avec les procédés de signature électronique ou de cryptographie (**CHAPITRE II**).

CHAPITRE I : La reconnaissance juridique des procédures dématérialisées de passation de marchés publics.

La dématérialisation des procédures de passation de marchés publics par le biais d'internet illustre l'intérêt que portent les pouvoirs publics à ce même réseau. Au point de se voir consacrée par le décret des marchés publics, suite à une réforme intervenue en 2013. Néanmoins, les lignes directrices de la mise en œuvre d'un tel procédé, dans le cadre de la passation de marchés publics, étant rédigées en des termes généraux, son encadrement légal et réglementaire demeure donc suspendu, le temps de prendre les textes nécessaires à cette fin. Or, d'un point de vue juridique, l'intérêt de la dématérialisation des procédures de passation est important, voir même exceptionnel. En voie d'élaboration, le régime juridique d'un tel procédé reste donc à préciser, à déterminer et, l'occasion se présente ici, dans le cadre du décret des marchés publics et Arrêté du ministre de l'économie et des finances relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics¹. A la lumière des textes réglementaires régissant les marchés publics, la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics n'est pas une obligation. L'administration publique peut faire le choix d'y recourir ou de ne pas y recourir².

Progressivement, le régime juridique de la dématérialisation des marchés publics a combiné le caractère facultatif du recours à la dématérialisation avec des dispositions faisant naître des obligations tant du côté des acheteurs publics locaux que des opérateurs économiques. L'affirmation précédente se vérifiera dans l'étude de l'évolution du régime juridique du lancement des procédures de passation dématérialisées des marchés publics ainsi que dans celle consacrée aux communications et échanges d'informations par voie électronique (**Section 1**). Elle d'avèrera encore vraie lors de l'étude des règles dont on peut considérer qu'elles allaient nécessairement conduire à la réception des seuls plis électroniques et partant de là, au rejet des offres remises sur support papier. Enfin, d'autres dispositions déjà liées à la dématérialisation des marchés publics présentent depuis longtemps un caractère facultatif du côté des acheteurs mais incitatif tant leurs emplois sont avantageux alors que les opérateurs économiques se voyaient déjà imposer des règles relatives à la dématérialisation par la réglementation; L'opérationnalisation du système des enchères électroniques inversées est devenue effective dès le 1er janvier 2015 suite à la publication de l'arrêté relatif à la

¹ Arrêté du ministre de l'économie et des finances n° 20-14 relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics du 8 kaada 1435 (4 septembre 2014), précitée.

² LAJOIE(T) et HISLAIR (L), «les marchés publics dématérialisés», op.cit, p.67.

dématérialisation des procédures des marchés publics n° 20-14 du 4 septembre 2014 publié au bulletin officiel le 9 octobre 2014 (**Section 2**).

SECTION I : Le régime évolutif du lancement de la procédure et de la communication par voie électronique.

En attendant une réglementation à partir de laquelle les procédures de passation des marchés publics seront toutes dématérialisées, tantôt le régime juridique de la dématérialisation des marchés publics impose déjà des obligations telles que celles relatives au lancement de la procédure sur un profil d'acheteur (§1), tantôt le régime pose des règles dont le recours est laissé à la libre appréciation de l'acheteur public comme c'est le cas des communications et des échanges d'informations par voie électronique. Quoi qu'il en soit, comme beaucoup de principes en droit, celui posant la transparence de la commande public, la règle de la dématérialisation totale des procédures de passation des marchés publics connaît des exceptions (§2).

§1 – Le lancement de la procédure de passation d'un marché public sur une plateforme dématérialisée :

Le lancement de la procédure dématérialisée d'un marché public passe par la publication des documents de la consultation ainsi que des avis d'appels à la concurrence sur un profil d'acheteur. En la matière, un régime juridique existe depuis 2013 (A), mais l'objectif d'une dématérialisation complète des procédures de passation des marchés publics que les pouvoirs publics cherchent à atteindre, a eu pour conséquence de supprimer tout seuil en-dessous duquel de telles publications sur un profil d'acheteur ne s'imposeraient pas. Suite à l'entrée en vigueur des dispositions de l'arrêté n° 20-14 du 4 septembre 2014 relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics, et dans un souci d'accompagnement dynamique des entreprises nationales et étrangères dans le cadre des marchés publics pour une appropriation approfondie des nouvelles fonctionnalités offertes par le portail des marchés publics¹, la Trésorerie Générale du Royaume envisage l'organisation vers fin mars 2016 de journées portes ouvertes sur inscription en ligne préalable. Ces journées seront consacrées à une formation qui abordera en détail les différents aspects notamment fonctionnels afférents à la soumission électronique, à la base de données des fournisseurs et aux enchères électroniques inversées. Elles s'adressent exclusivement à la formation des entreprises disposant de certificats électroniques classe 3 délivrés par BARID AL MAGHRIB et qui s'apprêtent à soumissionner électroniquement aux appels d'offres dont l'estimation dépasse 2 million de dirhams hors taxes et autorisant la soumission électronique². Dématérialiser les procédures de passation de ses marchés publics, c'est avant tout construire un projet global de mutation de ses procédures d'achat³, tout en pointant les zones de liberté que les textes procurent (B).

¹ <https://www.marchespublics.gov.ma/pmmp/spip.php?article125>

² <https://www.marchespublics.gov.ma/pmmp/spip.php?article125>

³ LAJOI (TH) et HISLAIRE (L), «les marchés publics dématérialisés», guide juridique ; éd. LEMONITEUR, 2004, p.p. 57-58.

A) Un préalable : la publication de l'avis d'appel public à concurrence (AAPC)

Un projet global qui vise à améliorer l'efficacité de la gestion des marchés publics et à faciliter l'accès des opérateurs économiques aux opportunités d'affaires offertes par les marchés publics (a). En effet, si les dispositions portant sur l'avis d'appel public à la concurrence, le retrait des documents par le soumissionnaire et le dépôt des candidatures et des offres sont bien encadrées par les textes réglementant la procédure et les textes connexes organisant leur mise en application (b).

a. L'obligation de la personne publique :

En application des articles 148 et 149 du décret n° 2-12-349 susvisé, le dépôt et le retrait des plis, l'ouverture des plis et l'évaluation des offres des concurrents peuvent être effectués par voie électronique. Dans le contexte de la dématérialisation, l'AAPC prend également une dimension nouvelle puisque cet avis doit, et quelle que soit la procédure utilisée, détailler les modalités d'accès au dossier de consultation, c'est-à-dire les conditions pratiques d'accès en ligne du dossier: adresse internet, horaire de retrait ou encore normes techniques nécessaires à la compatibilité des échanges¹.

* Premier échange dématérialisé, le retrait des documents nécessaires au marché : L'article 147 du décret des marchés publics 2013 dispose que le règlement de la consultation, la lettre de consultation, le cahier des charges, les documents et les renseignements complémentaires peuvent être mis à disposition des entreprises par voie électronique dans des conditions fixées par décret. Il n'y a aucune contradiction: la personne publique est toujours à même de choisir de recourir ou non à une mise à disposition des différents documents nécessaires au marché par la voie dématérialisée. Il faut cependant noter que le décret va plus loin: à la «voie électronique» (qui peut se traduire par l'envoi des documents sur un support électronique tel un cédérom), la mention du réseau «informatique» fait clairement allusion au téléchargement en ligne des documents du serveur de l'administration sur le serveur du soumissionnaire. Il est préférable d'assurer une mise en ligne des documents cités sur une plate-forme informatique, accessible de l'extérieur.

* La mise en ligne des dossiers de consultation des entreprises : Par mise en ligne, il faut entendre le procédé qui consiste pour l'acheteur public lorsqu'il l'a décidé, à mettre sur son site le dossier de consultation des entreprises (DCE)². C'est une opération essentiellement

¹ LAJOI (TH) et HISLAIRE (L), «les marchés publics dématérialisés», op.cit, p.59.

² Le DCE étant défini comme l'ensemble des documents élaborés par l'acheteur public destiné aux entreprises intéressées par le marché et dans lesquels elles doivent trouver les éléments pertinents pour l'élaboration de leurs candidatures et leurs offres. Il convient de préciser que le règlement de consultation n'est pas un document du DCE. Il est plutôt un document qui complète l'AAPC car comme l'indique le décret, ce règlement est facultatif si les mentions qui doivent y être portées figurent dans l'avis d'appel public à la concurrence, La Lettre de consultation occupe aussi une place particulière dans la mesure où seuls les candidats sélectionnés dans le cadre d'une procédure restreinte ou négociée pour présenter une offre, en sont destinataires ou y ont accès. LAJOI (TH) et HISLAIRE (L), «les marchés publics dématérialisés», op.cit, p.60.

technique qui suscite néanmoins des questions sur le plan juridique¹. De ces documents, une liste exhaustive ne peut être dressée. Si le règlement de consultation et le cahier des charges d'un marché sont des pièces habituellement remises aux candidats, les documents et renseignements complémentaires sont aussi divers qu'il y a de marchés. Pour exemple, doivent y figurer un projet d'acte d'engagement à compléter, et selon les cas le cahier des clauses administratives particulières (CCAP) et le cahier des clauses techniques particulières (CCTP) rédigés par l'acheteur, et tout autre document dont il considère qu'il présente un intérêt en l'espèce. Sur leur contenu informatif, il y a lieu de penser qu'il devrait être exactement identique à celui des pièces qui seront remises aux personnes qui demandent une transmission sur un support papier ou éventuellement sur un support physique électronique, en application du principe d'égalité de traitement des candidats. En ce qui concerne le format électronique de ces documents, le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, implique que l'acheteur en choisisse un ou plusieurs qui soient largement disponibles parmi les professionnels susceptibles d'être intéressés par le marché pour que ces derniers puissent le lire et le télécharger.

Pour les marchés dont l'acheteur estime que les documents contiennent des informations dont une large diffusion peut être préjudiciable pour des motifs de sécurité, il est rappelé que la mise en ligne de ces documents est une faculté. En outre, le choix d'une procédure restreinte pourrait également répondre à cette préoccupation. En effet, si la sélection des candidats admis à présenter une offre s'effectue notamment au regard de qualités permettant d'assurer le respect de la confidentialité des informations qu'ils auront à connaître, la diffusion desdites informations sera naturellement réduite aux candidats sélectionnés.

b. La mise en ligne des documents.

La dématérialisation des marchés publics consiste à remplacer le support « papier », dans les échanges de documents entre la collectivité publique acheteuse et les entreprises candidates, par le support numérique qui est transmis par la voie électronique. Il faut signaler à ce sujet que l'ensemble des règles juridiques qui sont applicables à la commande publique effectuée par voie classique (en utilisant le support « papier ») le sont aussi à la commande publique dématérialisée. Avant de répondre à une vraie consultation par voie électronique ou de renseigner une base de données fournisseurs ou de participer à une procédure d'enchères inversées, toute société doit d'abord disposer d'un compte sur le

¹ L'article 147 reprend cette liste, à l'exception de la lettre de consultation, en précisant que la mise à disposition se fait sur un réseau informatique. La liste de ces documents peut être modifiée ou complétée par arrêté du ministre chargé des finances après avis de la commission des marchés. Les conditions de publication des documents précités dans ce portail sont fixées par ledit arrêté. Il faut d'abord noter que cette disposition ne s'impose que pour les marchés qui entrent dans le champ d'application de l'article 147. Pour les autres, il appartiendra à la personne publique de choisir les documents qu'elle estime suffisants pour conduire à la conclusion d'un marché tout en respectant les principes auxquels doit obéir la passation d'un marché. Aussi le décret de 20 mars 2013 relatifs aux marchés publics, prévoit un dispositif particulier pour la lettre de consultation, qui ne concernant que les procédures restreintes ou négociées, est envoyée ou accessible aux candidats selon des modalités particulières.

portail des marchés publics et vérifier ensuite l'environnement technique de son poste de travail pour s'assurer qu'il répond aux prérequis exigés par le portail des marchés publics¹. Elle doit également faire des essais sur la consultation de tests et le plus important, c'est de disposer d'une signature électronique par l'obtention d'un certificat de signature, certifié par Barid Al Maghrib, la seule autorité au Maroc de certification agréée. Il est précisé qu'une signature scannée ne constitue pas une signature électronique. Les nouvelles dispositions réglementaires qui encadrent la dématérialisation des marchés publics sont applicables depuis janvier 2015. Toutefois, les dispositions relatives aux modalités de dépôt des plis de l'ouverture et de l'évaluation des offres des concurrents par voie électronique entrent en vigueur à compter du : 1^{er} janvier 2015 pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur à cinq millions (5.000.000) de dirhams hors taxes ; 1^{er} janvier 2016 pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur à deux millions (2.000.000) de dirhams hors taxes ; 1^{er} janvier 2017 pour tous les marchés, quel que soit leur montant estimé.

Les enjeux pour l'entreprise sont capitaux et ce, à plus d'un titre : une diminution des coûts engendrés par sa participation aux appels d'offres à travers des économies considérables de papier, de frais postaux, de frais de déplacement et d'hébergement, un gain de temps important pour la constitution des dossiers, la préparation des offres, la possibilité de garder en mémoire tous les documents à fournir et la diminution des risques d'erreur dans la préparation et la présentation des offres et c'est surtout ne pas être dépassé par un processus numérique qui, inéluctablement, va se développer de plus en plus à l'avenir et être au rendez-vous de demain lorsque le processus de la dématérialisation sera rendu obligatoire². La personne publique est tenue de publier un AAPC dans deux journaux à diffusion nationale choisis par le maître d'ouvrage, dont l'un est en langue arabe et l'autre en langue étrangère. Il est également publié dans le portail des marchés publics.³ Hormis les cas où la publication dans la presse officielle ou non d'un AAPC est prévue, aucune autre forme de publicité n'est proposée par le décret des MP ni d'ailleurs exclue. Il peut être admis qu'une publicité opérée par la voie électronique sur le site de la personne publique est toujours possible.

Toutefois, il convient de souligner que le recours exclusif à une publicité électronique doit s'apprécier en tenant compte des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Autrement dit, le site doit bénéficier d'une notoriété et d'une audience suffisante auprès des entreprises éventuellement intéressées par le marché concerné⁴. Dès lors, dans un premier temps, le

¹ Mustapha BELHAJJAME : « La réussite de la dématérialisation passe par trois axes importants, à savoir : l'information, la sensibilisation et la formation de tous les acteurs intervenant dans l'achat public. » <https://www.cfcim.org/magazine/21881>

² Idem

³ https://www.oneplanetnetwork.org/sites/default/files/etude_juri_apd_maroc.pdf

⁴ Vade-mecum juridique, « sur la dématérialisation des marchés publics », 2004, voir site <http://www.marche-public.fr/contrats-publics/vade-mecum-juridique-dematerialisation-marches-publics-2004-plan.htm>

recours à une publicité électronique pourrait venir en complément d'une autre publicité¹. Ces documents doivent-ils être signés par l'acheteur ? Il semble toutefois que la signature électronique du DCE ne soit pas nécessaire pour deux raisons : d'une part, on imagine mal que l'acheteur public qui disposerait d'un site sur lequel seront mis en ligne les DCE ou le prestataire qui berge ce site en son nom, n'aient pas prévu un dispositif qui permette de contrôler et de valider la mise en ligne des documents qui y figurent. D'autre part, à ce jour sont largement disponibles plusieurs formats électroniques qui permettent aux soumissionnaires de travailler sur ces derniers, seule leur version conservée par l'acheteur dans un format protégé en écriture faisant foi.

B) La liberté des entreprises en choix du mode de transmission des documents :

Il n'existe aucune obligation pour les entreprises intéressées de prendre connaissance du règlement de consultation et du DCE par la voie électronique (a). Elles peuvent toujours demander une transmission par la voie postale ainsi que la forme des documents qu'elles souhaitent recevoir. Ceci suppose que la personne publique qui choisit de mettre les documents de la consultation en ligne doit pouvoir fournir ces documents sur un support papier ou un support physique électronique. L'identité du contenu des documents sur leurs différents supports impose à l'acheteur d'exercer un contrôle préalable à leur communication aux entreprises, une discordance pouvant s'analyser comme une atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats.

Au Maroc, la mise en œuvre du programme de dématérialisation de la commande publique s'inscrit dans le cadre de la l'application des recommandations de l'initiative Maghrébine de modernisation des marchés publics. Cette initiative vise à : Améliorer l'efficacité de la gestion des marchés de l'État; Faciliter l'accès des opérateurs économiques aux opportunités d'affaires offertes par les marchés publics des différents pays de la région. (b)

a. Les communications et échanges des documents dématérialisés :

Conformément à l'article 5 de l'arrêté du ministre de l'économie et des finances n° 20-14, les personnes intéressées, dans le cadre d'un appel d'offres ouvert, et les candidats invités à présenter une offre, dans le cadre d'une mise en concurrence simplifiée, d'un appel d'offres restreint ou d'une procédure négociée, doivent pouvoir également consulter et archiver sur leur ordinateur le cahier des charges, les documents et renseignements complémentaires². A cet effet, ils fournissent le nom de l'organisme, le nom de la personne physique téléchargeant les documents et une adresse permettant de façon

¹Vade-mecum juridique, «sur la dématérialisation des marchés publics», 2004, voir site <http://www.marche-public.fr/contrats-publics/vade-mecum-juridique-dematerialisation-marches-publics-2004-plan.htm>.

² Article 5 de l'arrêté du ministre de l'économie et des finances n° 20-14 du 8 Kaada 1435 (04 septembre 2014) relative à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics. B.O n° 6300 -21 hijja 1435, 16/10/2014, p.4197.

certaine une correspondance électronique assortie d'une procédure d'accusé de réception¹. Trois types de documents mis en ligne doivent être distingués quant à leurs modalités d'accès : a) le règlement de consultation² : le RC doit pouvoir être consultée et archivé par toute personne intéressée. Ceci suppose donc qu'il soit totalement libre d'accès à toute personne qui le souhaite. Aucune discrimination ni aucune formalité préalable ne doivent en restreindre sa publicité. La personne qui consulte et/ou archive peut ne pas avoir comme objectif de présenter ultérieurement une candidature pour le marché concerné, b) le cahier des charges, les documents et renseignements complémentaires : ceux-ci peuvent être consultés ou archivés sous réserve de respecter une formalité préalable en distinguant deux types de demandeurs suivant la procédure de passation du marché.

La formalité préalable consiste pour le demandeur à fournir préalablement à l'acheteur les trois informations suivantes : «le nom de l'organisme» au nom duquel consultation et archivage des documents sont présumés être demandés ; le « nom de la personne physique téléchargeant le document » ; soit le nom de la personne supposée agir pour le compte de l'organisme précité, et «une adresse permettant de façon certaine une correspondance électronique assortie d'une procédure d'accusé de réception» c.-à-d. une adresse électronique qui lorsque la personne publique y envoie un message avec demande d'accusé de réception, peut de manière certaine lui accusé réception de ce message³.

Il faut souligner que la fourniture de ces informations est laissée à l'entière responsabilité du demandeur et que rien ne laisse supposer que l'acheteur soit tenu de vérifier leur exactitude. Aussi le demandeur qui aurait fourni une information erronée ne serait tiré du fait que l'administration ne l'a pas vérifiée et n'a pu lui transmettre une nouvelle version des documents un motif pour lui reprocher d'avoir porté atteinte à l'égalité de traitement des candidats. Sont différenciés comme demandeur «les personnes intéressées» et les «candidats invités à présenter une offre». Les premières se définissent comme précédemment indiqué au sujet de l'accès au règlement de consultation, soit toute personne qui le souhaite. Les seconds selon la terminologie utilisée dans le décret des MP sont les seules personnes qui ont déjà fait l'objet d'une présélection par laquelle elles ont été retenues selon le cas pour présenter une offre ou pour négocier. C'est le caractère ouvert ou restreint de la consultation qui permet de déduire ceux qui auront accès au cahier des charges et aux documents et renseignements complémentaires. Il peut être déduit que les demandeurs du cahier des charges et aux documents et renseignements complémentaires sont ; d'un part, des personnes intéressées dans le cadre d'un appel

¹Dans le contexte de la dématérialisation ; il faut entendre par consulter le fait pour la personne qui va sur le site de l'acheteur de pouvoir lire le document, et par archiver et télécharger celui pour cette personne d'enregistrer sur son pc une copie électronique du document. L'objectif de ces dispositions est d'assurer la publicité la plus large et la mise à disposition la plus rapide possible des documents qui doivent permettre aux entreprises d'apprécier leur intérêt pour soumissionner aux marchés concernés et de préparer leurs candidatures et leurs offres. Ibid.

² Ibid. Article 8.

³ Il ne s'agit pas ici de recourir à une demande d'accusé de réception automatique, techniquement difficile à obtenir de façon certaine entre plusieurs systèmes de messagerie distincts, mais d'une demande explicite d'accusé de réception auquel le destinataire doit également répondre de façon explicite.

d'offre ouvert et d'une procédure de concours ouvert et, d'autre part, des candidats invités à présenter une offre ou à négocier dans le cadre d'un appel d'offre restreint ; d'une procédure négociée, d'une procédure de concours restreint¹. A la lettre de consultation sont généralement jointes d'autres informations relatives à la suite de la procédure en cours et à l'objet du marché.

Le décret des marchés publics 2013, prévoit qu'il peut l'envoyer par la voie électronique aux candidats retenus en les invitant à retirer le dossier de la consultation sous la forme d'un document électronique sur son site. Cette possibilité doit être mentionnée dans l'AAPC. Les conditions et les modalités du dépôt et le retrait des plis et des offres des concurrents sont définies par arrêté du ministre chargé des finances après avis de la commission des marchés². La personne publique adressera alors aux candidats sélectionnés qui ont transmis leur dossier de candidature par voie électronique un message leur précisant le mode d'identification qui leur permettra de retirer la lettre de consultation, son accès étant réservé aux seuls candidats sélectionnés.

b. Les enjeux économiques de la dématérialisation de la commande publique :

Cette révolution dans les processus de commande publique constitue sans nul doute un défi important tant pour les acheteurs publics (administration centrale ou collectivité locale) que pour les fournisseurs³.

* Des économies directes sur les coûts de transaction: D'un point de vue purement technique, l'e-procurement est avant tout une solution destinée à l'optimisation et la rationalisation de la fonction achat et des modes d'approvisionnement par le biais de technologies Internet, l'objectif étant de réduire tant les coûts que les délais de traitement des commandes. L'e-procurement fait également appel à l'utilisation de catalogues électroniques et d'outils dits de workflow permettant de gérer, de simplifier et d'automatiser les processus de décision et d'approvisionnement. S'agissant du recours à l'e-procurement pour les acheteurs publics, c'est l'intégralité des étapes allant de la décision d'achat à la réception des produits qui peut être dématérialisée.

¹ Il remarquer que les personnes intéressées, il suffira de donner les informations requises par le texte pour accéder aux documents ; pour les candidats invités à présenter une offre ou à négocier qui devront aussi donner les informations précitées, l'acheteur aura dû préalablement les informer de la sélection de leur candidature et prévoir sur son site un accès aux documents discriminé en leur faveur. c) la lettre de consultation : la lettre de consultation est prévue explicitement dans le décret des MP dans le cadre de deux procédures : l'appel d'offre restreint et la procédure négociée. Elle a pour objet après une présélection des candidats par l'acheteur de les informer qu'ils sont invités à présenter une offre. Bien qu'elle ne soit pas prévue dans le cadre des autres procédures dites restreintes, une invitation à présenter une offre y paraît aussi nécessaire même si elle n'est pas explicitement qualifiée de lettre de consultation. décret du 20 mars 2013 des marchés publics 2013, précité.

² Article 148 du décret des marchés publics 2013, précité, stipule que «Le dépôt et le retrait des plis et des offres des concurrents peuvent être effectués par voie électronique dans le portail des marchés publics (...)».

³ La commande publique dématérialisée est encadrée par le décret n° 2-12-349 du 20-03-2013 relatif aux marchés publics; la décision du premier ministre n° 3-71-07 du 18-09-2007 relative au portail des marchés de l'Etat³ ; et le dahir n° 1-07-129 du 30-11-2007 portant promulgation de la loi n° 53-05 relative à l'échange électronique des données juridiques, précitée.

Ainsi en est-il de la publication électronique des avis d'appel à candidatures, de l'information des fournisseurs sur l'appel d'offres, de la publication des cahiers des charges, de la réception et de l'archivage des réponses¹.

L'usage des NTIC favorise la commande électronique sur catalogue ou le suivi logistique de la commande. Enfin, la dématérialisation autorise la facturation électronique, et l'automatisation du paiement et de la comptabilisation. Apparaissent ici deux formes de gains: des gains financiers directs découlant de la diminution des frais postaux, de copie ou de reproduction, de publicité, etc. et des gains plus difficilement quantifiables en temps, dans la collecte et la transmission d'informations, ainsi que dans les échanges entre pouvoirs adjudicateurs et entrepreneurs : ils peuvent résulter aussi de l'harmonisation des méthodes de travail des personnes responsables des marchés qui génère une réduction sensible des délais de procédure en interne et évite les duplications. La diminution des risques d'erreurs grâce au traitement informatisé des données contenues dans les offres est également à mettre au crédit des procédures dématérialisées, d'autant que certaines études estiment que 30 % du temps pris par le processus d'achat serait utilisé à la correction de ce type d'erreur². La réduction du temps nécessité par la commande publique passe aussi par la gestion plus commode des masses de données que secrètent les marchés, et l'abrègement des délais de paiement.

Néanmoins il est difficile de convertir le temps gagné grâce à la dématérialisation de la commande publique en gains financiers, sauf en réaffectant les emplois devenus inutiles. Or, il est sans doute complexe pour l'administration ou la collectivité concernée d'évaluer quelle utilisation est faite du temps ainsi gagné par l'ensemble des personnels engagés dans la chaîne d'approvisionnement. Enfin, a posteriori, cette informatisation du processus permet une meilleure gestion des achats et des coûts, puisque les détails des marchés passés deviennent plus aisément disponibles et comparables.

* Évaluation des gains indirects : Un certain nombre d'études ont tenté de chiffrer les économies qui peuvent ainsi être réalisées. Ces chiffres ne sont qu'indicatifs, tant il paraît difficile aujourd'hui d'obtenir de la comptabilité publique des indications, précises sur les coûts de la fonction d'achat des administrations, et parce que la comparaison avec les données issues de l'étude des gains constatés dans les entreprises privées n'est pas nécessairement pertinente.

Dans le domaine public, le Canada, dont on a précisé qu'il est doté depuis 1992 d'un système de passation électronique de marchés publics, a attribué, en 2001, plus de quarante mille marchés de façon dématérialisée. L'agence d'achat central du gouvernement fédéral aurait ainsi économisé, par an, l'équivalent d'un million d'euros en avis de publicité dans la presse pour un coût de mise en service du système estimé à sept

¹Vade-mecum juridique, «sur la dématérialisation des marchés publics», 2004, voir site <http://www.marche-public.fr/contrats-publics/vade-mecum-juridique-dematerialisation-marches-publics-2004-plan.htm>.op.cit, p. 67.

² Vade-mecum juridique, «sur la dématérialisation des marchés publics», op.cit, p. 68.

cent mille euros. L'intérêt économique de la dématérialisation passe avant non pas par l'amélioration d'un processus existant mais par des modifications dans la nature du processus d'achat. Les gains à en attendre sont moins directement tangibles.

§2. La transparence de la commande publique électronique:

Après une période d'observation variable, les États ont entrepris de tirer les leçons de l'apport de l'internet à la gestion publique¹. Par exemple, convaincus que les lois du marché ne pouvaient qu'être profitables à la gestion publique, les États-Unis ont très tôt fixé un cadre libéral; le Maroc a vu également dans l'usage des nouvelles technologies un moyen de donner une nouvelle impulsion au marché intérieur, grâce aux possibilités offertes par Internet pour mettre en relation acheteurs et vendeurs à l'échelle national et international dans un cadre flexible et plus transparent (**A**).

Les États ont un rôle majeur à jouer pour que l'accès aux nouvelles technologies bénéficie à tous. Le domaine de l'achat public est apparu comme l'un de ceux où elles peuvent contribuer à permettre un accès plus large des entreprises à la commande publique dont l'application reste limitée à la phase de sa passation (**B**). Ce n'est pas un hasard si de nombreux rapports ont insisté sur le caractère exemplaire que peut avoir la dématérialisation des appels d'offres et l'achat public en ligne en vue de développer l'usage des nouvelles technologies au sein des entités publiques.

A) La dématérialisation : transparence et flexibilité :

Garantir la transparence (**a**), et la flexibilité de la commande publique (**b**), est la clé à renforcer tous les stades de la commande publique pour assurer la liberté d'accès (possibilité d'avoir librement connaissance des besoins émis par la personne publique) et l'égalité de traitement (interdiction de toute discrimination qui concerne tous les stades de la procédure).

a. La transparence :

En automatisant le processus selon des règles claires connues de tous, la dématérialisation de la commande publique rend de facto l'achat public plus transparent. Or, la mise en place de procédures de passation de marchés publics plus transparentes, si elle bénéficie en premier lieu aux entreprises fournisseurs de biens ou de services, est profitable également, à terme, à l'acheteur public et aux citoyens².

Une information claire sur les différentes étapes du processus de passation permet aux offreurs potentiels de prendre les décisions pertinentes sur le fait de participer ou non à un marché, et sur les moyens d'améliorer leurs propositions de manière à mieux répondre aux attentes et aux besoins de l'acheteur public. De plus si, en retour, l'acheteur transmet

¹ LORENZ (F), «commerce électronique : une nouvelle donne pour les consommateurs, les entreprises, les citoyens et les pouvoirs publics», MINEFI, 7 janvier 1998.

² MOISE (E) et GROSSO (G.M), «transparency in government procurement : the benefits of efficient governance and orientation for archiving», document de travail, OCDE, 2001.

suffisamment d'informations sur le résultat d'un marché passé, ces informations aident les entreprises à améliorer leurs offres futures.

Les fournisseurs gagnent ainsi en confiance vis-à-vis de la commande publique et le nombre des offreurs potentiels s'accroît.

L'amélioration de la transparence dans les marchés publics peut également profiter aux entreprises de taille petite ou moyenne, qui souvent manquent d'information sur les marchés publics. Cet accroissement de la transparence permet également d'améliorer la comparaison des coûts et des performances des fournisseurs, notamment dans le cas du recours aux catalogues électroniques.

Ainsi l'amélioration de la transparence des procédures contribue à augmenter l'efficacité de l'allocation des ressources grâce à l'accroissement de la concurrence et de la qualité de cette dernière qui en résulte. Cette intensification de la pression concurrentielle est un levier puissant de réduction des coûts et d'amélioration de la qualité, profitable aux acheteurs¹.

Il est utile de rappeler les risques liés à une trop forte transparence qu'autorise la dématérialisation, notamment en ce qui concerne le recours aux catalogues informatiques comme outils d'approvisionnement, et la transmission a posteriori d'informations détaillées en ligne sur un marché passé. Le Conseil de la concurrence a en effet indiqué² que «la transparence est parfois présentée comme une solution aux pratiques de prix abusivement élevés. Elle peut cependant présenter des inconvénient sur un marché concentré».

Le Conseil rappelait un arrêt du tribunal de première instance des communautés européenne³ qui décrivait ainsi le phénomène : «en principe, la transparence entre les opérateurs économiques est, sur un marché véritablement concurrentiel, de nature à concourir à l'intensification de la concurrence entre les offreurs, dès lors que, dans une telle hypothèse, la circonstance qu'un opérateur économique tienne compte des informations dont il dispose pour adapter son comportement sur le marché n'est pas de nature, compte tenu du caractère atomisé de l'offre, à atténuer ou à supprimer, pour les

¹ La publication d'un avis d'appel public à la concurrence est des obligatoire en dessous du seuil de quatre-vingt-dix mille euros et ce dès le premier euro même s'il revient au pouvoir adjudicateur d'organiser au mieux la publicité adéquate. L'intérêt que peut constituer la diffusion sur Internet d'informations relatives à la passation des marchés est évident, notamment en ce qui concerne la rapidité et la commodité d'accès à la formation. À titre d'illustration, il est à noter que depuis octobre 1999 le Chili possède un portail électronique pour l'achat public. Le gouvernement chilien fait état de gains de l'ordre de 10 % à 15 %, qu'il estime notamment dus à l'établissement de bases de données permettant à un nombre beaucoup plus important d'offeurs potentiels d'être invités à participer. DE ROY (D), «La dématérialisation des procédures liées aux marchés publics: enjeux, défis et opportunités actuelles», l'entreprise et le droit, 2001/4, p.p 326-334.

² Avis 00-A-12 du Conseil de la concurrence du 31 mai 2000 sur le prix de l'eau en France. Cf.C. Montalcino, DGCCRF, in Elie Cohen et Michel Mougeot, «Enchères et gestion publique», rapport du Conseil d'analyse économique, la Documentation française, 2001.

³ TPI, 27 octobre 1994, aff. Fiatagri ; T 34/92, rec. II ; page 905.

autres opérateurs économiques toute incertitude quant au caractère prévisible des comportements de ses concurrents: (...)

En revanche, un échange d'informations précises (...) est de nature, sur un marché oligopolistique fortement concentré, (...) à altérer sensiblement la concurrence qui subsiste entre les opérateurs économiques». Le message est clair: c'est aux seules fins de l'accroissement de la concurrence qu'elle est en mesure de générer, que doit être envisagée la large transmission d'informations en ligne autorisée par la dématérialisation.

b. La flexibilité :

Le recours à des solutions d'e-procurement peut également être source d'une grande flexibilité que le formalisme des procédures traditionnelles n'autorise pas. Cette flexibilité permet, elle aussi, d'améliorer l'efficacité de la commande. Deux arguments peuvent être évoqués. En premier lieu, les coûts de gestion de stocks peuvent être limités dès lors que la dématérialisation permet d'accéder à une commande publique de type «juste à temps».

La facilité d'utilisation de cette nouvelle technologie et son faible coût d'usage permettent de réaliser des achats de manière plus fréquente et mieux adaptés aux besoins du moment. De plus, cette facilité d'usage peut être (et doit être) l'occasion de réorganiser les procédures internes, ce qui peut autoriser une plus mutualisation des achats.

Cette mutualisation sur une même classe de produits ou de services des appels d'offres de différentes personnes responsables de marché est souvent présentée comme un facteur indispensable à une bonne gestion des achats effectués de manière dématérialisée. L'enjeu est de faire bénéficier l'acheteur public du maximum des économies d'échelles qui peuvent exister¹.

¹ À titre d'illustration, il est à noter que plusieurs pays, dont la Grande-Bretagne, ont passé pour l'ensemble de leur secteur public des accords de licence pour l'usage d'outils logiciels pour PC, qui harmonisent favorablement les prix quel que soit le niveau de commande des services administratifs acheteurs. Cependant, la mutualisation des achats ne doit pas non plus être une fin en soi et si cette opportunité offerte par la flexibilité que permet la dématérialisation peut constituer un atout supplémentaire, elle ne doit être envisagée que si le volume d'achat agrégé demandé ne constitue pas en lui-même une entrave au jeu d'une pleine concurrence. LAJOIE (TH) et HISLAIRE (L), «les marchés publics dématérialisés», op.cit, p. 68.

B) L'application limitée de la dématérialisation à la phase de passation de la commande publique.

Au regard de la lettre du décret des marchés publics, seuls les actes accomplis pendant la phase de passation de marché sont concernés par la dématérialisation **(a)**. Néanmoins, en analysant au plus près les textes du décret de mars 2013, certains tempéraments peuvent être apportés **(b)**.

a. Aux actes précontractuels concernant la seule phase de passation :

Les actes de procédure concernés par la dématérialisation sont à deux catégories :

* Les actes implicitement visés : sont ceux qui concourent à la formation de l'offre. Sont donc visés les documents constitutifs du marché, tels que : le règlement et la lettre de consultation, le cahier des charges et les documents et renseignements complémentaires; les candidatures et offres des soumissionnaires communiquées à la personne, sauf disposition contraire formulée dans l'avis de publicité, les offres faites par les candidats dans le cadre de l'achat de fourniture courantes par voie d'enchères dématérialisées, dans l'attente de la publication du décret d'application.

Cela concerne donc à la fois le contenu des actes, lequel peut être rédigé sous une forme numérique, mais ainsi les échanges concourant à la transmission de ces documents.

* Les actes indirectement concernés : en dehors des actes de procédures explicitement visés par le décret, certains actes prévus par ce même texte et accompli dans le cadre de la procédure de passation, sont indirectement concernés.

Le décret admet le recours à la procédure dématérialisée, à titre alternatif, pour toutes les phases de la procédure de passation nécessitant un écrit, autrement ; les dispositions du présent décret qui font référence à des écrits ne font pas obstacle au remplacement de ceux-ci par un support ou un échange électronique¹. Certains éléments même du décret tendent vers une réponse positive/ en effet, le décret admet implicitement que le principe de la mise en concurrence des candidats soit mis en œuvre par "tout moyen"². Cependant, la portée de cette déduction mérite d'être atténuée.

¹ Cela signifie que, tout comme le code civil l'a fait avant lui, le décret des marchés publics de 20 mars 2013, précité, reconnaît la même valeur juridique à l'écrit électronique et à l'écrit manuscrit. Ce qui induit qu'un marché public pourrait être passé aussi bien par écrit manuscrit "traditionnel", que par écrit numérique : le marché public est donc susceptible d'être passé sous une forme dématérialisée, mais aussi conclu sous cette forme. Dès lors, le contrat du marché public peut-il être un contrat totalement dématérialisé ? En partant du principe énoncé plus haut, tout concourt vers cette conclusion. D'autant plus que, selon le décret, la caractéristique de l'écrit constitue un élément essentiel dans la définition même du marché public : «(...) les marchés publics sont des contrats écrits».

² Soit en mentionnant la formule «par tout moyen» ; c'est notamment le cas de l'appel d'offre (A.O) de droit commun, de celui des A.O avec mise en concurrence simplifiée, ou d'un AO restreint ; Soit en se référant à des écrits : en vertu du principe et de l'état des techniques actuelles de numérisation, cela concerne tous les écrits entrant en jeu dans la phase de passation, tels que les pièces constitutives du marché prévues comme telles par le décret, cela concerne donc (l'acte d'engagement, les bons de commande, le programme de conception-réalisation et ses études de conception et le cahier des charges). Les documents accessoires aux offres et spécifiques à la capacité des candidats (c.-à-d. l'attestation sur l'honneur du candidat qu'il a satisfait aux obligations fiscales et sociales qui lui incombent et les

Tout d'abord, d'un point de vue technique, tous les actes relatifs à la phase de passation ne peuvent être accomplis sous une forme dématérialisés : pour certains d'entre eux, il est impossible de recourir à ce procédé, notamment l'audition des candidats requise dans le cadre d'un A.O sur performances. Sauf peut-il être, dans l'hypothèse de la visioconférence: l'audition serait rendue possible par écrans interposées ?

Ensuite, juridiquement, en l'absence de renvoi explicite à la loi 53-05 texte essentiel qui admet que l'écrit sur support papier et l'écrit électronique ont la même force probante. Une telle équivalence ne peut être reconnue (sauf par texte normatif ou par le juge) aux écrits numérisés et manuscrits utilisés dans le cadre de la procédure de passation. Le champ d'application du principe de la dématérialisation des procédures de passation est de ce fait susceptible de se révéler plus prolifique que sa lettre ne le laisse entendre¹.

b. Les actes de procédures exclus de la dématérialisation :

Les actes contractuels proprement dits et les actes post-contractuels, sont uniquement concernés par la voie dématérialisée, les actes concourant à la formation de l'offre. Cela signifie que seuls les actes précontractuels concourant à la formation ne sont visés par le décret. Autrement dit, la dématérialisation ne concerne que la phase de passation du marché public, et non pas les phases ultérieures, notamment celles concernant la conclusion du marché ou son exécution.

Ne peuvent pas être effectuées par voie électronique: la sélection des offres soumises à la personne publique; la notification du marché; la conclusion du marché et le paiement de la prestation sélectionné. Ces exclusions peuvent légitimement se justifier aussi bien par des raisons techniques que juridique.

A priori, il est difficile de mettre en œuvre la procédure propre à la sélection des offres par des moyens électroniques, tant les données devant être appréhendées par un système informatique sont diverses et variées: en effet, comment rendre possible la sélection d'une offre au détriment d'une autre par le biais de l'informatique, alors que les critères qui entrent en ligne de compte sont différents, étant donné que les soumissionnaires se distinguent entre eux selon leur offre ?

Comment faire comprendre la notion de «mieux-disant» à un système informatique, notion qui fait entrer en ligne de compte des données qualitatives et objectives, alors que celui-ci ne comprend que des données quantitatives ? En effet, il est difficile de faire comprendre à un tel système que la personne à sélectionner doit faire preuve d'une certaine expérience dans le domaine concerné par le marché public, si ce n'est qu'en

observations qu'il peut formuler dès lors qu'il a été sanctionné pour une attestation inexacts), les conventions d'achat groupé, les offres groupées, les avis adressés par la commission d'appel d'offre et les décisions du jury de l'A.O sur concours, les avis d'appel à la concurrence dans le cadre d'un AO sur performances ou sur concours ou d'un A.O ouvert. Soit en mentionnant expressément l'absence de formalités écrites pour la passation : ce qui est le cas des procédures négociées et les marchés dont le montant est inférieur de mise en concurrence. Décret des marchés publics du 20 mars 2013, précité

¹ LAJOIE (TH) et HISLAIRE (L), «les marchés publics dématérialisés», op.cit ; p. 70.

l'ayant programmé à l'avance: concernant la phase de notification du marché, a comprendre que cela ne soit pas possible par la voie de la dématérialisation.

Le décret des marchés publics requiert que cette notification soit passée par écrit par la personne publique elle-même. De même, il soumet à des délais brefs la réponse négative aux soumissionnaires rejetés et demande que la notification du marché ait date certaine. Cela fait entrer en ligne de compte plusieurs obligations légales que la dématérialisation peut, a priori, difficilement prendre en charge: - l'imputabilité de l'écrit électronique à la personne publique et sa non-répudiation; la date certaine de l'écrit dématérialisé; la preuve de la réception de l'écrit électronique de rejet. Or; les solutions techniques existent et prennent en compte ces exigences légales (notamment la signature électronique).

La dernière et la plus flagrante modification des processus d'achat public que la dématérialisation autorise est le recours à l'enchère électronique, qui doit prendre la forme d'une enchère inversée. Cette innovation notoire mérite une analyse spécifique¹.

D'une part parce qu'elle marque une rupture évidente dans les procédures d'enchères utilisées dans l'achat public, d'autre part, parce qu'elle cristallise un grand nombre d'interrogations et d'inquiétudes tant de la part des acheteurs eux-mêmes que des fournisseurs.

Le recours à l'enchère électronique inversée est souvent injustement critiqué par les uns et excessivement valorisé par les autres. Il est nécessaire de bien comprendre cette évolution, de discerner ce qu'elle peut modifier par comparaison aux traditionnels appels d'offres sous plis cachetés, et de saisir les possibilités spécifiques qu'elle autorise. Les enchères électroniques inversées concernent en priorité les achats de fournitures courantes dont le critère d'attribution du marché est le prix, sur la base de spécifications techniques précises. Le principe consiste à mettre en concurrence en temps réel des soumissionnaires pour aboutir au prix le plus bas sur la base d'un dossier de consultation donnant les spécifications techniques de la prestation à commander.

¹ LAJOIE (TH) et HISLAIRE (L), «les marchés publics dématérialisés», op.cit ; p. 72.

Section II : Enchères électroniques inversées : Les conditions de mise en œuvre des procédures.

En application des dispositions de l'article 151 du décret n° 2-12-349 susvisé, le maître d'ouvrage peut recourir à la procédure des enchères électroniques inversées pour les marchés de fournitures courantes portant sur l'acquisition des produits existants dans le commerce et qui ne nécessitent pas de spécifications particulières, dans les conditions prévues dans section III du décret. Le maître d'ouvrage publie l'avis d'enchère électronique inversée, tel que prévu par l'article 151 du décret n° 2-12-349 susvisé et le publie au niveau du portail des marchés publics¹.

Les enchères électroniques inversées démarrent par l'ouverture d'une salle virtuelle sécurisée accessible à des fournisseurs invités à s'y connecter dans le cadre d'un calendrier précis (date et durée des enchères). Les soumissionnaires proposent des offres de prix qui évoluent à la baisse durant la plage horaire spécifiée, à l'issue de la durée impartie pour les enchères, le marché est attribué au soumissionnaire ayant proposé le prix le plus bas.

Le principe consiste à mettre en concurrence, en temps réel, des soumissionnaires pour aboutir au prix le plus bas sur la base d'un dossier de consultation donnant les spécifications techniques du produit à acheter. Ce système a fait preuve, dans d'autres pays, d'efficacité pour obtenir des conditions tarifaires d'achat optimisées ² (§2).

Ainsi, l'enchère inversée n'est rien d'autre que la transposition de la traditionnelle enchère ascendante (ou enchère anglaise³) à une procédure d'acquisition, la surenchère se faisant à la baisse. La réforme est de ce fait d'ampleur.

Faut-il pour autant en attendre une amélioration substantielle de l'efficacité de la commande publique ? (§1).

¹Le maître d'ouvrage publie l'avis d'enchère électronique inversée, tel que prévu par l'article 151 du décret n° 2-12-349 susvisé et le publie au niveau du portail des marchés publics. Le maître d'ouvrage publie, également, sur le portail des marchés publics le dossier de l'enchère électronique inversée tel que prévu par l'article 17 du décret, ainsi que les documents, les informations complémentaires, le cas échéant.http://www.lopinion.ma/def.asp?codelangue=23&id_info=42032, 14/11/2014.

² BENABED (S), «Les enchères électroniques inversées, un concept innovant pour l'achat public» ALKHAZINA Revue de la Trésorerie Générale du Royaume, «le programme de la dématérialisation de la commande publique au service de la transparence des marchés publics», n° 9, Août 2012, p. 30.

³ L'enchère anglaise: l'acheteur définit un prix de départ. Le fournisseur ne peut proposer qu'une offre meilleure que l'offre de tête. L'enchère s'arrête quand il n'y a plus d'offre et que le temps est terminé. L'offre la plus basse gagne.

§1- L'introduction des enchères électroniques dans le processus d'achat public :

L'enchère sous plis scellés constitue un moyen de faire jouer à l'incertitude sur les offres adverses un rôle analogue à celui exercé par le nombre d'agents sur un marché concurrentiel. Le conseil de la concurrence reconnaît¹ que «l'exercice de la concurrence suppose que chaque compétiteur soit dans l'incertitude quant à la stratégie adoptée par ses concurrents»². Ainsi, la procédure historique d'attribution des marchés publics est une procédure fermée, sous plis scellés. Elle reste en vigueur au Maroc pour les marchés qui ne seront pas passés sous forme d'enchère électronique.

Deux justifications techniques peuvent être avancées : la procédure sous plis scellés garantit l'anonymat des offres requis par le décret des marchés publics, et ne nécessite pas, car trop coûteuse, la présence simultanée de tous les acheteurs en un même lieu imposée par l'enchère inversée. Ces barrières sont levées grâce à la dématérialisation. Désormais, les progrès technologiques de cryptage numérique permettent d'assurer l'anonymat des offres, satisfaisant ainsi à l'une des obligations de la commande publique. De plus, la gestion en temps réel des plates-formes d'échanges virtuels permet d'organiser à moindre coût la mise en concurrence simultanée des offreurs, même si ceux-ci sont géographiquement éloignés. A cet effet il est temps de poser la question sur les résultats attendus de cette réforme (A), ainsi que le possible inconvénient que l'usage de telles procédures ferait courir aux entreprises (B).

A) Les résultats attendus de la mise en œuvre d'une enchère électronique inversée :

Le maître d'ouvrage publie, également, sur le portail des marchés publics le dossier de l'enchère électronique inversée tel que prévu par l'article 17 du décret n° 2-12-349, ainsi que les documents, les informations complémentaires, le cas échéant. Les concurrents peuvent consulter et télécharger le dossier de l'enchère électronique inversée, ainsi que les documents, les informations complémentaires le cas échéant, et ce, conformément aux conditions d'utilisation du portail des marchés publics. Faut-il pour autant en attendre une amélioration substantielle de l'efficacité de la commande publique ? Le recul que peuvent donner les résultats sur les marchés privés semblerait a priori encourageant. Du point de vue technique, les procédures ont montré leur applicabilité pour l'attribution de contrats simples mais également pour des travaux d'une grande complexité³. Certaines sociétés se prévalent même d'économies supérieures à 40% sur certains marchés. Il convient à nouveau de relativiser l'ampleur de ces chiffres et de mieux justifier leur origine si l'on ne veut pas risquer quelques déconvenues.

¹ Cf. Conseil de la Concurrence, Avis n° 00-A-25 du 20 novembre 2000 relatif à un projet de décret portant réforme du code des marchés publics.

² COHEN (E) et MOUGEOT (M), «*Enchères et gestion publique*», CAE, Paris, la Documentation française, 2001. Télécharger le livre sur : <http://offermaxs.com/download/f/livre.php?asin=2110050101>

³ Du point de vue des prix de passation, les quelques statistiques disponibles semblent en première lecture dépasser les espérances : les analyses fournies par les entreprises semblent indiquer des gains substantiels de l'ordre de 15%, <https://www.tgr.gov.ma/wps/wcm/connect/368a33f4-0745-4>

Ces statistiques sont généralement calculées en comparant le prix de départ de l'enchère, qui correspond à peu de chose près au prix historique constaté par l'acheteur public lors des acquisitions précédentes, au prix de fin d'enchère. La seule dynamique de l'enchère inversée serait à l'origine du bénéfice constaté (a).

Cette propriété remarquable qui fait qu'un changement de procédure induisant un changement de stratégie n'implique au total pas de changement dans le résultat de l'enchère a été confrontée à des hypothèses techniques plus contraignantes. Sans entrer dans les détails précis de cette riche littérature théorique, à retenir qu'il n'est pas possible d'établir de façon générale la supériorité d'un type d'enchères à un autre. Ce résultat doit-il pour autant faire douter de l'intérêt des enchères électroniques inversées dans la commande publique ? (b)

a. Le comparatif des avantages des procédures classiques/ dématérialisées :

En réalité, une analyse économique plus approfondie des mécanismes en œuvre s'impose. Qu'attendant concrètement de l'enchère inversée ? Quel est l'enseignement de la théorie ? Dans l'esprit de beaucoup, une vente aux enchères semble être une activité entièrement soumise aux caprices des acteurs, d'autant que des caractéristiques tellement humaines échapperaient tout à fait à la rigueur mathématique d'une théorie. Pourtant, la théorie des jeux permet de formaliser les mécanismes d'enchères et de d'indiquer clairement ses propriétés¹.

Typiquement, dans le traditionnel appel d'offres sous plis scellés au premier prix, pour tout niveau de son offre une entreprise doit évaluer deux arguments distincts: la probabilité d'être sélectionnée avec une telle offre et le profit réalisé en cas de victoire. Il est aisé de comprendre qu'une offre élevée accroît le profit en cas de sélection, mais réduit simultanément la probabilité de remporter le contrat. L'offre optimale résulte de l'arbitrage entre ces deux phénomènes.

En revanche, dans l'enchère inversée, la stratégie optimale est généralement beaucoup plus simple: chaque concurrent n'a qu'à observer l'évolution de l'enchère. Tant que le prix de passation est supérieur au coût de production de l'entreprise, c'est-à-dire tant que l'entreprise peu réaliser un profit positif, sa meilleure stratégie est de continuer l'enchère.

Dès que le prix courant devient inférieur au coût de l'entreprise, celle-ci abandonne la procédure. Ainsi, le passage d'un appel d'offres sous plis scellés au premier prix à une enchère inversée modifie les stratégies suivies par les agents, et le, différents formats d'enchère peuvent être évalués tant au regard de l'efficacité allocutive que du prix de passation.

¹ Une procédure d'enchères se caractérise par une règle de paiement (qui paie combien) et une règle de sélection (qui reçoit quoi). Dans un contexte où les entreprises sont seules à connaître leurs véritables coûts de réalisation des contrats ou de fourniture des biens demandés, mais où chacune peut partager des croyances sur les coûts des autres, une procédure d'enchères s'apparente à un jeu entre l'acheteur public et l'ensemble des offreurs en concurrence. Dans ce jeu, l'acheteur public a l'opportunité de choisir les règles d'attribution, sachant que face à une modification des règles, les entreprises vont adopter des stratégies différentes. LAJOI (T) et HISLAIRE (L), «les marchés publics dématérialisés », op.cit, p. 75.

b. Les stratégies des entreprises en enchère inversée :

L'enchère inversée possède une spécificité unique qui la distingue de l'enchère sous plis scellés au premier prix¹. En effet, la détermination de la stratégie d'une entreprise se fait par simple comparaison de son coût à au prix courant de l'enchère. Elle ne nécessite nullement la connaissance d'informations sur les coûts de ses adversaires. Tel n'est pas le cas de l'enchère sous plis scellés au premier prix pour laquelle la probabilité de gagner l'enchère, élément déterminant de la stratégie optimale, est conditionné par les croyances a priori qu'une firme possède sur ses adversaires.

Dès lors, dans le cas de l'enchère inversée, l'acquisition d'une information stratégique dite externe (c'est-à-dire sur les coûts des adversaires...), potentiellement coûteuse, devient inutile. Et contrairement à l'enchère sous plis scellés où cette information stratégique externe conditionne la stratégie d'équilibre, un candidat ignorant de l'état du marché ne souffre pas de son désavantage informationnel. Il peut ainsi sans risque participer à l'enchère. Il ne peut ni perdre alors qu'il aurait pu gagner ni recevoir moins que nécessaire en remportant le marché².

L'enchère inversée est ainsi une procédure qui n'autorise que la victoire des plus efficaces et qui permet à chacun de se positionner sur le marché. Elle induit nécessairement à terme la coexistence des seules firmes les plus efficaces et permet de réduire les prix de passation espérés. De même, l'acquisition d'informations stratégiques sur le coût des adversaires devenant inutile, c'est autant de coûts indirects liés à la participation à l'enchère qui ne se répercutent pas sur le prix du marché.

L'extraordinaire simplicité stratégique de l'enchère inversée et l'absence de risque qu'elle présente pour les participants devraient être de nature à augmenter le degré de concurrence, notamment des entreprises de petite taille, trop souvent absentes de la commande publique, ce qui à nouveau devrait avoir un impact positif sur les prix de passation. L'enchère électronique est source de transparence et de sécurité pour les enchérisseurs qui voient l'acheteur public s'engager sur des règles claires, ce dernier bénéficiant également de la rationalisation des achats que ces règles imposent³.

¹DE BORNIER (J.M), «Les mécanismes d'enchère», consulter sur : <http://junon.univ-cezanne.fr/bornier/ench.pdf>; dans le même sens ; HAMADÉ (F), «les mécanismes d'enchères : les apports de la théorie et quelques expériences récentes - dans les secteurs de l'énergie et des télécommunications», CREDEN (LASER), Université de Montpellier I, Mars 2003.

² A noter de plus qu'en cessant la surenchère au niveau du second meilleur offreur, l'enchère inversée permet de ne pas révéler le véritable coût du vainqueur, information stratégique qu'une entreprise peut souhaiter maintenir secrète dans l'optique de marchés répétés. Mais parallèlement, pour les perdants, cette procédure permet à chacun d'étalonner son efficacité à l'aune de l'observation du comportement de ses adversaires dans l'enchère. Ainsi, en poussant le raisonnement à l'extrême, à terme même les perdants deviennent gagnants. Ibid. p. 77.

³ GUILLOU (Y.R), «enchères électroniques inversées : vers un hard discount de l'achat public?», ACCP, n° 19 février, p. 32.

B) La mise en œuvre de l'enchère électronique inversée :

En premier lieu, il faut avoir conscience qu'une enchère électronique inversée peut être libre, totalement ou partiellement cadencée. Si elle est totalement cadencée, à chaque étape les entreprises se voient proposer une offre qu'elles peuvent accepter ou refuser. Si elles refusent, elles sortent de l'enchère. Si au moins deux d'entre elles l'acceptent, elles se voient proposer une nouvelle offre inférieure. L'enchère prend fin lorsqu'une seule entreprise accepte l'offre courante. Elle remporte alors le marché et reçoit le contrat au pris courant. Or, il faut prendre en compte les risques de la mise en œuvre de l'enchère électronique et comment éviter ses ententes **(b)**. Pour comprendre ces aboutissants, nous envisageons un exemple, très simple, relatif à l'attribution d'un marché unique de fournitures courantes **(a)**.

a. L'attribution du marché en lots :

L'enchère peut être partiellement cadencée si sont des règles d'activités spécifiques qui contraignent les entreprises sur les montants des offres admissibles et sur les instructions à suivre pour rester actives dans la vente. Ainsi, une entreprise peut être contrainte à chaque surenchère de diminuer son offre précédente d'un montant minimal et/ou maximal prédéfini, potentiellement ajustable au cours de la vente. De même, une "entreprise peut être contrainte de proposer suffisant d'offres admissibles dans une période de temps donnée pour ne pas perdre son droit à surenchérir par la suite". Toutes ces variantes sont apparues à la fois dans les enchères électroniques privées ou publiques proposées à travers le monde.

Tant que l'enchère conserve une dynamique progressive et continue, de telles nuances sont sans importance. Mais certains formats spécifiques d'enchères conduisent les entreprises participant aux enchères à tenter d'élaborer (à mauvais escient) des stratégies particulières. Ainsi, et bien qu'elles soient inutiles, les offres discontinues (jump bidding) qui diminuent brutalement le prix de passation pourraient corroborer l'hypothèse selon laquelle certaines offres ne sont que des signaux envoyés aux adversaires. A noter que de telles pratiques (couramment observées pourtant) ne sont en général qu'inutilement coûteuses pour les entreprises qui les pratiquent¹. Ces dernières s'exposent seulement au risque d'obtenir le marché à un prix plus faible que celui qu'elles auraient pu obtenir, dans la mesure où les adversaires gardent à l'esprit que leur stratégie ne doit en rien être modifiée par la transmission de tels signaux. Il est en effet toujours profitable de rester actif dans l'enchère inversée tant que le prix demeure supérieur à son coût. Face à ce type de comportement, l'enchère électronique inversée perd sa très grande lisibilité, qui est l'un de ses atouts principaux, notamment pour les entreprises peu expérimentées. Et il peut être de l'intérêt de l'acheteur public de choisir le détail des règles de l'enchère inversée qui limitent ces possibilités de manipulation stratégique.

¹ GUILLOU (Y.R), «enchères électroniques inversées : vers un hard discount de l'achat public?», op.cit, p. 34.

Dès lors, l'enchère inversée soumet les entreprises à un risque financier. Si une entreprise désire obtenir plusieurs lots d'un même marché et qu'elle est disposée à recevoir pour ces multiples lots moins que la somme qu'elle totaliserait si elle obtenait séparément chacun des lots, elle peut, si elle ne parvient pas à réaliser l'agrégation souhaitée, se trouver détentrice de plusieurs lots obtenus à un prix inférieur à leur véritable coût¹.

À l'inverse, la prise de conscience de ce risque peut rationnellement conduire une entreprise à ne pas tenter une agrégation particulière de lots alors que celle-ci aurait été économiquement justifiée. C'est le manque de flexibilité auquel contraint le décret des marchés publics qui limite l'efficacité de l'enchère électronique inversée: - procédure progressive de découverte des prix, elle soumet moins les entreprises à ce type de risques que la procédure sous pli scellé traditionnelle. De plus, ces risques, somme toute modestes la plupart du temps, doivent être mis en comparaison avec les avantages spécifiques de l'allotissement que la dématérialisation de l'enchère rend plus aisé.

b. Pour éviter les ententes :

Il n'en est pas de même dans l'appel d'offres au premier prix scellés, où il peut être profitable à certains membres de violer les règles de l'entente et de soumettre une offre plus agressive que celle du leader, tout en retirant un profit ex post positif². Ce risque d'instabilité ex post d'accord d'ententes limite d'autant le risque de formation ex ante. Ainsi, toute procédure dynamique qui comporte plusieurs étapes au cours desquelles des informations peuvent être transmises est plus propice à la formation des ententes que les enchères sous pli cacheté en une seule étape. Cela est d'autant plus vrai en présence de lots multiples, puisque l'entente peut alors prendre la forme de partage de marché et ne nécessite plus, dès lors, de transferts compensatoires entre les entreprises. L'exemple donné par les ventes du réseau hertzien aux États-Unis, qui, les premières, avaient popularisé les procédures d'enchères dynamiques informatisées à grande échelle, est particulièrement instructif³.

Alors même que, conformément aux dispositions de l'enchère inversée en France, l'identité des enchérisseurs était maintenue secrète durant les ventes, le codage des derniers chiffres des offres faites et publiquement publiées a permis à certaines entreprises de « signer » leur offre, à la fois pour signaler leurs intentions ou pour utiliser l'enchère comme outil de représailles en cas de concurrence trop âpre sur un lot convoité. Mais le simple fait, pour l'acheteur public, d'avoir seulement conscience des risques collusifs et d'être ainsi vigilant au bon déroulement de l'enchère permet en grande partie d'annihiler ces risques. Ces précisions ne doivent pas remettre en cause le légitime intérêt à porter à ce type de procédure. Ce qui est vrai de l'enchère électronique inversée en particulier l'est également pour la dématérialisation de la commande publique en général: c'est en ayant une conscience claire des enjeux réels, des potentialités et des limites éventuelles que l'on

¹ Ibid.

² file:///C:/Users/BH/Downloads/economiepublique-500.pdf

³ MORAND (P.H), «les enchères électroniques inversées : quels choix pour l'acheteur public?», op.cit, p. 65.

peut attendre de la dématérialisation que ces bénéfices pourront être pleinement réalisés. La dématérialisation de la commande publique n'est pas un jeu à somme nulle qui prendrait aux entreprises ce qu'elle donne à l'acheteur public. En réduisant les coûts de transaction, en accroissant utilement la transparence, et la flexibilité et en favorisant le développement de la concurrence, elle améliore l'efficacité de l'allocation des ressources des pays qui l'utiliseront intelligemment. Et à ce jeu, tout le monde se trouve gagnant.¹

Similairement, l'enchère inversée électronique peut être plus vulnérable à la formation des ententes entre entreprises que l'appel d'offres sous plis-scellés et laisser place à d'autres formes d'ententes. Le risque est d'autant plus important lorsque le marché concerne l'attribution de plusieurs lots. Dans ce cas, les entreprises ne sont pas obligées d'effectuer des transferts monétaires directs mais peuvent se répartir les différents lots au sein d'un même marché sans nécessairement se coordonner au préalable. Ainsi, pour des motifs d'efficacité ou pour limiter les risques collusifs, il convient d'être vigilant dans la définition de règles précises appropriées aux spécificités du marché tout en veillant à ne pas restreindre l'efficacité du processus. La nature des informations disséminées (nombre d'offres, évolution de leurs offres, apparition des offres sous un pseudonyme), conjuguée à la règle d'activité et à la règle de fin de l'enchère, sont autant de facteurs susceptibles d'influencer la vulnérabilité de l'enchère électronique inversée à sa manipulation par les offres.

¹ Ibid. p. 84.

§2 - Enchères électroniques inversées :

Il a été reconnu, dans les directives de l'Union européenne sur les marchés publics, que les enchères électroniques inversées pouvaient avoir une incidence positive sur la concurrence, notamment en démantelant les pratiques d'achat préférentiel existant dans certains Etats membres de l'Union¹. Le recours à cette technique diminue indéniablement le nombre de marchés attribués sans appel à la concurrence. Il faut reconnaître que ce type d'enchères donne de bons résultats avec des biens et des services, dont les spécifications peuvent être clairement définies et pour lesquels les critères autres que les prix peuvent être quantifiés ; les frais de changement (de fournisseurs, par exemples) sont acceptables et un marché concurrentiel existe². Il n'en est pas de même pour les nations expérimentées **(B)** et des pays encore expérimentateurs **(A)**.

A) Le Nippons et anglo-saxon en phases industriel :

Si la taille des Etats-Unis, du Canada ou de l'Australie **(a)** n'est certes pas étrangère à l'usage rapide de la dématérialisation, les anglo-saxons **(b)** ont très vite perçu les avantages économiques qu'ils pouvaient tirer des NTIC en matière d'optimisation de leurs achats : réduction des délais de traitement pour la transmission des avis et des offres, centralisation et capitalisation des informations sur les fournisseurs, les produits et les prix, élargissement de la concurrence. Illustration parfaite de cette recherche constante de simplification et de facilitation rendue possible par les nouvelles technologies : la mise en place de registres électroniques des entreprises soumissionnaires afin d'éviter à ces dernières de fournir pour chaque marché les renseignements exigés sur leur identité, leur activité, leur implantation, et aux acheteurs de dépouiller les : formulaires patiemment remplis. Après vérification des données par l'administration, les sociétés sont autorisées à concourir à tous les marchés publics³.

¹ Dans une récente étude de la Commission européenne, il est indiqué qu'en Europe les marchés publics transfrontaliers directs représentent seulement 3% du nombre total des offres soumises par les sociétés sondées, et les marchés publics transfrontaliers indirects (c'est à-dire remportés par des entreprises étrangères par l'intermédiaire de filiales locales) pas plus de 3 %.

² En effet, les enchères sont généralement jugées inadaptées dans le cas de biens produits à un seul exemplaire, pour lesquels la qualité est plus importante que le prix, et de biens stratégiques, pour lesquels une relation d'alliance avec les fournisseurs est essentielle. Si la directive « secteur classique » du 31 mars 2004 indique que les enchères électroniques inversées peuvent être utilisées pour tous les achats (travaux, fournitures ou services), elle précise cependant de manière explicite que « leurs spécifications doivent être établies de manière précise », par exemple pour les marchés de fournitures récurrents. Les travaux ou services portent sur des prestations « intellectuelles », tels que la conception d'ouvrage, sont explicitement exclus.

³ Ce « registre de classification » est utilisé notamment aux Etats-Unis et en Australie. Autre moyen de simplification, la carte d'achat qui permet de commander, d'être livré et de payer le fournisseur rapidement. Carte bancaire dans la majorité des cas' elle est parvenue à faire économiser 1,4 milliard de dollars aux Etats-Unis rien qu'au cours de l'exercice financier 2002. Emboitant le pas à son voisin, le Canada opère en moyenne par carte 1 600 000 transactions pour un montant de 560 millions de dollars canadiens. LAJOIE (T) et HISLAIRE (L), « les marchés publics dématérialisés », op.cit p. 86.

a. La dématérialisation made in USA rime avec rationalisation :

Le gouvernement fédéral¹ américain a imposé la dématérialisation à partir de 1993. La Maison Blanche veut à tout prix réduire le déficit public en rationalisant ses méthodes d'achats, qui totalisent plusieurs centaines de milliards de dollars annuels. Le Presidential Executive Memorandum² puis la loi sur la rationalisation des achats fédéraux en 1994³ incitent les administrations à recourir, entre autres, aux catalogues électroniques⁴.

* L'Australie numérise pour mettre fin au protectionnisme : Les pouvoirs publics australiens⁵ ont ouvert le chantier de la dématérialisation en 1996, avec l'idée d'ouvrir à toutes les entreprises du pays les marchés des six "États" et deux "territoires" composant la fédération australienne. Jusqu'ici, chaque gouvernement local avait toute latitude pour présélectionner les entreprises, en privilégiant évidemment celles qui étaient implantées sur son aire. Un accord signé par l'ensemble des membres du Commonwealth australien a débouché sur la création d'une base d'enregistrement commune des fournisseurs, avec publication de leurs catalogues, et l'acceptation de règles communes en matière d'archivage de documents, de sécurisation et d'authentification des échanges.

Pour garantir à chaque province le respect de son autonomie, chaque collective a conservé toute liberté pour développer sa propre place de marché, et un système modulaire a été développé pour les catalogues de fournisseurs : gestion des grandes sociétés par les agences fédérales et gouvernementales, gestion des PME par les prestataires de service, place de marchés locales pour les zones les plus reculées. A fin de l'année 2002, l'Australie s'est parallèlement dotée d'un système amené à centraliser tous ses appels d'offres publics (Commonwealth Electronic Tender system)⁶.

* Canada, un site unique pour toutes les informations sur les marchés : À la suite d'un appel d'offres du gouvernement canadien⁷ en 1997, le serveur Merx¹ est devenu le service

¹Portail des acheteurs fédéraux : www.fedmarket.com. -Site des appels d'offres fédéraux: www.bidengine.com - Annuaire des sociétés attributaires d'un marché fédéral: www.govcommerce.net

² Streamlining Electronic Commerce Through Public Procurements, 26 octobre 1993.

³Federal Acquisition Streamlining Act, FASA. 1994 ; consulter sur <https://www.congress.gov/bill/103rd-congress/senate-bill/1587>

⁴ En 1996, naît un site d'informations pour les acheteurs nord-américain puis, deux ans plus tard, le site chargé de recenser les appels d'offres passés par les offices gouvernementaux. Les résultats sont immédiats : de 1997 à 1999, un tiers des marchés fédéraux inférieurs à cent mille dollars est entièrement géré sur le réseau Internet, depuis l'appel d'offres jusqu'au paiement⁴Pour accélérer encore les transactions, les Etats-Unis proposent depuis 2001 un site qui recense les sociétés attributaires d'un marché fédéral, et permet à ces entreprises de contacter directement les centaines de milliers d'acheteurs de l'administration américaine.

⁵ Site national des appels d'offres publics : www.tenders.gov.au; Site des avis de marchés fédéraux: rmrv.ads.gov.au ; Place de marché de l'État du Queensland : www.qgm.qld.gov.au; Place de marché de l'État de Victoria : www.tenders.vic.gov.au; Place de marché de l'État d'Australie du Sud : www.tenders.sa.gov.au ; Place de marché de l'État de Tâsmanie : www.tenders.tas.gov.au

⁶ Communauté système d'appel d'offres électronique ; consulter sur : <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/other/unpan022285.pdf>

⁷ Site de publication des avis de marchés et des cahiers des charges; www.merx.com

- Site d'information sur les marchés fédéraux : <http://contratscanada.gc.ca/fr/tender-f.htm>

- Portail marchés publics du Canada: www.marcan.net

- Site d'appels d'offres de la Colombie Britannique : www.bcbid.gov.bc.ca

électronique d'appel d'offres officiel des marchés fédéraux ainsi que d'une majorité de provinces et de certaines municipalités (trois mille entités au total). Si d'autres sites Internet et titres de la presse écrite continuent de publier les avis, Merx est en revanche le seul endroit où les entreprises peuvent retirer les cahiers des charges (téléchargement ou réception par courriel, télécopie ou courrier). Le système ne coûte pas un sou au budget de l'État puisque ce sont les entreprises qui paient pour récupérer l'équivalent des dossiers de consultation des entreprises français, pour être alertées des opportunités et pour bénéficier d'un centre d'appels bilingue fonctionnant sept jours sur sept.

Mais au Canada, le temps c'est de l'argent, et trente mille entreprises (80 % de PME comptant moins de cinquante salariés) préfèrent régler une somme modique (trente dollars canadiens mensuels, soit environ vingt euros) plutôt que de perdre plusieurs jours à récupérer des documents d'un bout à l'autre d'un pays qui compte six fuseaux horaires.

Assuré de l'exclusivité canadienne jusqu'en 2009, Merx cherche à exporter son savoir-faire aux Philippines, en Afrique et en Amérique du Sud. Des entreprises installées dans d'autres régions du Japon participent désormais aux consultations car elles n'ont plus besoin de se déplacer pour présenter leur candidature. La moyenne de réponses aux appels d'offres est ainsi passée de neuf à dix-huit. En termes financiers, la municipalité estime à quatre milliards de yens (environ trente millions d'euros) le gain réalisé par rapport au budget de travaux prévu pour l'année 2004, somme qu'elle a réinvestie dans d'autres projets communaux.

b. L'Union Européenne en ordre dispersé :

L'Union européenne² a beau réaffirmer souhaite aboutir à "une économie numérique et dématérialisée"³ et que la dématérialisation des marchés publics (qui pèsent 15% du BIP des Etats membres) doit être une priorité notamment dans le cadre du plan e-Europe 2005, l'écart entre la théorie et la pratique reste palpable.

L'Europe n'a jamais cherché à imposer une solution unique⁴ mais plutôt à favoriser des expériences, de manière à identifier les meilleures solutions susceptibles d'être recommandées chez les pays membres. Cette politique s'est concrétisée dans le cadre de programmes comme *Interchange of Data between Administrations*⁵ ou *Electronic calls for Tenders*⁶. Dès lors, en fonction des situations nationales, la dématérialisation a connu des destins inégaux. Si la plupart des pays cherche actuellement à impulser le mouvement, à

¹<https://www.merx.com/French/NonMember.asp?WCE=Show&TAB=1&PORTAL=MERX&State=5&hcode=9W6WLXToZAbWNQRpWOPMTg%3d%3d>

² Site du système d'information pour les marchés publics (Simap), programme européen de publication électronique des avis de marchés publics : <http://simap.eu.int>

³ Conseil européen de Lisbonne, mars 2000.

⁴ Devant le nombre d'initiatives privées et publiques sur la dématérialisation essaimant dans l'Union, la commission européenne a caressé un moment l'idée d'une plate-forme de référence, choisissant comme modèle le site d'e-achat allemand (www.bescha.bund.de), puis l'a abandonné.

⁵ Interchange of Data between Administrations (IDA), chargé depuis 1995 de favoriser les échanges électroniques entre les administrations. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URIS>

⁶ Electronic calls for Tenders (ECT): étude en 2001 des partenariats public/privé capable de faciliter l'accès aux marchés publics électroniques.

l'instar de la Belgique, laquelle, dans le cadre de son plan "Joint Electronic Procurement" (JEP), a engagé en 2002 la mise en –ligne des avis de marchés et de ses cahiers des charges, deux nations se distinguent par leur avancée, tel que le Royaume-Uni¹, et l'Italie².

B) L'expérience Marocaine en enchères électroniques inversées :

Le Maroc a déployé de grands efforts durant les 100 dernières années pour réduire les pratiques illicites dans les procédures d'achats publics, comme en témoigne le nombre de réformes régissant les marchés publics depuis 1917 à ce jour (1917, 1965, 1976, 1998, 2007 et 2013), pour limiter les risques inhérents à la corruption, au délit d'initié, au traitement non égalitaire des concurrents pour l'accès à la commande publique, au manque d'information liée à la veille informationnelle quant aux opportunités d'affaires et à la lourdeur administrative préjudiciable à la concurrence et à la compétitivité des concurrents potentiels.

Certes, les réformes engagées ont pu aligner la réglementation nationale régissant les marchés publics sur les standards internationaux pour une meilleure gouvernance des achats publics. Cependant, compte tenu des enjeux financiers importants de la commande publique, il était capital d'introduire une innovation majeure au niveau des outils de gestion de l'achat public, afin d'atteindre l'efficacité et l'efficience requises, dans un contexte où les procédures de passation des marchés publics sont marquées par une prédominance de l'intervention humaine entre les entreprises et les donneurs d'ordres. Il va sans dire que les outils de gestion en vigueur se sont avérés en déphasage par rapport à la culture de la performance et se caractérisent par des procédures et des processus fortement décriés pour leur lenteur³.

Le système des enchères électroniques inversées est l'une des composantes centrales du programme de dématérialisation des marchés publics lancé depuis quelques années déjà par la Trésorerie Générale du Royaume dans le cadre du programme e-Gouvernement, avec comme objectifs stratégiques la consécration de la transparence, la simplification des procédures et la modernisation des processus d'exécution de la dépense publique.

Ce système concerne trois catégories d'utilisateurs: d'une part, les opérateurs économiques soit plus de 10 000 entreprises, d'autre part, les acheteurs publics couvrant plus de 3 700 administrations de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics, et également environ 250 comptables publics répartis sur tout le territorial national.

La stratégie adoptée par la Trésorerie Générale du Royaume en ce domaine, repose sur la progressivité et le pragmatisme, tout en tenant compte des attentes des différents acteurs

¹ Site dédié au commerce électronique public du Royaume-Uni (OGC) : www.ogc.gov.uk

- Site concernant la carte d'achat britannique : www.ogcbuyingsolutions.gov.uk/GPC/default.asp;

² Site de la centrale d'achat ; www.consip.it; Plate-forme d'achat en ligne : www.acquistinretepa.it.

³<http://actu.artemis.ma/je-gere/detail-interview/tresorerie-generale-du-royaume-tgr--nouveau-systeme-des-encheres-electroniques-inversees-6580-19/07/2018>.

de la commande publique. Un effort particulier a été accordé à l'adaptation de la réglementation régissant les marchés publics par rapport à l'évolution de son environnement et en particulier l'intégration avisée des technologies de l'information et de la communication.

Ainsi, avant le démarrage de la mise en œuvre du système des enchères électroniques inversées, une étude de faisabilité a permis de dégager les attentes des différentes parties concernées par la commande publique, de réaliser un benchmark international et de recenser les difficultés rencontrées par les pays pionniers ayant initié des actions similaires. La première phase de mise en œuvre concerne l'étude préalable du système cible des enchères électroniques inversées. Elle porte sur le diagnostic de l'existant, sur le benchmark international et sur la feuille de route pour la réalisation dudit système électronique.

Cette étude a été réalisée en 2012. La deuxième phase concerne la mise en œuvre du système des enchères électroniques inversées déployé depuis janvier 2014, avec la mise en œuvre d'une deuxième version en janvier 2015 et d'une troisième version en décembre 2016 intégrant les enchères électroniques inversées à l'international. L'opérationnalisation du système des enchères électroniques inversées est devenue effective dès le 1er janvier 2015 suite à la publication de l'arrêté relatif à la dématérialisation des procédures des marchés publics n° 20-14 du 4 septembre 2014 publié au bulletin officiel le 9 octobre 2014¹.

Durant les deux années 2014 et 2015, la Trésorerie Générale du Royaume, dans un souci d'une meilleure appropriation des fonctionnalités du système des enchères électroniques inversées, a conçu une stratégie de formation pilier d'une conduite de changement garantissant l'adhésion des différents acteurs à la bonne utilisation du système.

Soucieuse d'apporter une solution durable et efficace, la Trésorerie Générale du Royaume a bâti sa stratégie de formation en s'appuyant sur ses relais au niveau central et déconcentré, et en dédiant à cette fin une pépinière d'environ 200 formateurs répartis sur tout le territoire national, eux-mêmes appelés à assurer la formation des acheteurs publics relevant des différentes préfectures et provinces et des entreprises domiciliées au niveau du périmètre géographique desdites préfectures et provinces, tout en dispensant une assistance de proximité. L'ensemble des actions de formation précitées a été accompagné par l'organisation de journées portes ouvertes sur inscription en ligne permettant de hisser le niveau de maîtrise des fonctionnalités offertes par le système des enchères électroniques inversées².

Comment le système des enchères électroniques inversées a-t-il amélioré la passation des marchés publics? Le système des enchères électroniques inversées a permis de moraliser

¹ <http://actu.artemis.ma/je-gere/detail-interview/tresorerie-generale-du-royaume-tgr--nouveau-systeme-des-encheres-electroniques-inversees-6580> 19/07/2018

² <https://www.marchespublics.gov.ma/pmmp/spip.php?rubrique31>

les achats publics dans la mesure où cette nouvelle procédure, entièrement électronique, a permis de supprimer l'intervention humaine dans les différentes phases de déroulement de ladite procédure.

L'égalité d'accès des concurrents aux commandes lancées par les donneurs d'ordre du Royaume est désormais assurée par la mise à leur disposition, à titre gratuit, d'un service de veille informationnelle sur les opportunités d'affaires rendue possible via le portail marocain des marchés publics qui est la Gateway gouvernementale de publication des informations des marchés publics et des documents associés.

La procédure de l'enchère électronique inversée a bouleversé l'approche classique jusqu'alors régie par les réglementations successives, dans la mesure où les acheteurs publics sont désormais astreints à une rédaction claire des spécifications techniques et fonctionnelles des fournitures à acquérir sans nécessité d'exiger des échantillons et/ou prospectus considérés comme l'élément principal d'éviction d'offres potentiellement avantageuses pour les acheteurs publics¹.

La suppression de l'intervention humaine durant toutes les phases de passation des marchés issus des enchères électroniques inversées d'une part, et la favorisation de la transparence en affichant dynamiquement le classement des offres des différents enchérisseurs et en préservant leur anonymat d'autre part, ont permis de lutter contre toutes les formes de discrimination dans l'accès des entreprises à la commande publique, approche qui en plus, a favorisé dans une large mesure les petites et moyennes entreprises et particulièrement les toutes petites entreprises.

Les deux dernières années 2016 et 2017 ont été couronnées par la conclusion respectivement de 93 et 124 enchères électroniques inversées pour un montant global estimé de 42.732.166,69 Dh pour 2016 et 73.791.974,29 Dh pour 2017. Le montant global attribué s'est établi à 33.438.022,90 Dh pour 2016 et 53.945.912,99 Dh pour 2017 réalisant ainsi une économie globale de 21,75% en 2016 et 26,90% en 2017. La concrétisation des enchères précitées a permis la réalisation d'économies substantielles allant jusqu'à un record de 60,16% en 2016 et 74,90% en 2017².

L'année 2017 a en outre été marquée par la confirmation du recours aux enchères électroniques inversées, comme en témoigne l'ouverture du système des enchères électroniques inversées aux achats de fournitures à l'international. Durant l'année 2017, 5 enchères électroniques inversées à l'international ont été conclues pour un budget estimatif, tous frais inclus d'un montant de 843.050.108,66 Dh. L'attribution a été concrétisée pour un montant total de 764.420.510,19 Dh, générant une économie s'élevant à 78 629 598,47 Dhs soit 9,33 % du budget estimatif³.

¹<http://actu.artemis.ma/je-gere/detail-interview/tresorerie-generale-du-royaume-tgr--nouveau-systeme-des-encheres-electroniques-inversees-6580> 19/07/2018

² Ibid.

³<https://www.tgr.gov.ma/wps/wcm/connect/368a33f4-0745-429f-9af5-2f34665bbb42/Ench>

La sécurité du commerce sur internet est d'ailleurs devenue un secteur en pleine expansion. Cela a conduit à un niveau de confiance convenable et les transactions en ligne se font de plus en plus facilement, sans se soucier de failles de la sécurité du commerce sur internet. Toutefois, la sécurité du commerce sur internet reste toujours actuelle tant les menaces se perfectionnent et s'améliorent pour essayer de faire face aux nombreux moyens de protection des contractants dans le cadre d'un achat public sur internet.

Sécurité des échanges, confidentialité, authenticité sont les garanties exigées dans le commerce électronique. Ces dispositions concernent plus particulièrement la sécurité des paiements, la protection des consommateurs mais également la signature sécurisée des contrats administratifs dématérialisés.

CHAPITRE II: La sécurité de la dématérialisation des contrats publics

La dématérialisation des procédures de passation des marchés publics, introduite par le décret des marchés publics adopté en 2013, engage un processus de modernisation de la commande publique et d'amélioration de son efficacité. Pour les acheteurs publics, elle les incitera à rationaliser leur organisation d'achat et leurs procédures, d'où ils tireront une meilleure efficacité économique. Les entreprises, de leur côté, bénéficieront d'une publicité élargie des procédures engagées, accéderont plus facilement aux documents de ces consultations et pourront présenter leurs candidatures et leurs offres plus commodément et plus rapidement.

Toutefois un minimum de précautions, techniques, d'organisation, de formation et sensibilisation des personnels, doivent être prises, par les personnes publiques aussi bien que par les entreprises, pour que la sécurité des procédures dématérialisées ne soit pas inférieure à celle des procédures existant auparavant. La dématérialisation des procédures, accompagnée du rehaussement des seuils, permet également à la personne publique d'adapter son processus d'achat afin d'en améliorer l'efficacité dans ce nouvel espace de liberté ouvert par le législateur¹.

La signature électronique est indispensable pour sécuriser les entreprises: loin d'être dissuasive², c'est la seule façon d'apaiser leurs craintes concernant la sécurité et la confidentialité de la dématérialisation. Si le juriste peut se poser légitimement la question de la valeur probante des nouveaux moyens utilisés, force est de constater que, par rapport à la masse des opérations traitées, le contentieux est resté très faible³. Comme tout écrit, électronique ou non, une signature électronique peut être contestée en justice (**Section I**).

¹ Selon une étude réalisée par MARKESS international auprès de 66 entreprises françaises en février 2005, la sécurité juridique est le premier frein à la dématérialisation des documents pour 30% des entreprises interrogées. Les entreprises mettent ainsi l'accent sur le fait qu'elles ne savent pas toujours ce qu'elles doivent faire d'un point de vue légal. Elles ne connaissent pas (ou ne maîtrisent pas) la législation actuelle¹ et, qui plus est, avouent qu'elles ont l'impression - en particulier les petites entreprises - de manquer de cadre juridique¹. En effet, le principe obstacle pour les entreprises, précise M. Ménéménis, rapporteur du projet de code des marchés publics au Conseil d'Etat, c'est le manque d'habitude et la crainte que la sécurité et la confidentialité ne soient pas assurées. En effet, la peur du pillage serait à l'origine de la frilosité des soumissionnaires en ce qui concerne le dépôt des offres en ligne. Dès lors, la sécurité juridique est nécessaire afin d'établir un climat de confiance et permettre le développement des échanges électroniques¹. Elle ne doit pas être considérée comme un frein à la dématérialisation puisqu'elle est recherchée par la plupart des acteurs. Entendant par « sécurité juridique » le fait, pour les parties à un échange électronique, de pouvoir connaître, voire s'assurer, au préalable et de façon raisonnable, de la valeur juridique de celui-ci. LIPOVEHY (S), et WEISZ (G), « dématérialisation des échanges, vers une extension du principe de précaution », Expertises, n° 298, décembre 2005, p. 415.

² «Se doter d'une signature électronique, ce n'est pas cher et ce n'est pas compliqué», affirme ALAIN MENEMENIS encourageant le déploiement de ce procédé essentiel qui sera, rappelle-t-il, inévitable dans les années à venir pour communiquer avec l'administration.

³ Pour M. Frayssinet, « ceci dénote le fort degré de confiance accordé en fait aux nouveaux modes de stockages et d'échange d'information ou de documents par delà la relative insécurité juridique³ ». Lorsque l'on envisage les garanties techniques assurant une sécurité juridique à des procédures dématérialisées³, à distinguer divers procédés permettant d'affermir la confiance tant des opérateurs économiques que des pouvoirs adjudicateurs à un niveau tout à fait raisonnable et acceptable dans l'utilisation des moyens électroniques. Il en découle des obligations légales et réglementaires qui s'imposent dans le cadre de la mise en place des procédures tant opérationnelles que techniques. LIPOVETSKY (S), «la sécurité

des généralités sur la sécurité des systèmes d'information qui, comme les systèmes de dématérialisation des achats publics, viennent compléter, et parfois remplacer des procédures manuelles: il est nécessaire d'obtenir un niveau de sécurité globalement du même ordre que celui requis pour les procédures manuelles, ce qui nécessite en général, outre la mise en place de la signature électronique, de dispositifs techniques, permettant de garantir une plus grande rigueur de la sécurisation des procédures dans l'organisation et des compléments de formation des personnels (**Section II**).

Section I : La signature électronique au regard de la loi 05.53

Dans le cadre de l'évolution du commerce électronique, il est nécessaire d'apporter aux transactions qui s'effectuent en ligne une sécurité juridique offrant à chaque acteur la possibilité de prouver la teneur et l'existence des échanges en ligne. Dans le monde dématérialisé des affaires, la signature électronique (SE) présente des avantages sans cesse grandissants pour garantir la sécurisation des documents et processus essentiels à la marche de l'entreprise (factures électroniques, courriels, bulletins de paie électroniques, lettres de mission, rapports annuels, sécurisation des bilans, organisation de l'archivage électronique sécurisé, télé-procédures, etc...). La SE telle que régie par le droit marocain doit être sécurisée pour produire un effet de preuve littérale. Ainsi, une simple SE générée par des applications de cryptographie téléchargeables sur la toile est fondamentalement différente de la signature électronique sécurisée (SES) qui exige pour son authenticité le respect de conditions juridiques précises.

Même si elle n'est pas visible, la signature électronique joue les mêmes fonctions qu'une signature manuscrite¹. Devant la question qui consiste à répondre si la signature électronique est un moyen d'authentification ou d'identification, force est de préciser que le mécanisme de la signature numérique permet à la fois d'authentifier l'auteur d'un document électronique mais aussi d'identifier le signataire, lorsqu'elle répond à des exigences spécifiques. Il est un principe non contestable et dont l'existence n'est pas discutée: tout écrit émanant de l'administration doit être signé sous peine de n'avoir aucune valeur juridique².

Hormis l'hypothèse des décisions verbales et des décisions implicites, la signature est une forme nécessaire à la légalité des actes de l'administration. Toutefois, ni le législateur, ni la jurisprudence, ne précisent de façon générale la forme matérielle de la signature. Aucun principe général n'impose son caractère manuscrit, aucune règle n'oblige à ce qu'elle corresponde au nom patronymique du signataire³.

juridique : opportunité ou menace pour la dématérialisation des documents?», la lettre de la confiance, n°5, mai 2005, p.1.

¹ <https://dmtic.wordpress.com/2017/04/03/la-signature-electronique-au-regard-de-la-loi-n53-05-relative-a-lechange-electronique-des-donnees-juridiques/>

² BELLANGER (F.), «Les présomptions d'authenticité et de sincérité des actes administratifs», RDP, 1968, p. 570.

³ D'ailleurs, L'utilisation du nom patronymique pour signer résulte d'un usage qui, faute d'avoir été consacré par la loi, n'a aucune force obligatoire.

En ce sens, *"l'assimilation entre la signature et le support papier repose, comme pour l'écrit, sur une assimilation de fait"*¹. Ainsi, étudier la signature conduit à s'interroger, en réalité, sur ses fonctions juridiques. C'est cette démarche qui a été retenue en droit privé. Outre la consécration de l'écrit électronique, la loi du 53.05 relative à l'échange électronique de données juridiques, reconnaît la validité juridique de la signature électronique au même titre que la signature manuscrite, à condition de s'entourer de garanties multiples de sécurisation technique et juridique². L'apport de la loi 53.05 est de permettre l'émergence de ce nouveau type de signature sans convention préalable.

Il en ressort que pour qu'une signature électronique soit assimilable à une signature manuscrite, elle doit pouvoir identifier la personne qui signe, assurer l'intégrité de l'écrit envoyé, la conservation de cette intégrité et garantir le lien de la signature avec l'acte auquel elle s'attache. Cette méthode de signature électronique répond- t- elle aux exigences de la loi 53-05 sur la signature électronique? La signature scannée est-elle aussi valable qu'une signature manuscrite? Peut-elle servir de preuve en cas de litige ?

La Plateforme de signature électronique doit permettre l'apposition de signature électronique, avec différents niveaux de sécurité, représentant l'établissement ou une personne, externe ou intégrée au document. Lorsque la signature électronique sera intégrée au document, elle pourra prendre une apparence «officielle», ce qui aura pour effet de renforcer la confiance en l'acte produit. La plate-forme doit offrir les moyens de vérifier la validité et le contenu d'une signature via l'application cliente d'origine et/ou hors application. Dans le cas où la nature d'un document engage l'administration, la

¹ CANTÉRO (A.), « Des actes unilatéraux des communes dans le contexte électronique », op.cit, p. 200.

² L'article 417-2 du D.O.C pose, en effet, que "la signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose et exprime son consentement aux obligations qui découlent de l'acte. Lorsque la signature est apposée par devant un officier public habilité à certifier, elle confère l'authenticité à l'acte". Il s'agit là d'une définition neutre de la signature permettant à d'éventuelles évolutions technologiques d'être prises en compte par le droit de la preuve sans qu'il soit besoin d'avoir recours à une nouvelle réforme législative. Mais l'article 417-2 apporte tout de même une reconnaissance légale à la signature électronique en disposant que, « lorsqu'elle est électronique, il convient d'utiliser un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. Une signature électronique est considérée comme sécurisée lorsqu'elle est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte juridique garantie, conformément à la législation et la réglementation en vigueur en la matière ». Il avait déjà été fait une place à la signature numérique en ce qui concerne les actes de paiement². Valeur de signature était, en effet, reconnue à la saisie d'un code associé à une telle carte, mais uniquement en présence d'une convention de preuve. La Cour de Cassation s'est, en effet, prononcée en ce sens à l'occasion d'un arrêt "Crédicas" en date du 8 novembre 1989, relatif aux cartes de paiement et de crédits (Civ. 1^{er}, 8 novembre 1989, D. 1990, p. 369, note GAVALDA). Par ailleurs, les actes antérieurs à la loi du 13 mars 2000 n'ont pas de valeur juridique. Dans un arrêt de 30 avril 2003, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a estimé qu'une signature électronique effectuée pour authentifier une déclaration d'appel ne pouvait être valablement admise durant le régime antérieur à la loi du 13 mars 2000. En l'espèce, lors d'une procédure sans représentation obligatoire, la cour d'appel avait reçu un acte dit de « déclaration d'appel » qui ne comportait pas la signature manuscrite de son auteur, mais une signature électronique. Après avoir relevé qu'il existait un doute sur l'identification de la personne qui avait usage de ce procédé, les juges du fond ont refusé la validité de cet acte (Cass. ^{2^{ème}} civ., 30 avril 2003, "SARL Chalets Boisson c/G ", Juris-Data n° 2003-018798).

plateforme doit permettre d'apporter la preuve de l'authenticité et de la régularité du document (§1)¹.

Sinon l'administration se bornera à apporter la preuve de conformité entre le document et ce qui lui a été soumis lorsqu'elle l'a «sertie» en y apposant l'équivalent de son tampon. Étant universelle cette plateforme sera amenée à apposer des signatures de différentes natures (portée, valeur...) selon le type de document soumis (ouvrant des droits, acte, note, information, livret scolaire numérique...) et le niveau de risque encouru (recours, contentieux et impacts). Il est illusoire de pouvoir couvrir à priori la définition juridique de toute situation, toute dématérialisation quelque soient les futures applications à mettre en place. Toutefois, il s'agit ici de présenter une clarification des concepts, d'initier des classifications et démarches qui pourront servir d'exemple (§2)?

§1- la validité de la signature électronique dans la loi Marocaine.

Lorsqu'un procédé d'identification garantit son lien avec l'acte auquel il s'attache, ce procédé est présumé fiable par la loi jusqu'à preuve du contraire lorsqu'il met en œuvre une signature électronique sécurisée (SES). La signature numérique joue un rôle essentiel dans la dématérialisation de ces services administratifs. Concrètement, elle permet de : Transformer un document en un acte juridique (approuver le contenu et en assumer la responsabilité); Identifier et Authentifier le(s) signataire(s) du document et vérifier que le contenu du document n'a pas été altéré depuis l'opposition de la signature. Ces propriétés sont utilisées pour démontrer l'intégrité, l'authenticité et l'origine des documents délivrés par la plateforme, même quand ils sont tirés en dehors du contexte de la plateforme. Elles leur confèrent aussi une valeur juridique probante. Au-delà de la simple signature des documents, le même mécanisme de la signature numérique peut être utilisé pour sécuriser la collaboration des acteurs clés en assurant leur authentification et la non répudiation de leurs actions.

En effet, pour chacune des actions critiques (y compris l'accès à la plateforme), une demande textuelle est créée et signée à la volée par son acteur puis persistée par la plateforme pour parer à toute future répudiation (en cas de litige). Notons aussi que, sans la signature numérique, la dématérialisation perdra toute sa pertinence, puisqu'on ne pourra alors dématérialiser que des documents sans valeur juridique² (A). Toutefois, Il faut distinguer la SES du dispositif qui lui donne naissance. Ce dispositif s'entend des outils techniques permettant la mise en application des données de création de SE et dont l'élément principal est la clé cryptographique privée utilisée par le signataire pour créer sa SE En outre, la loi exige que la SES soit produite par un dispositif de création de SE attesté par un certificat de conformité (CC). Le CC n'est donc pas à confondre avec le certificat électronique sécurisé (CES) qui réunit les informations de vérification de la SES³. Le premier est délivré par l'Autorité gouvernementale chargée de la Défense

¹ https://2013.jres.org/archives/142/paper142_article.pdf

² BAREL (M), «la signature électronique au cœur des débats», legalis.net, juin 2001, p.6.

³ GAUTIER (P.Y), et LINANT DE BELLEFONDS (X) « de l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent », JCP, 2000, I, p. 236 ; GRYNBAUM (L), « la preuve littérale et la signature à l'heure de la

nationale (AGDN) après vérification du CES proposé par le prestataire de service de certification électronique (PSCE¹), cependant que le second est développé par un PSCE sous réserve d'être agréé à cette fin par l'AGDN (B).

C'est vrai qu'au Maroc, un grand nombre de documents et de contrats doivent être légalisés. Mais rappelons-nous pourquoi nous devons légaliser nos documents ? On ne légalise pas un document pour l'authentifier, mais pour poser une date sur un acte. Justement la certification électronique d'un document nous permettra non seulement d'authentifier la personne concernée par l'acte mais de dater le document ou le contrat très précisément à la minute et même à la seconde où il est validé. C'est dans ce contexte que l'approbation d'une signature doit intervenir.² La signature apparaît comme un élément important en matière de preuve, elle confère à tout acte juridique sa force probante³. Il en est de même pour les contrats dématérialisés dont la conclusion pourrait être constatée pour une signature électronique⁴.

A) La signature pour des transactions numériques de confiance :

Dans le droit marocain, la sécurité juridique résulte de la primauté de la preuve écrite. Or, sans sécurité pas de confiance ; et sans confiance pas de commerce. Il s'agit donc pour le commerçant et pour le consommateur de s'assurer que leurs engagements mutuels sont valablement formés. Or, à l'heure où les transactions commerciales s'effectuent de plus en plus souvent par la communication électronique, faisant ainsi disparaître tout support papier, il convient de faire coïncider une telle organisation avec les obligations légales en matière de preuve⁵.

Certains problèmes peuvent, en effet, se poser lorsqu'il s'agit de transposer les concepts d'"écrit" et de "signature" aux pratiques actuelles de commerce, caractérisées par la

communication électronique », Comm. Com. Elect., chron. N° 2, nov. 1999, p. 9, spéc. p.p 10 – 11, BRULARD (Y), et FERNANDEZ (P), « signature électronique : la réforme aura-t-elle accouché d'une «souris»? » (1^{er} partie), LPA, 25 octobre 2001, n° 213, p.8.

¹ Les moyens pour prouver un fait sont très nombreux, mais ne sont pas tous admis par le droit Marocain. Le D.O.C en mentionne cinq (5) : - preuve littérale ou l'écrit ; preuve testimoniale ; l'aveu ; le serment ; les présomptions. Nous nous intéressons ici à la preuve littérale, puisque c'est dans ce cadre que va émerger la signature électronique. La preuve littérale est celle qui résulte d'écrits émanant des parties, ces derniers étant destinés à servir de preuve. Comme le texte écrit, la signature électronique a longtemps été assimilée à sa forme manuscrite. Ainsi aucun texte ne le définissait ou ne la réglementait, même si elle était exigée pour les actes sous sein privés, pour les contrats synallagmatiques ; et pour la reconnaissance de la dette. Lorsqu'elle limitait à la forme manuscrite, sa notion semblait évidente. Elle doit assumer deux fonctions : identifier la signataire et manifester sa volonté d'approuver le contenu d'un document. Code des obligations et des contrats, précité.

² BAREL (M), «la signature électronique au cœur des débats», legalis.net, juin 2001, p.6.

³ Pour une étude sur la signature, cf. PLAIS (A), la signature, condition de forme et manifestation de volonté thèse Poitiers, 1935.

⁴ GAUTIER (P.Y), et LINANT DE BELLEFONDS (X) « de l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent », JCP, 2000, I, p. 236 ; GRYNBAUM (L.), « la preuve littérale et la signature à l'heure de la communication électronique », Comm. Com. Elect., chron. N° 2, nov. 1999, p. 9, spéc. p.p 10 – 11, BRULARD (Y), et FERNANDEZ (P), « signature électronique : la réforme aura-t-elle accouché d'une «souris»? » (1^{er} partie), LPA, 25 octobre 2001, n° 213, p.8.

⁵ Barbry (E), «le droit du commerce électronique de la protection à la confiance », revue Droit de l'Informatique et des Télécommunications, juin 1998/2.

dépersonnalisation des relations et la dématérialisation des opérations¹. Il a été reconnu unanimement que la signature électronique constitue un moyen essentiel d'assurer la sécurité et de développer la confiance sur les réseaux ouverts. La nécessité d'instaurer un nouveau cadre législatif et réglementaire apparaît donc comme une question prioritaire pour le commerce électronique. Contrairement aux législations de certains pays, comme le Luxembourg ou le Québec², le législateur marocain n'a pas défini la signature et n'a visé aucune signature particulière même s'il apparaît fort probable qu'il ait songé à la signature manuscrite. La doctrine classique définit la signature, comme étant "une marque distinctive, propre à son auteur, et sous laquelle la personne se fait habituellement connaître"³. Ainsi, de manière classique, la signature est manuscrite et le document signé est un écrit sur papier.

Tout le problème tourne autour de la confiance et l'on se rend compte qu'Internet est un outil bien impersonnel. Il est donc plus qu'important de se pencher sur la manière dont le droit a appréhendé la chose. Quels changements ont opérés les législateurs marocains quant à cette évolution ? De quelle manière ont-ils manié l'outil juridique pour allier à la fois facilité d'application, cohérence avec le droit européen ou international et pertinence ? Il est donc légitime de s'intéresser à l'évolution du droit quant à ce problème inédit. Pour ce faire, nous nous pencherons tout d'abord sur la reconnaissance juridique de la signature électronique (a) avant de traiter la différence entre les types de signature électronique (b).

a. La reconnaissance de la signature électronique :

* La signature électronique du point de vue fonctionnel⁴ : La loi 53.05 a défini la signature électronique comme l'usage d'un procédé lors qu'ils répondent à des conditions qui sont fixées par la loi et réserve ainsi la même force à la signature électronique qu'à la signature manuscrite. La signature constituée, de façon générale, d'un élément fonctionnel (identification de l'auteur), et d'un élément intentionnel (manifestation du consentement de son auteur) peut alors prendre la forme manuscrite ou électronique⁵.

¹ Blaise (C), « le commerce électronique entre professionnels en réseau ouvert », mémoire de DEA, 1996-1997.

² Le code civil luxembourgeois prévoit que "la signature consiste dans l'apposition par une personne de son nom ou de toute autre marque individualisant par laquelle elle manifeste son consentement" : source : Lamy informatique, n°2402.

³ Bensoussan (A), « Cryptologie et signature électronique, aspects juridiques », édition Hermès, p.542.

⁴ Cass. civ., 24 juin 1952, J.C.P. 1952,11,7779, obs. Pierre Voirin ; Gaz. Pal. 1952, 2, p.162.

⁵ Selon un arrêt de la cour de cassation français en date du 24 juin 1952, « la signature par le seul prénom d'un testament olographe répond suffisamment aux exigences de cet article (art 970 du C.V), dès lors qu'elle permet d'établir avec certitude l'identité de l'auteur de ce document et sa volonté d'en approuver les dispositions ». Le législateur sera donc conduit à consacrer une définition et des principes reconnus par la jurisprudence⁵, la signature n'ayant jamais fait l'objet d'une définition légale alors que plusieurs articles du code y font expressément référence⁵. Par comparaison, le Code civil du Québec dispose à l'article 2827 : "La signature consiste dans l'apposition qu'une personne fait sur un acte de son nom ou d'une marque qui lui est personnelle et qu'elle utilise de façon courante, pour manifester son consentement", TRUDEL (P), LEFEBVRE (G), PARISIEN (S), « La preuve et la signature dans l'échange de documents informatisés au Québec », Québec, les publications du Québec, 1993, v. p.62-63.

* Identification de l'auteur: Lorsque l'on énonce : "Je crypte, donc je suis", doit-on comprendre que l'usage de procédé de cryptologie permette d'identifier les signataires d'actes juridiques électroniques sur les réseaux¹? A notre avis, la réponse doit être positive, étant précisé, en cet endroit, que la cryptologie à clé publique ne se contente pas d'identifier la personne, elle renseigne également sur l'identité de l'auteur de la signature, contrairement à la signature manuscrite. En matière bancaire, il est d'usage que le banquier escompteur soit dispensé de vérifier les "pouvoirs de la personne qui a apposé la signature d'acceptation"².

En outre, peu importe que la signature soit illisible ou qu'elle s'exprime par des initiales, elle est parfaitement valable³. Aux yeux du juge, certains procédés manuscrits, en revanche, ne fournissent pas des garanties insuffisantes tels par exemple, la signature à l'aide d'une croix⁴ ou par l'empreinte digitale, et n'ont pas été acceptés⁵. Néanmoins, à côté de la traditionnelle signature manuscrite, dans la pratique des affaires, les contractants se servent également du sceau, de la griffe⁶. Toutefois, seule l'approche fonctionnelle permet d'appréhender la notion de signature dans sa globalité, sans se préoccuper de ses modalités de réalisation⁷. A observer également qu'il a déjà été jugé que la signature pouvait être réalisée à l'aide d'un pseudonyme⁸, ce qui n'est pas sans

¹ L'expression est le titre d'un article de John Browning, I encrypt therefore I am, Wired Magazine, November 1997, p.65: "Because Public key crypto is the only way to protect your identity, to establish who is really making the transaction, And that is the very foundation of commerce."

² Cass. com.23 mai 1989, Banque 1989, p.1086, obs. Jean-Louis Rives-Lange, R.T.D.com. 1990, p.65, obs. Michel Cabrillac et Bernard Teyssié. V. égal. Cass. com. 5 février 1985, R.T.D.com. 1986, p.112. La jurisprudence ne fait que consacrer un usage bancaire, constaté par plusieurs parères de l'A.F.B. Cela s'explique par le fait que la banque ne connaît pas la société tiré avec qui elle n'est pas en relation directe. En matière de transport maritime, et plus particulièrement de crédit documentaire, rappelons que la banque n'a pas à vérifier l'authenticité de la signature portée sur le connaissance; en vertu de l'article des R.U.U. 14 ("Contestation de la valeur des documents"), " Les banques n'assument aucun engagement ni responsabilité quant à la forme, la suffisance, l'exactitude, l'authenticité, la falsification ou l'effet juridique du/des documents."

³ Cass. civ. 7 février 1906, D.P. 1906, 5, 41 (signature illisible) et Paris 18 juin 1964, J.C.P. 1964, IV, 135 (à propos de la seule mention des initiales) (cités par M. Jacques Larrieu, art. préc. Note n°2, p.214).

⁴ Une simple croix n'est pas suffisante ; la jurisprudence est constante : Bourges, 21 novembre 1871, D.P. 1872, 2, p.L46 ; Req. B juillet 1903, D.P. 1903, L, p.507 ; Cass. civ., 1ère, 15 juillet 1957, Bull. civ., I, no331, p.263, J.C.P. 1957,IV, L34. Egal. : Charles-Henri Gallet, L'engagement du représentant légal d'une société anonyme par une signature ou un paraphe ne permettant pas de l'identifier, Petites affiches du 22 août 1997, p.10.

⁵ Voir Cass. civ. 15 mai 1934, D.P. 1934, 113 et D.H. 1934, p.329, qui a décidé, après avoir visé l'article 1347 du Code civil : " On ne saurait attribuer la signification et l'effet probant d'une signature à de simples marques et spécialement aux empreintes digitales qu'un individu aurait laissées, plus ou moins nettes et apparentes, sur la pièce dont il est fait, plus tard, usage contre lui."

⁶ GAVALDA (Ch), « La signature par griffe (A propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 décembre 1958), J.C.P. 1960, éd. G, I, 1579.

⁷ Pour une définition plus large, en ce sens qu'elle inclut l'authentification, v. DEVYS (CH) : " tout signe intimement lié à un acte permettant d'identifier et d'authentifier l'auteur de cet acte et traduisant une volonté non équivoque de consentir à cet acte ", Du sceau numérique...à la signature numérique, Rapport O.J.T.L, novembre 1995, publié dans l'ouvrage de l'O.J.T.L, (sous la direction de Christian Dhénin), Vers une administration sans papier, Paris, La documentation française, 1996, p.96.

⁸ Req.20 octobre 1908, D.P. 1910, 1,291, selon cet arrêt: " que la signature par lui fournie sous ce nom (le nom d'emprunt) constituait, sans doute possible sur son individualité, l'apposition de la marque distinctive et personnelle exigée pour attester sa volonté et donner à l'acte sa force légale " ; égal : Req. 10 mars 1829,

intérêt à la lecture de l'annexe I du projet de Directive européenne qui dispose que tout certificat "qualifiés" doit comporter "c) le nom du signataire ou un pseudonyme qui est identifié comme tel"¹.

Autre point très important, l'identification de l'auteur ne signifie pas qu'il faille l'authentifier. Tant sur le plan juridique que sur le plan technique, les deux notions doivent être distinguées. En effet, l'authentification telle que la définissent les techniciens implique le contrôle de l'identité du signataire², ce qui n'est pas une exigence pour la signature classique contrairement à la signature authentique. L'authentification, au sens technique, ne porte jamais sur la vérification du contenu des actes juridiques, d'ailleurs les prestataires de services de certification ne connaissent jamais le contenu des messages signés à l'aide des certificats qu'ils émettent. Le contenu des actes ne peut donc pas être authentifié (ni même la capacité des parties à l'acte).

De plus, de jurisprudence constante, les dispositions de l'article 1341 du Code civil français ne sont pas d'ordre public, les parties ayant le droit d'y renoncer³, mais elles s'imposent aux juges si celles-ci n'y ont pas tacitement ou expressément renoncé⁴. Aussi la doctrine en déduit-elle que " les parties peuvent écarter les exigences de l'article 1341, et convenir que la preuve des contrats qu'elles passeront ou qu'elles ont passés, se fera par d'autres modes que l'écrit⁵". En conséquence, les contractants peuvent organiser en toute liberté le régime probatoire de la même façon que les parties peuvent disposer de leurs droits⁶. Avec la convention de preuve, l'identification entrera dans le champ contractuel, elle devra prévoir les droits et obligations contractuelles des parties en cause. Au moyen de la signature numérique, l'émetteur du message peut être identifié par le biais d'un certificat de signature et l'intégrité du contenu du message pourra être vérifiée. A court ou moyen terme, se posera la question de l'identification électronique au moyen de procédés biométriques (ex : iris de l'œil, empreinte digitale).

Merlin 1830, T. 7, 4^{ème} éd., Signature § 8 (citée par Jacques Larrieu, identification et authentification, in Une société sans papier ?, art. préc. note n°12, p.212- 213).

¹ V. l'annexe I, c) de la position commune arrêtée par le Conseil le 28 juin 1999, J.O.C.E, C 243/33, du 27 août 1999.

² Jacques Larrieu, art. préc. Note n° 12, in une société sans papier ?, v. p 215.

³ Cass. 1^{er} civ., 5 novembre 1952, Bull. Civ. I, n° 286.

⁴ Cass. 3^{ème} civ., 16 novembre 1977, Bull., civ., III, n° 393.

⁵ HENRI ET LEON MAZEAUD, JEAN MAZEAUX, FRANÇOIS CHABAS, Leçons de droit civil, introduction générale, Paris, Montchrestien, 1991, v. no401 ; Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, Traité de droit civil, Introduction générale, Paris, L.G.D.J., 3^{ème} éd., 1990, n°567.

⁶ Ainsi, les conventions de preuve autorisant la signature informatique ont été admises à propos de cartes bancaires dans les fameux arrêts Crédicas rendus en matière de paiement électronique⁶. La cour a jugé que le Tribunal d'instance de Sète 6 avait violé les articles 1134 et 1341 du Code civil, car le litige portait sur " des droits dont les parties ont la libre disposition " et que " ces conventions relatives à la preuve sont licites ", qui plus est : l'ouverture de crédit était inférieure au seuil de 5.000 francs prévu par le législateur⁶. Selon la Cour de cassation, les parties peuvent ainsi, par contrat, accorder une valeur de preuve à un document dépourvu de signature manuscrite. Elles peuvent s'entendre sur le choix de la méthode d'identification. Ainsi, un éminent juriste a pu soutenir que "cela permet les conventions sur la charge et sur l'admissibilité de la preuve, ou sur la force probante d'un acte, mais cela interdit au juge de relever d'office une violation d'un texte en la matière ou de retenir un moyen évoqué pour la première fois devant la Cour de cassation" TERRE (F), «Introduction générale au droit», Paris, Dalloz, 1991, n°495, v. également n°485 s.

* Manifestation du consentement aux obligations découlant de l'acte : s'il est à se pencher sur le lien qui existe entre la signature et le message (ou le fichier attaché au message électronique), ce sont les techniques de signatures dynamiques ou biométriques (par exemple, "Penop") qui présentent des avantages non négligeables, spécialement sur le plan de leur simplicité d'utilisation ; elles reproduisent la signature manuscrite grâce à un procédé logiciel. Néanmoins, elles posent encore des problèmes, non résolus pour l'instant, dans la mesure où la question du lien entre la signature et le message n'est pas réglée au niveau technique. En effet, la "solidité" et la durabilité de ce lien entre la signature et le message constituent le point fondamental¹.

Au Maroc, les rédacteurs du projet étaient particulièrement soucieux de limiter la présomption au " procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache". Partant d'un environnement papier, il est certain que c'est le fait d'apposer la signature sur un support papier qui donne effet à la signature. Comment, à supposer qu'il n'y pas eu de convention préalable, accorder une valeur juridique à une signature dont l'"apposition " durable sur un acte juridique électronique ne peut être garantie ou qui ne s'incorporerait pas à un acte pour former un tout indissociable avec lui ? Le lien doit être sûr I Aucun risque ne peut être admis, il en va de la manifestation du consentement aux obligations contenues dans l'acte².

Or dans les actes juridiques, la signature repose sur cette approbation du contenu ; l'absence de l'une des deux fonctions juridiques l'invaliderait. Si avec le papier, le lien se perçoit de visu, lorsque l'acte est sous forme électronique, la technique assure la pérennité de la jonction. C'est pourquoi la signature doit être " jointe ou liée logiquement à d'autres données. L'article 417-2 établi le lien formel entre l'acte et la signature de l'acte. Lorsqu'elle est électronique, le législateur a pris la peine d'expliciter manière dont cette opposition doit être formalisée. Le procédé de la signature électronique doit identifier le signataire, garantir le lien entre l'acte et la personne dont-il émane et assurer l'intégrité de l'écrit signé.

b) Les dispositions légales de la signature électronique :

Quelle est la différence entre les types de signature électronique? La signature est d'abord un signe d'identification et de confirmation entre les parties, c'est-à-dire, un élément de sécurité. Entendu de façon extensive, la signature peut être non seulement manuscrite, revêtir la forme d'un sceau, d'un cachet mais aussi d'une matricule ou d'un code d'identification. La signature alors est l'un des codes d'où l'origine de l'idée de la recevabilité de la signature électronique³. La question de la preuve et parmi problèmes qui se posent avec acuité dans le domaine des règles juridique applicable aux échanges effectués par voie électronique.

¹ TERRE (F), «Introduction générale au droit», op.cit, p. 78.

² L'article 417 alinéa 2 du code des obligations et des contrats, précité.

³ GUINIER (D), «une signature numérique insatisfaisante est-elle encore une signature ?», op.cit, p. 15.

La signature électronique est un moyen technique qui permet d'identifier et d'authentifier l'auteur d'un document électronique¹ sur le réseau. Elle permet de résoudre le problème de l'écrit signé, ayant vocation à être en principe fiable et infalsifiable. L'usage de signature numérique est de nature à favoriser les contrats négociés à distance puisqu'elle garantit l'identité des parties au contrat et l'origine des messages protège contre les intrusions indues.

Le contrat sous forme électronique -déjà mentionné- est reconnu par le droit marocain comme ayant la même force probante qu'un écrit. En cas de litige, la méthode de signature électronique est jugée fiable selon des dispositions réglementaires bien précises. Le détail de ce que dit la loi à ce sujet. À titre liminaire, il convient de rappeler que le droit marocain des contrats n'est pas en principe un droit formel, ce qui signifie que, dans la plupart des cas, aucune forme particulière n'est requise pour qu'un acte juridique soit valide et qu'il produise tous ses effets. Il s'en déduit que les contrats sont, en principe, valides dès l'échange des consentements peu importe leur forme (oral, écrit, etc). Toutefois, il est fortement recommandé d'établir un contrat par écrit afin de pouvoir, en cas de difficulté, pourvoir apporter la preuve des engagements pris. Exceptionnellement, le droit marocain impose de se conformer à des formalités spécifiques, à défaut de quoi la validité d'un acte peut être contestée.

La récente loi 49-16 en constituant une démonstration. Le formalisme contractuel peut donc être requis soit aux fins de validité (ad validatem) soit pour des raisons de preuve (ad probationem). Les contrats électroniques n'échappent pas à cette summa divisio. En effet, selon l'article 417-1 du Code des obligations et contrats, «l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité». Le contrat sous forme électronique est donc reconnu par le droit marocain comme ayant la même force probante qu'un écrit.

Toutefois, la preuve sera admise si, et seulement si, le contrat électronique permet d'identifier la partie contractante. Selon les dispositions de l'article 417-2 du Code des obligations et contrats, «la signature [...] identifie celui qui l'appose et exprime son consentement aux obligations qui découlent de cet acte. [...] lorsqu'elle est électronique, il convient d'utiliser un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache²». En cas de litige, la méthode de signature électronique est jugée fiable par les tribunaux, trois conditions suivantes doivent être satisfaites. Premièrement, le procédé de signature électronique met en œuvre une signature électronique sécurisée, selon l'article 6 de la loi n°53-05, relative à l'échange électronique de données juridiques. La signature électronique sécurisée doit satisfaire aux conditions suivantes: être propre au signataire ; être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif ; garantir, avec l'acte auquel elle s'attache, un lien tel que toute modification

¹ KASSIM (M.H), «le droit de la preuve dans les matières civiles et commerciales», éd. Manchourat El Halabi El Hokokia, Alexandrie, p. 242.

² <http://jurismaroc.vraiforum.com/t256-Dans-le-droit-marocain-la-securite-juridique-resulte-de-la-primaut>

ultérieure dudit acte soit détectable. Deuxièmement, le dispositif de création de la signature électronique doit avoir été certifié par l'Autorité nationale d'agrément et de surveillance de la certification électronique (ANASCE¹). Troisièmement, le certificat électronique doit avoir été délivré par un prestataire de services de certification électronique agréé par l'ANASCE et doit comporter les données prévues par la loi 53-05 relative à l'échange électronique de données juridiques. Dès lors, les contrats, qui ne sont pas signés au moyen d'une signature électronique sécurisée, telle que définie ci-dessus, sont légalement contestables et leurs clauses ne seront pas automatiquement opposables en cas de litige. Si les signatures sont sécurisées, alors le contrat aura la même force probante que s'il avait été légalisé.

Comme la signature physique, la signature électronique permet, tout à la fois, l'authentification du signataire par la vérification de son identité, l'intégrité dans le sens où la signature électronique garantit l'intégrité du document signé, car toute modification du document après signature est détectable et la garantie du consentement puisque grâce à la signature électronique, la garantie du consentement du signataire est assurée et le document est alors opposable et contraignant. La loi accompagne ce mouvement de dématérialisation en ce qu'elle reconnaît à l'écrit électronique, la même force probante que celle dont est doté l'écrit sur support papier.

En guise de conclusion, la signature électronique simple doit : utiliser un procédé fiable permettant l'identification du signataire, assurer l'intégrité du document. La signature électronique avancée doit : être liée de façon univoque au signataire, permettre d'identifier le signataire, être créée par des données de création de signatures électroniques afin que le signataire puisse, en toute confiance, la garder sous son contrôle exclusif, être liée aux données signées de sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable. La signature électronique qualifiée doit respecter les caractéristiques de la signature électronique avancée mais également: être créée à l'aide d'un dispositif qualifié de création de signature, reposer sur un certificat qualifié de signature électronique². Chaque type de signature est recevable juridiquement.

En pratique, le principal enjeu de cette classification est d'ordre probatoire : le niveau de signature électronique utilisé a pour conséquence de déterminer la personne sur laquelle pèsera la charge de la preuve de la fiabilité du procédé utilisé en cas de contestation. En effet, seule la signature électronique qualifiée bénéficie de la présomption de fiabilité. Cette 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 les conditions fixées par le décret du 2013, énoncées ci-dessus. Ainsi, pour une signature électronique qualifiée, il incombe à celui qui entend contester la fiabilité du procédé

¹ ANASCE : l'Autorité nationale d'agrément et de surveillance de la certification électronique a notamment pour missions de proposer au gouvernement les normes du système d'agrément et de prendre les mesures nécessaires à sa mise en œuvre et d'agréer les prestataires de services de certification électronique et de publier un extrait de la décision d'agrément au Bulletin officiel.

² KHALIL (J), «signature électronique : certificats qualifiés "publics" ou certificats qualifiés "privés" ?», Comm. Com .elect., chron, n° 10 avril 2003, p. 11.

utilisé de démontrer en quoi le procédé utilisé n'est pas fiable. A l'inverse, pour une signature électronique simple ou avancée, la charge de la preuve de la fiabilité du procédé utilisé pour signer l'acte en cause repose sur celui qui se prévaut de la signature électronique.

B) Le certificat : « pièce d'identité » dématérialisée.

La signature électronique sécurisée nécessite la présence d'un certificat électronique sécurisé, délivré par un PSCE agréé par l'ANRT et d'un dispositif de création de signature électronique sécurisée, attesté par un certificat de conformité délivré par l'ANRT¹. Les Prestataires de Service de Certification Electronique désirant émettre et délivrer les certificats électroniques sécurisés et gérer les services y afférents doivent obtenir un agrément dans les conditions fixées par la loi 53-05 et les textes pris pour son application² **(b)**. Le certificat fait apparaître diverses indications relatives au P.S.C.E., au signataire et à des données qui lui sont propres (début et fin de validité, limites d'utilisation et limites à la valeur des transactions pour lesquelles il peut être utilisé, ...).

Les «prestataires de services de certification» doivent fournir un certain nombre de garanties dont les exigences sont prévues à la loi. Peu importe que le P.S.C.E. bénéficie d'une accréditation volontaire ou qu'il se conforme à la directive sans passer par le régime d'accréditation. Le prestataire de service de certification est un des éléments clés de la signature électronique. La délivrance du certificat va permettre d'identifier la personne physique ayant apposé la signature. En effet, cette délivrance est effectuée après un contrôle d'identité, plus ou moins renforcé, en fonction du type de signature envisagé **(a)**. Mais seule l'autorité de confiance qui a délivré la clé est en mesure de garantir le tout. Cette vérification est, en effet, effectuée à partir des données de vérification de signature électronique - c'est-à-dire la clé publique - qui se retrouvent dans un certificat électronique dont l'établissement et la gestion sont assurés par un prestataire de services de certification électronique.

a. La signature électronique sur un certificat qualifié de signature :

Le certificat est au cœur du processus de processus électronique. C'est un cachet électronique qui permet de vérifier l'authenticité d'un document et de savoir, de manière formelle, qui en est le signataire³. Les notions de certificat électronique et de signature électronique sont indissociables, mais elles ne doivent pas être confondues. L'objectif du certificat électronique est de «certifier» l'identité de son porteur lors d'échanges effectués

¹ https://www.anrt.ma/sites/default/files/Guide_agrement_PSCE.pdf

² Article 20 de la loi 53-05 précitée.

³ Le certificat est un message électronique par lequel un témoin privilégié, le certificateur, contrôle la concordance et l'adéquation de l'identité du signataire et la clé publique. L'article 417-1 du D.O.C suggère le recours au certificat dans la mesure où il exige que la personne puisse être «dûment identifiée» et l'article 417-3 ajoute que l'identité du signataire doit être «assurée». Pour sa part, l'article 10 de la loi 53.05 définit le certificat électronique comme un document établi sous forme électronique attestant du lien entre les données de vérification de signature électronique.

dans un environnement numérique. La signature électronique, quant à elle, va permettre d'identifier le signataire et d'assurer l'intégrité de son message électronique¹.

Matériellement, un certificat se présente sous la forme d'un fichier comprenant des données d'identification (nom, fonctions, qualité...) et les informations cryptographiques de son porteur (algorithme utilisé, valeur de la clef publique...) tout signé par un tiers de confiance, appelé autorité de certification. Le certificat électronique a une durée de validité limitée et il peut être révoqué. L'autorité de certification doit, par conséquent, gérer des listes de certificats expirés, révoqués ou suspendus.

D'un point de vue juridique, trois types de certificats électroniques de signature doivent être distingués. Selon les vérifications réalisées sur l'identité du porteur, le certificat a une «classe» différente². La révocation permet à un utilisateur qui a un doute sur la confidentialité de sa clef privée de prévenir les autres qu'il ne faut plus lui faire confiance. Le certificat correspondant est inscrit dans la liste des certificats révoqués publiée régulièrement par l'autorité de certification et mise à la disposition de tous sur Internet. La validité d'un certificat doit toujours être vérifiée avant de lui accorder sa confiance. La vérification de validité inclut plusieurs opérations³.

Afin d'assurer l'unicité de la clef privée et de garantir que seul son porteur légitime a pu s'en servir, il est recommandé de la conserver sur une carte à puce (ou son équivalent, une clef USB, se connectant directement à l'ordinateur sans lecteur particulier). Il est également possible de conserver la clef privée et le certificat de manière logicielle, directement dans le magasin de certificats du navigateur⁴. L'article 11 de la loi 53.05 précise les conditions selon lesquelles le certificat électronique est "qualifié". Ce dernier doit remplir des critères bien précis. Ces critères intéressent à la fois le prestataire de services de certification et le contenu même du certificat. Concernant les informations, le certificat doit comprendre un certain nombre de mentions : qu'il s'agit bien d'un certificat sécurisé⁵ (art.11-a), l'identité du prestataire, son pays d'établissement (art.11-b), le nom

¹DAMO (D.), «Le certificat électronique de signature : un véritable casse-tête pour les administrations», Jurisdemat, décembre 2004, article téléchargeable sur le site : www.jurisdemat.com.

² Les certificats de classe 1 : sont délivrés sans aucune vérification d'identité si ce n'est la déclaration d'une adresse courriel. Ils ne peuvent pas servir de base à la preuve d'une identité ;

Les certificats de classe 2 : sont délivrés sur prestation par une personne habilitée préalablement désignée (par exemple un représentant d'une entreprise) des photocopies des papiers d'identité du porteur. C'est un compromis alliant une sécurité suffisante et une relative facilité d'obtention ;

Les certificats de classe 3 : sont délivrés sur présentation par le porteur lui-même des originaux de ses papiers d'identité. C'est le niveau le plus sécurisé, mais il est extrêmement contraignant en termes d'organisation car chacun doit se déplacer pour obtenir son certificat, www.jurisdemat.com.

³ Le certificat doit être correctement constitué et signé par une autorité de certification ; l'autorité de certification qui a émis le certificat doit être digne de confiance; le certificat doit avoir été utilisé à un instant situé entre sa date de début de validité et sa date de fin de validité ; le certificat ne doit pas avoir été révoqué préalablement à son emploi, www.jurisdemat.com.

⁴ LAJOI (Th) et HISLAIRE (L), «les marchés publics dématérialisés», op .cit, p. 138.

⁵ L'article 11 de la loi 53.05 précise que : « le certificat électronique (...), est un certificat électronique sécurisé lorsqu'il est délivré par un prestataire de services de certification électronique agréé par l'autorité nationale d'agrément et de surveillance de la certification électronique et qu'il comporte les données ci – après : a) Une mention indiquant que ce certificat est délivré à titre de certificat électronique sécurisé ; b)

du signataire ou pseudonyme (art.11- c), la qualité du signataire (art.11-d). Quand à son contenu, le certificat doit mentionner: les données de vérification de signature électronique (art .11-e), la période de validité du certificat (art.11-f), le code d'identité de certificat électronique (art.11-g), la signature électronique du prestataire de service de certification (art.11-h), et enfin, les conditions d'utilisation du certificat, notamment le montant maximum des transactions pour lesquelles le certificat peut être fiable (art.11i). Pour que le procédé de signature électronique soit présumé fiable, le certificat électronique doit être qualifié. La notion d'interopérabilité¹ des certificats de signature électronique constitue un objectif important puisque la simplification passe par l'interopérabilité². Le prestataire de service de certification est appelé à être un des acteurs essentiels de la signature électronique. A ce titre, le prestataire de service de certification, qui est avant tout un prestataire de services, est soumis au régime commun de la responsabilité civile, que celle-ci soit contractuelle ou délictuelle, pour les fautes qu'il pourrait commettre à l'occasion de son activité.

b. Responsabilité contractuelle : Le porteur du certificat

Le prestataire de service de certification et le signataire, a qui est remis le certificat, ont préalablement conclu un contrat. Ce contrat sera généralement qualifié de contrat d'abonnement par le prestataire et va définir les conditions de délivrance du certificat. Selon le principe de non cumul des responsabilités délictuelles et contractuelles, un

L'identité du prestataire de services de certification électronique, ainsi que la dénomination de l'Etat dans lequel il est établi; c) Le nom du signataire ou un pseudonyme lorsqu'il existe, celui-ci devant alors être identifié comme tel, titulaire du certificat électronique sécurisé; d) Le cas échéant, l'indication de la qualité du signataire en fonction de l'usage auquel le certificat électronique est destiné ; e) Les données qui permettent la vérification de la signature électronique sécurisée; f) L'identification du début et de la fin de la durée de validité du certificat électronique; g) Le code d'identité du certificat électronique; h) La signature électronique sécurisée du prestataire de services de certification électronique qui délivre le certificat électronique; le cas échéant, les conditions d'utilisation du certificat électronique, notamment le montant des transactions pour lesquelles ce certificat peut être utilisé».

¹ L'interopérabilité est le fait que plusieurs systèmes, qu'ils soient identiques ou radicalement différents, puissent dialoguer entre eux, communiquer sans ambiguïté et ainsi interpréter des informations correctement.

² Garantir l'interopérabilité des services, c'est permettre, notamment, aux usagers d'utiliser un certificat pour l'ensemble des téléservices. Il est indispensable d'aboutir, au niveau communautaire et international, à une reconnaissance mutuelle des instances de certification. La directive communautaire du 13 décembre 1999 prévoit des mécanismes de coopération avec les pays tiers afin de reconnaître la signature électronique au niveau international et d'obtenir une interopérabilité des certificats. En ce sens, l'article 22 de la loi 53.05 fixe les règles de reconnaissance des certificats électroniques qualifiés fournis par des prestataires de certification électronique établis dans un pays tiers. L'article 22 de la loi 53.05 stipule que «par dérogation aux dispositions des articles 20 et 21 : 1- les certificats délivrés par un prestataire de service de certification électronique, établi dans un pays étranger ont la même valeur juridique que ceux délivrés par un prestataire de certification électronique établi au Maroc si le certificat ou le prestataire ou le prestataire de service de certification est reconnu dans le cadre d'un accord multilatéral auquel le Maroc est partie ou d'un accord bilatéral de reconnaissance réciproque entre le Maroc et le pays d'établissement du prestataire. 2- peuvent être agréés les prestataires de services de certification électronique dont le siège social est établi à l'étranger, sous réserve que l'Etat sur le territoire duquel ils exercent leur activité ait conclu avec le Royaume du Maroc une convention de reconnaissance réciproque des prestataires de services de certification électronique»

signataire victime d'un dommage ne pourra pas engager la responsabilité délictuelle du prestataire. Seule sa responsabilité contractuelle pourra être engagée.

Dès lors, l'existence du droit à réparation dépend de trois conditions : une faute contractuelle, un dommage et un lien de causalité entre cette faute et ce dommage. La faute consiste en une inexécution -fautive- d'une obligation contractuelle. Ainsi, il faudra connaître la nature de l'obligation du prestataire, obligation de moyen ou de résultat, pour déterminer la charge de la preuve. Pour ce faire, il faut se référer au contrat conclu entre le prestataire et le signataire. Plus généralement, le contrat ayant pour objet la délivrance d'un certificat pourra s'analyser en un contrat d'entreprise. Ainsi, les obligations à la charge du prestataire seraient plutôt des obligations de moyen, et la preuve devrait, alors, être rapportée par le signataire.

La qualification en un contrat d'entreprise peut paraître favorable aux prestataires de services de certification. Cependant, une interprétation extensive du premier alinéa de l'article 40 du projet de transposition de la directive de 1999 pourrait entraver cette qualification protectrice. *«Sauf à démontrer qu'elles n'ont commis aucune faute intentionnelle ou négligence, les personnes physiques ou morales prestataires de services de certification électronique ou fournissant d'autres services liés aux signatures électroniques sont présumées responsables du préjudice causé aux personnes qui se sont fiées raisonnablement aux certificats qu'elles délivrent.* Elles ne sont pas responsables du préjudice causé par un usage du certificat dépassant les limites fixées à son utilisation ou à la valeur des transactions pour lesquelles il peut être utilisé, à condition que ces limites aient été clairement portées à la connaissance des utilisateurs dans le certificat. » Ici, le signataire pourrait être considéré comme « une personne se fiant raisonnablement aux certificats qu'elles délivrent¹ ».

Cependant, l'usage du pluriel pour « les certificats » peut laisser penser que cette disposition s'adresse aux destinataires.

En effet, les destinataires vont être amenés à vérifier régulièrement les signatures grâce aux certificats, tandis que l'expéditeur –signataire- ne disposera que d'un certificat, le sien. Plus vraisemblablement, l'usage du pluriel vise l'activité du prestataire tournée vers la délivrance de certificats. Dans ce cas, le prestataire aurait la charge d'apporter la preuve de son absence de faute intentionnelle ou de négligence. De plus, de nombreuses obligations sont mises à la charge du prestataire par les textes réglementaires et législatifs. Ainsi, la précision et le caractère impératif de ces dispositions pourrait tendre à faire peser sur le prestataire une obligation de résultat. En effet, Décret n°2-08-518 du 25 Joumada I 1430 (21 mai 2009) pris pour l'application des articles 13, 14, 15, 21 et 23 de la loi 53-05 relative à l'échange électronique des données juridiques, notamment ses articles 21 et 22 ; fixe de nombreuses obligations aux prestataires de services de certification délivrant des certificats qualifiés: *faire la preuve de la fiabilité des services de certification électronique qu'il fournit*; assurer le fonctionnement, au profit des personnes auxquelles le certificat

¹ <https://wikimemoires.net/2013/06/responsabilite-des-prestataires-de-service-de-certification-electronique/>

électronique est délivré, d'un service d'annuaire recensant les certificats électroniques des personnes qui en font la demande ; assurer le fonctionnement d'un service permettant à la personne à qui le certificat électronique a été délivré de révoquer sans délai et avec certitude ce certificat (...)

Toutefois, l'aménagement contractuel peut être un moyen pour le prestataire de limiter sa responsabilité, en particulier pour l'usage du certificat. En effet, les conditions d'utilisation du certificat peuvent être précisées, et limitées, dans le contrat. Dans ce cas, une information claire du signataire permettra de démontrer qu'il en avait eu connaissance. Dès lors, il peut y avoir un partage ou une exclusion de la responsabilité du prestataire si le signataire commet une faute dans l'utilisation qu'il fera du certificat¹. La négligence fautive du prestataire peut, par exemple, permettre à un tiers de signer frauduleusement ou entraîner la création d'un certificat dont les informations seraient erronées. La faute de l'utilisateur peut avoir pour origine une utilisation non conforme du certificat, notamment lorsque l'usage qui en est fait dépasse les limites des transactions pour lesquelles il était prévu.

En cette matière, le dommage subit doit être direct et certain. Nul doute que les contrats du prestataire - contrats d'adhésion pour les consommateurs- tenteront de limiter ce champ de prévisibilité. Aussi, au cas où l'algorithme viendrait à être brisé, ceci pourrait s'apparenter, dans un premier temps, à un cas de force majeure. Cependant, dans un second temps, le prestataire négligent qui continue à utiliser un procédé technique dont les failles ont été démontrées pourrait voir sa responsabilité engagée. Les contrats des prestataires feront donc recourt à ces clauses limitatives de responsabilité.

Cependant, selon certains auteurs, la validité de telles clauses est relative, notamment dans trois cas de figures : Tout d'abord, il existe une exclusion générale en cas de faute lourde ou dolosive, ensuite, depuis l'arrêt Chronopost, les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ayant pour effet de priver de cause l'une des obligations essentielles du contrat doivent être réputées nulles et non écrites. Ici, une disposition limitant la réparation du préjudice subi du fait du non respect des délais de livraison au prix du transport avait été annulée. Ainsi, une clause limitant la responsabilité du prestataire au prix payé pour l'obtention du certificat devra être réputée nulle si elle a pour conséquence de priver le certificat de sa valeur dans le processus de création de la signature.

Enfin, il convient de faire attention aux clauses abusives qui pourront être insérées dans les contrats des prestataires. En cas de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat, la clause en question sera réputée nulle et non écrite. Enfin, il convient de préciser que le prestataire de services de certification est soumis à une exigence de protection des données personnelles. Les données afférentes à la personne seront le plus généralement celles du signataire. Ainsi, le recours à un pseudonyme ne devra pas laisser transparaître l'identité réelle du signataire, et le « droit à

¹ https://www.anrt.ma/sites/default/files/Guide_agrement_PSCE.pdf
https://www.dgssi.gov.ma/sites/default/files/attached_files/loi_53-05_fr-new.pdf

l'anonymat » devra être préservé. Aussi, le prestataire se doit de prendre toutes les mesures utiles pour éviter une intrusion frauduleuse dans ses bases de données. Le mécanisme de la responsabilité civile contractuelle du prestataire ayant été étudié, il convient à présent d'envisager sa responsabilité à l'égard des tiers, c'est-à-dire sa responsabilité délictuelle.

§2. La signature électronique des contrats de la commande publique :

Les communications et les échanges d'informations étant dématérialisés, la signature électronique des deux parties permet seule de maintenir le caractère dématérialisé et original du contrat. Un document signé de façon manuscrite par une partie et électroniquement par l'autre romprait la chaîne de la dématérialisation : aucune des deux parties ne disposerait d'un original signé électroniquement – celui-ci faisant foi. La signature électronique n'est obligatoire que si le pouvoir adjudicateur l'exige explicitement dans les documents de la consultation (règlement, avis).

Si la loi 53.05 n'en dit mot, il faut toutefois relever les dispositions de la directive du 13 décembre 1999¹ concernant le secteur public. Le considérant n° 19 de la directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil précise, en effet, que «les signatures électroniques seront utilisées dans le secteur public au sein des administrations nationales et communautaires et dans les communications entre lesdites administrations ainsi qu'avec les opérateurs économiques, par exemple dans le cadre des marchés publics, de la fiscalité, de la sécurité sociale, de la santé et du système judiciaire».

L'article 3-7 de la même directive pose que "les États membres peuvent soumettre l'usage des signatures électroniques dans le secteur public à des exigences supplémentaires éventuelles. Les exigences doivent être objectives, transparentes, proportionnées et non discriminatoires et ne s'applique qu'aux caractéristiques spécifiques de l'application concernée. Ces exigences ne doivent pas constituer un obstacle aux services transfrontaliers pour les citoyens". La directive prévoit l'application de la signature électronique au secteur public tout en imposant des règles particulières. Par exemple, à la formation des marchés publics par voie électronique. Faut-il s'attendre à ce que le recours à ces technologies de l'information et de la communication «révolutionne le formalisme caractéristique des marchés publics»². Bien plus, un tel bouleversement est-il souhaitable ?

Par conséquent, pour reconnaître les signatures électroniques sécurisées retenues par les systèmes marocains dans le cadre des contrats publics, il faut s'assurer qu'elles répondent aux attentes juridiques posées en la matière. Si la signature d'un marché informatisé ne semble plus poser, à l'heure actuelle, de difficultés majeures, certains domaines appellent encore des réserves quant à la reconnaissance juridique de la signature électronique.

¹ Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, Journal officiel des Communautés européennes, 19. 1. 2000, L 13/12.

² VERET (D) et FONGUE (C), «la signature électronique va-t-elle révolutionner le formalisme des marchés publics?», Gaz. Pal., 21-23 janvier 2001, p. 9.

L'un des critères les plus importants est qu'elle soit délivrée par un Prestataire de Service de Confiance qui respecte un processus de délivrance des signatures audité comme étant certifié de niveau élevé. Ainsi, trois niveaux de signatures électroniques qui correspondent chacun à un degré de qualification des PSCE, soit trois niveaux de qualification des services de confiance. Quel est donc le régime juridique de ces trois niveaux de signatures électroniques (A)¹ et quel rapport existe-t-il entre leur niveau de qualification et le champ d'application des signatures électroniques délivrées (B) ?

A) Marchés publics :Le passage à la signature électronique

Dans le cadre d'une politique globale de dématérialisation de l'administration publique, l'arrêté du ministre de l'économie et des finances du 4 septembre 2014², relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics, marque une nouvelle étape de la dématérialisation des procédures. A signaler que l'obligation de cet arrêté a donné lieu à une concertation entre les différents acteurs économiques, afin de simplifier l'usage de la signature électronique et de ses contrôles dans le cadre de cette dématérialisation. La représentation des personnes morales est assurée dans les mêmes conditions que dans le cas d'une signature manuscrite: la personne physique représentant la personne morale signe pour le compte de l'entité.

Dans le cadre de la passation des marchés public, cette questionne revêt qu'un intérêt limité puisque les modalités de représentation de la personne publique par le pouvoir adjudicateur sont prévues dans le décret des marchés publics. La mise en place de la signature électronique suppose un certain nombre de préalables. Les acheteurs et les entreprises doivent avoir acquis les certificats de signature. Surtout, les entreprises doivent avoir précisé l'organisation interne de leur entité et désigné, en leur sein, les personnes qui seront habilitées à signer au nom de l'entité. Cette organisation nécessite un délai. C'est la raison pour laquelle les textes actuels ne rendent pas l'usage de la signature électronique obligatoire. L'absence d'obligation de recours à la signature électronique n'interdit pas pour autant d'y recourir. Si l'acheteur et l'attributaire du marché sont capables de signer électroniquement le marché, rien ne doit les retenir de le faire (a), ainsi la signature électronique doit respecter certains critères pour ne pas être contestable (b).

a. E-signature un outil incontournable pour l'accès aux marchés publics:

La signature électronique est aujourd'hui incontournable, notamment pour répondre aux marchés publics car la dématérialisation va devenir la norme. Cependant, mettre en place une signature électronique demande un certain nombre de préalables. C'est pourquoi, les textes législatifs actuels ne rendent pas l'usage de la signature électronique obligatoire.

¹ GROSS (Th), «die informatisierung der verwaltung, verwaltungsarchiv», 2004, vol. 95, n°3, p. 400: l'auteur s'interroge sur l'impact de la mise en œuvre des techniques de communication et de l'informatique (notamment la signature électronique) tant en droit administratif général que dans les pratiques de l'administration dans toutes les questions de procédures de l'organisation des services et des actes administratif.

² L'arrêté du ministre de l'économie et des finances n° 20-14 du 8 kaada 1435 (4 septembre 2014), B.O n° 6300 du 21 hijja (1435) – 16/10/2014, p. 4197.

Depuis le 1^{er} janvier 2015, l'arrêté n° 20-14 du 4 septembre 2014 relatif à la dématérialisation des procédures des marchés publics est entré en vigueur. Les acheteurs publics se trouvent ainsi dans l'obligation d'accepter les offres électroniques via le portail des marchés publics¹. Le portail des marchés publics a pour objet de présenter les pré-requis de la soumission électronique à observer par les acheteurs publics utilisateurs du portail des marchés publics.

Tout d'abord, il faut s'assurer de l'existence des pré-requis techniques assurant le bon fonctionnement du portail des marchés publics sur les postes de travail des acheteurs publics notamment pour le dépouillement en ligne des plis électroniques déposés par les soumissionnaires, pour ce faire l'acheteur public est invité à cliquer, au niveau du menu latéral gauche sur le lien "Tester la configuration de mon poste".² Le principe de la dématérialisation des marchés publics est la possibilité de conclure des marchés par voie électronique, soit par l'utilisation du courriel, soit par l'emploi d'une plate-forme en ligne sur internet³. Ainsi le décret des marchés publics a fait l'objet de modification successive. A noter que depuis le 4 avril 2013, le décret n°2-12-349 relatif aux marchés publics indique que l'acheteur public ne pourra plus refuser de recevoir des candidatures et les offres qui sont transmises par voie électronique.

De manière générale, tous les échanges (documents, informations) qui induit la procédure de passation d'un marché peuvent être opérés par des moyens électroniques. Ceux-ci doivent assurer l'intégrité des informations transmises, ainsi que la confidentialité des candidatures et des offres. Ils doivent également être interopérables, avec la possibilité de recourir à une signature électronique⁴. Le E-commerce permet de viser un marché planétaire d'acheteurs direct et à moindre coût, les agents économiques cherchent à réaliser cet objectif, le commerce électronique dont les actions sont transfrontalières et qui s'adresse à un marché global, connaît des niveaux de croissance différenciés à travers le monde, ce qui génère des inégalités d'utilisation de ce mode de commercialisation d'un

¹ www.marchespublics.gov.ma pour les appels d'offres dont l'estimation est supérieure ou égale à 5 millions de dirhams Hors Taxes.

² <https://www.marchespublics.gov.ma/pmmp/spip.php?article119&lang=ar>

³ Arrêté du ministre de l'économie et des finances n° 1872-13 du 4 chaabane 1434 (13 juin 2013), Relatif à la publication des documents dans le portail des marchés publics, B.O n° 6174 du 23 ramadan 1434 (1^{er}-8-2013), p. 2219.

⁴ Plus précisément, concernant l'arrêté du ministre de l'économie et des finances n° 1872-13, précité, les principaux axes sont notamment que l'usage des certificats électroniques dans les marchés publics n'est plus limité à une liste de catégories de certificats: tout certificat de signature conforme au référentiel général de sécurité, ou à des conditions de sécurité équivalentes, est désormais accepté dans les marchés publics. Les opérations de vérification de la signature électronique sont précisées, et facilitées pour certificats de signature figurant sur une liste de confiance. En outre, d'un point de vue technique, les certificats devront être conformes au référentiel général de sécurité et sensibiliser les différents acteurs aux nouvelles pratiques, notamment aux formats de signatures autorisées. Cet arrêté va soi que des évolutions des textes sont encore à attendre afin de renforcer la sécurité. En l'état actuel des textes, deux phases doivent être distinguées quant à la passation d'un marché dématérialisé : la procédure d'information, et la transmission des offres et candidatures par voie électronique

pays à un autre¹. Dans le cadre des appels d'offres ouverts, le recours à un procédé de signature électronique n'est pas, a priori, imposé par le décret du 20 mars 2013 des marchés publics. En conséquence, l'avis d'appel d'offres n'aura pas à être signé électroniquement. D'ailleurs, tel est également le cas dans le contexte papier où les appels d'offres ne sont pas signés par les responsables des marchés publics. Les documents du DCE ne doivent pas, en principe, évoluer au cours de la consultation. Si l'acheteur envisage une modification dont l'effet est de réviser l'objet de la consultation, la procédure en cours doit être interrompue. Il en va de même si une erreur figure dans certains de ces documents. Dans ces deux cas, une nouvelle procédure devra être engagée.

Des lors, la mise à disposition de tels documents sous forme électronique impose, une certaine prudence. Le pouvoir adjudicateur devra ainsi protéger le document contre toute altération (par exemple, en le diffusant sous le format PDF) et s'assurer que la mise à disposition remplit les conditions formelles de publication, notamment quant à son origine, son accès et sa disponibilité². A l'exception des procédures ouvertes (c'est-à-dire dans le cadre d'un appel d'offres restreint, d'une procédure négociée, d'une procédure de dialogue compétitif et d'une procédure de concours restreint), le pouvoir adjudicateur peut également envoyer par voie de consultation aux candidats sélectionnés.

Ceux-ci sont alors avisés qu'ils sont habilités à télécharger le dossier de la consultation. Cette possibilité doit être prévue dans l'avis de publicité. A ce stade, le recours à un procédé de signature électronique de la lettre de consultation adressée par l'acheteur aux personnes intéressées ne semble pas, non plus, obligatoire.

Du point de vue de la légalité, la signature électronique de cette lettre n'est pas imposée. Néanmoins, il semble encore une fois que la vigilance soit de mise, toujours dans un souci de sécurité juridique. En effet, d'un point de vue probatoire, l'utilisation d'un procédé fiable de signature³, voir l'utilisation d'un procédé dont la fiabilité est présumée au sens du décret 20 mars 2013⁴, apportent la sécurité juridique nécessaire en cas de litige. Ici, la signature électronique aura pour effet d'apporter la preuve que ces documents ont bien été mis en ligne par l'acheteur public et qu'ils sont bien ceux qu'il y a mis. L'utilisation de tels procédés ne peut ainsi qu'être fortement recommandée.

¹ Au Maroc, un nombre croissant d'entreprise se mettent à l'heure du E-commerce, notamment la conservation foncière, la caisse-nationale de sécurité sociale, Royal air Maroc..., le Maroc offre de sérieux atouts en matière d'exportations de services, tels que le secteur de l'aérien, le tourisme et l'artisanat.

² Sur ce point, le Vade-mecum juridique sur la dématérialisation des marchés publics du MINEFI (op. cit., p. 16) considère que la signature du DCE n'est pas nécessaire pour deux raisons «D'une part, on imagine mal que l'acheteur public qui disposerait d'un site sur lequel seront mis en ligne les DCE ou le prestataire qui héberge ce site en son nom, n'aient pas prévu un dispositif qui permette de contrôler et de valider la mise en ligne des documents qui y figurent. D'autre part, à ce jour sont largement disponibles plusieurs formats électroniques qui permettent de figer ces documents dans un état donné ainsi que des protocoles de transmission sécurisée qui assurent leur intégrité».

³ Procédé garantissant l'identification du signataire et le lien entre la signature et l'acte auquel elle s'attache conformément à la définition de la signature électronique donnée à l'article 417-3 du Code des obligations et des contrats, précité.

⁴ C'est-à-dire un procédé de signature électronique reposant sur un outil de création certifié et un certificat électronique qualifié.

Pour pouvoir consulter et archiver sur leur ordinateur le cahier des charges, les documents et renseignements complémentaires, les candidats intéressés doivent, quelle que soit la procédure, indiquer le nom de la personne physique téléchargeant les documents, ainsi qu'une adresse électronique permettant au pouvoir adjudicateur, le cas échéant, d'établir de façon certaine une correspondance électronique avec l'opérateur économique concerné. Cette disposition ne vise pas expressément la signature électronique pour le téléchargement des documents concernés par les personnes impliquées. Les candidats qui choisissent de prendre connaissance par voie électronique des documents, conservent la possibilité, au moment du dépôt de leur candidature ou de leur offre, de choisir entre la transmission par voie électronique et la transmission sur un support papier ou, si le règlement de la consultation la permet, la transmission sur un support physique électronique.

Ainsi est-il reconnu que la forme du dossier de consultation retiré par l'entreprise est sans aucune influence sur le mode de transmission de sa candidature et de son offre qui relève totalement de son choix sous réserve qu'elle ne pourra utiliser la transmission sur son support physique électronique que si l'acheteur l'a prévu dans le règlement de la consultation. Les candidats doivent choisir entre, d'une part, la transmission électronique de leurs candidatures et de leurs offres et, d'autre part, leur envoi sur un support papier ou le cas échéant, sur support physique électronique. Il est offert à l'entreprise un choix entre la transmission électronique; l'envoi sur un support papier et, si le règlement de la consultation le permet, l'envoi sur un support physique électronique¹. Ainsi, une offre transmise par voie dématérialisée ne peut pas succéder à une candidature envoyée sur support papier ou une offre envoyée sur un support numérique ne peut pas succéder à une candidature transmise par voie dématérialisée. Le pragmatisme oblige toutefois à admettre le cas dans lequel il n'existe pas de choix pour l'entreprise.

En effet, que l'entreprise choisisse la transmission électronique ou l'envoi postal, ces voies ne sont pas valides pour les éléments demandés par l'acheteur qui ne peuvent pas être dématérialisés ou mis sous plis. Est donc exclu de la problématique le cas des échantillons dont les modalités de transmission devront être précisées dans le règlement de la consultation².

¹ L'article 7 de l'arrêté du ministre de l'économie et des finances a aussi pour effet que le choix offert ne permet pas un mode de transmission différencié entre la candidature et l'offre qui sont envisagées comme un tout. Il permet ainsi d'éviter le double envoi par une entreprise d'un pli par courrier et par voie électronique. Si tel est le cas, l'acheteur doit rejeter la candidature et l'offre de chacune des deux versions. Par ailleurs, il facilite la gestion par l'acheteur des dossiers des candidatures et d'offres reçues des entreprises, les uns sous forme électronique, les autres sur un support papier. Article 7 de l'Arrêté du ministre de l'économie et des finances n° 20-14 du 8 kaada 1435, 4 septembre 2014, relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics, B.O n° 6300 du 21 hija 1435 (16-10-2014).

² L'article 3 de l'arrêté du ministre de l'économie et des finances n° 20- 14 du 04 octobre 2014, précité, dispose notamment de «garantir l'authentification et la non répudiation des documents signés sur le portail, par le biais d'un procédé de signature électronique»..

En revanche, aucun avis ne peut compter d'interdiction de transmission par voie électronique. Sous l'angle de la signature des entreprises pour une transmission électronique, seuls les aspects relatifs à l'identification des auteurs des offres et à l'intégrité des écrits sont ici retenus. Plus particulièrement, en ce qui concerne l'identification des candidats, les conditions sont expressément posées, si ce n'est dans le procédé à retenir, au moins au regard des exigences fonctionnelles que ce procédé doit garantir.

La question qui se pose est la suivante. Faut-il une signature électronique ordinaire ou une signature électronique sécurisée pour répondre aux exigences légales ? La réponse doit être encore nuancée: l'article 9 de l'arrêté du 04 octobre 2014 précité dispose que, «la signature du concurrent ou de son représentant dûment habilité se fait au moyen d'un certificat délivré par une autorité de certification agréée, conformément à la législation et la réglementation en vigueur». Dans l'univers électronique, il faut de ce fait que le procédé mis en place par le candidat permette la vérification par l'acheteur de l'habilitation juridique du signataire. La signature électronique sécurisée permet non seulement une telle vérification, mais elle garantit, au demeurant, que la personne inscrite dans le certificat dispose bien de ladite habilitation du fait des mentions inscrites dans le certificat qualifié joint à la signature électronique.

En revanche, les procédés de signature électronique «ordinaire» ne le permettent. De plus, dans ce dernier cas, il appartiendra à la personne qui l'a mise en place d'en démontrer la fiabilité en cas de litige, ce qui ne sera pas aisé. A priori, il semblerait donc que le procédé de signature électronique sécurisée réponde de façon adéquate aux exigences du pouvoir réglementaire en matière de transmission des offres et candidatures par voie électronique. Mais la discussion demeure ouverte, faute de mention expresse du texte¹. Il ne résulte d'aucun texte l'obligation, pour le soumissionnaire, de disposer d'une signature électronique sécurisée bénéficiant d'une présomption de fiabilité. Alors, s'il est affirmé qu'il faut bien une signature électronique pour les offres et candidatures transmises par voie électronique, en revanche, les procédés utilisés devront, pour être réputés recevables, remplir les exigences imposées ; à charge aux intéressées, en cas de litige, de prouver la fiabilité des procédés utilisés à la différence des procédés de signature électronique sécurisée visées par le décret du 20 mars 2013.

Le niveau de signature exigible du soumissionnaire dans le cadre d'un marché dématérialiser, deux questions doivent être posées : la présomption de fiabilité est-elle exigée par les textes? Si elle ne l'est pas, quel niveau de sécurité, en fonction du risque, convient-il de préconiser pour la signature du soumissionnaire ? Des textes réglementant la signature électronique, ils ne résultent pas l'obligation pour le soumissionnaire de disposer d'une signature bénéficiant d'une présomption de fiabilité c'est-à-dire établir

¹ Les autorités communautaires et nationales considèrent, en effet, que les techniques évoluent. Il s'ensuit qu'il ne faut pas enfermer les textes en visant des procédés particuliers, sauf à devoir modifier souvent les textes, ce qui n'est pas souhaitable. Il est nécessaire, en revanche, de raisonner par équivalent fonctionnel. Le Vade-mecum juridique sur la dématérialisation des marchés publics du MINEFI, op.cit., p. 18.

grâce à un dispositif sécurisé de création de signature électronique dont la vérification repose sur un certificat qualifié. Pour déterminer, la signature électronique est utilisée afin de simplifier et d'accélérer les procédures de passation des marchés publics. C'est un outil qui s'inscrit dans le cadre de la dématérialisation obligatoire de la commande publique. Apposée sur un document, la signature électronique permet d'authentifier l'identité de l'auteur. Elle protège également les documents de sorte que la présence de toute modification est notifiée au destinataire. Par cet acte, l'émetteur apporte une garantie de consentement à l'opération en cours.

En outre, elle facilite l'envoi de données qui peut être effectué en quelques secondes. La signature électronique intègre aussi une fonctionnalité de non-répudiation, empêchant ainsi l'auteur de renier le document signé. La transparence des échanges est ainsi assurée, favorisant l'interpolarité entre les différents acteurs, autorités et acheteurs publics. C'est l'un des enjeux majeurs des entreprises - TPE et PME comprises - qui souhaitent accéder aux marchés publics. Elles ont l'obligation de disposer de la signature électronique qui assure aussi une fonction de protection de données.

b. Le déploiement de la signature électronique :

Le Conseil d'Etat a récemment précisé l'étendue des obligations pesant sur les acheteurs dans le cadre d'une procédure dématérialisée¹. L'acheteur n'est pas tenu de mettre en place un dispositif spécifique d'alerte des candidats sur l'absence de signature électronique (quand bien même il s'agirait de l'acte d'engagement), sauf s'il mentionne l'existence de celui-ci expressément dans les documents de consultation. En l'espèce, un candidat a vu son offre rejetée comme irrégulière, dans le cadre d'une procédure dématérialisée, au motif que l'acte d'engagement ne comportait pas de signature électronique. Le juge des référés a annulé la décision du pouvoir adjudicateur, estimant que l'absence de signature électronique ne pouvait à elle seule justifier le rejet de l'offre.

Le Conseil d'Etat a, par la suite, annulé l'ordonnance du juge des référés au motif que le candidat ne peut pas soutenir que le pouvoir adjudicateur aurait dû prévoir un dispositif d'alerte spécifique alors même qu'il n'en a aucune obligation². La responsabilité du dépôt de l'offre repose ainsi sur le candidat. L'arrêt rendu le 7 novembre 2014 ne modifie pas les conséquences du défaut de signature de l'acte d'engagement³ : l'exigence d'une signature est préservée, que l'engagement soit matérialisé ou dématérialisé. Quel sera l'impact de cette jurisprudence sur le développement de la dématérialisation dans la commande publique ? Si la dématérialisation constitue une remarquable avancée de la commande publique, certaines barrières techniques et juridiques l'empêchent d'atteindre son but : simplifier l'accès des entreprises aux opportunités publiques d'affaires.

¹ Conseil d'Etat, 7 novembre 2014, req. n°383587 : www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin

² Ibid. : la société « ne peut pas non plus utilement soutenir qu'elle n'aurait pas été informée de l'absence de signature électronique de l'acte d'engagement par un dispositif d'alerte spécifique, dès lors qu'en tout état de cause, ni les dispositions de l'article 56 du code des marchés publics ni les documents de la consultation ne prévoyaient la mise en place d'un tel dispositif ».

³ Conseil d'Etat, 27 octobre 2011, req. n°350935 : www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction

A l'heure actuelle, trois niveaux de signatures électroniques cohabitent selon la réglementation européenne. Outre la signature simple, qui correspond au premier stade de sécurité et de reconnaissance légale de la signature d'un document, la signature avancée permet de relier le document au signataire de manière univoque. Enfin, la signature qualifiée est le seul équivalent reconnu à une signature manuscrite et nécessite, en particulier, une identification en face à face¹. Ces signatures électroniques doivent être générées au moyen de certificats numériques délivrés par des autorités de certification, tiers de confiance. En effet, ces dernières garantissent l'identité des signataires.

La signature électronique n'est pas spécifique à la dématérialisation des procédures d'achat. Comme la signature papier, elle authentifie un document ou un acte. Comme pour le papier, le document ne peut être modifié, sous peine de nécessiter une nouvelle signature. En effet, la moindre modification intervenant dans un document électronique signé casse cette signature. La signature électronique bouleverse ainsi les habitudes². En outre, le certificat électronique joue le même rôle qu'une pièce d'identité: il permet de vérifier l'authenticité d'une signature en comparant l'identité du signataire avec sa pièce d'identité. De même que la pièce d'identité est délivrée par une autorité habilitée, le certificat est remis par une autorité de certification qui va contrôler et certifier la véracité des informations relatives au signataire sur la base de documents officiels.

Pour favoriser l'essor des téléprocédures utilisant la signature électronique, l'administration met en place une politique globale de sécurité qui repose sur les deux axes suivants: mise en place d'une infrastructure de gestion de clés (IGC) publique et définition d'une politique de référencement intersectoriel de sécurité (PRIS). Il est, en effet, possible pour les administrations de faire valider leur IGC par une IGC gouvernementale racine³ (IGC/A ou IGC gouv), reposant sur une hiérarchie de la confiance pyramidale. Les autorités de certification (AC) sont contrôlées et signées par des autorités de niveaux supérieurs. Ce sont seulement ces dernières qui procèdent à des reconnaissances mutuelles.

Au sommet de cette pyramide, il y a les autorités de certification racines dont le certificat est auto-signé avec leur propre clé privée. Le principe de l'autorité racine est qu'elle doit susciter la confiance de l'ensemble des partenaires nationaux ou internationaux pour tous les types d'échanges électroniques et pour tous les publics. Pour répondre également à ce besoin de sécurité, on découvre, à côté de la classification définie précédemment par les professionnels de la sécurité se rapportant au certificat électronique, une autre classification répondant, spécifiquement, aux exigences de sécurité des téléservices de la sphère publique.

¹http://sieil37.fr/images/Actualites/Sieil/Demat-2016-11-24/CR_V02_signature_electronique_24_11_

² HUGUET (H.), «La dématérialisation des procédures : un défi pour 2005», la lettre du cadre territorial, n° 269, 15 février 2004, disponible sur www.territorial.fr.

³ Dans ce sens; ADELE 120: autorités de certification administratives. Consulter sur : http://www.fonction-publique.gouv.fr/files/files/IMG/pdf/projet_ADELE.pdf

La signature électronique repose sur un mécanisme de chiffrement qui permet d'authentifier l'auteur du document, de garantir l'intégrité de ce document et de le rendre irrévocable. La validité de cette signature repose sur un certificat lui-même dépendant d'un mode d'attribution. Selon les exigences de sécurité, on distingue 4 types de certificats au niveau européen (normes ETSI) : celui de niveau 1 pour lequel seule l'adresse électronique du demandeur est nécessaire, le niveau 2 requérant une preuve de l'identité (photocopie de carte d'identité, par exemple), le niveau 3 où la présence physique du demandeur est obligatoire et, enfin, le certificat de niveau 4, identique au niveau 3, mais stocké sur un support physique cryptographique (clé USB ou carte à puce).

En France, on se réfère plus généralement au RGS (Référentiel Général de Sécurité) et ses niveaux sous forme d'étoiles correspondant à des niveaux de sécurité progressifs sur la qualité de certification de l'identité numérique. Les points de correspondance entre ces deux modes ? Le niveau de signature 1 ne comporte pas de certificat. Le niveau 2 peut être considéré comme un certificat RGS* et RGS**. Les niveaux 3 et 4 peuvent être comparés au certificat RGS***. Si la PKI assure la gestion des certificats (création, distribution, révocation, etc.), le tiers de confiance valide les certificats. On parle d'autorité de certification (AC) qui définit une politique de certification et la fait appliquer. Il y a ensuite l'autorité d'enregistrement (AE) qui garantit la validité des informations contenues dans le certificat, et enfin l'opérateur de certification (OC) qui assure la fourniture et la gestion des certificats électroniques¹.

En raison des enjeux d'un marché, des difficultés à convaincre un juge de la fiabilité d'une signature numérique ou de toute autre considération, la personne publique peut parfaitement exiger une signature conforme au niveau 3 de la PRIS, qui est réputée fiable. Concrètement, un responsable de plate-forme peut donc choisir de demander des certificats de niveau 2 ou de niveau 3, ou de niveau 2 en général et de niveau 3 pour certains marchés ou procédures. De même, une entreprise peut estimer nécessaire de se doter de certificats de niveau 3², si la protection supplémentaire qu'ils apportent et leur sécurité juridique lui paraissent indispensables.

Mais, en tout état de cause, la présomption de fiabilité n'étant pas un élément obligatoire, la sécurité requise est amplement satisfaite par les conditions organisationnelles mises en œuvre pour un niveau 2. Il peut être utile, de surcroît, d'utiliser ce certificat pour signer aussi d'autres documents, même si aucune obligation juridique ne l'impose, voire que d'autres personnes ou entités (serveur informatique, par exemple) signent également des

¹<https://www.solutions-numeriques.com/articles/les-4-niveaux-de-securite-de-la-signature-electronique/>

² D'ailleurs, il est à noter que le Vade-mecum juridique sur la dématérialisation des marchés publics ne préconise pas l'emploi du niveau 3 pour sécuriser les candidatures et les offres électroniques des candidatures. Ce document d'orientation recommande seulement aux acheteurs publics d'appliquer le niveau 2 de la PRIS qui exige la mise en œuvre d'une signature électronique sécurisée combinée avec l'utilisation d'un certificat électronique délivré après une vérification physique du porteur. Le principe retenu en matière d'administration électronique est qu'un service dématérialisé ne doit pas avoir, en matière de sécurité, d'exigence supérieure à la procédure papier. Il est donc nécessaire d'adapter le mode d'accès utilisé, avec ou sans authentification, en fonction du type de démarche administrative. Consultable sur le site de l'ADAE à l'adresse suivante: <http://www.adae.gouv.fr/MG/pdf/PRISv2.0>

documents : c'est en effet un moyen de garantir l'intégrité et l'origine des documents, moyen dont la mise en œuvre est commode pour ceux qui en sont déjà dotés et pour leurs correspondants. Cependant, il n'est nullement exigé que les employés de la personne publique apposent des signatures électroniques, sauf pour signer le marché lui-même¹.

En résumé, on peut affirmer que les premiers pas de la production de documents électroniques ont consisté surtout à réduire au maximum, pour l'institution, le risque de perdre des documents ou d'en créer d'autres insuffisamment fiables, face aux pressions en faveur de l'utilisation massive et indiscriminée de la signature électronique. À noter à ce sujet qu'en Espagne², dans certains domaines le débat demeure vif quant à la nécessité ou non de signer à nouveau les documents électroniques avant que prescrivent les certificats qui les ont générés. D'autre part, la gestion des documents électroniques implique une gestion beaucoup plus rigoureuse des métadonnées relatives au document et aux objets numériques qui le composent, la signature électronique et la conformité du certificat qui lui confer sa validité.

B) Le dispositif de signature électronique : Champ d'application

Dans le cadre de la procédure de passation d'un marché public, il faut, en principe, une délibération de l'assemblée autorisant l'exécutif à signer l'acte d'engagement. Cette délibération peut-elle signée électroniquement? La pluralité de signature de cet acte ne limite t-elle pas l'application de la signature électronique? La constitution d'une assemblée délibérante "virtuelle" étant tout à fait réalisable (et d'ores et déjà opérationnelle), il est de toute évidence nécessaire de pouvoir signer sous forme électronique de tels actes, sans quoi, il n'y aurait aucun intérêt à dématérialiser l'instance délibérante. L'évolution des technologies ainsi la souplesse du juge en ce domaine permet parfaitement d'appréhender la signature électronique des délibérations (a). Comme pour la signature «papier», la signature électronique donne lieu à des désignations et délégations qui doivent être précises et publique. Néanmoins les textes relatifs à la signature électronique répondent précisément exigences des délégations (b).

a. les exigences pour la signature électroniques des délibérations

La signature est une forme nécessaire à la légalité, voire à l'existence même des délibérations. En effet, l'obligation de signer une délibération est requise par le CCGT. En se sens, la signature permet de déterminer que l'acte est effectivement pris par le signataire. En revanche, le CCAGT ne précise pas la forme de la signature. Sur ce point, Mme. Dauriac observe que l'évolution de la forme de la signature tient au fait qu'elle est

¹ Il faut noter, sur ce point, que le Vade-mecum juridique sur la dématérialisation des marchés publics n'évoque pas la technique de signature des enveloppes et se limite, au titre de la problématique des offres (cf. Vade-mecum juridique sur la dématérialisation des marchés publics point 9-5, p. 24), à la signature de l'acte d'engagement, dissuadant d'exiger une signature sur les autres pièces contractuelles. Si la signature des enveloppes peut revêtir un intérêt pratique, il serait utile que des textes d'application le prévoient expressément. Mais il faudrait alors changer la culture actuelle qui traite la dématérialisation dans une démarche «obsessionnelle» de stricte équivalence avec la procédure «papier».

² http://www.girona.cat/sgdap/docs/casellas_conferencia_ginebra_FR.pdf

un acte juridique en soi, mais toujours accessoire de l'acte juridique principal¹. Or l'écrit n'est plus aujourd'hui seulement entendu comme un écrit papier.

Dès lors, il est tout à fait concevable qu'une délibération soit signée électroniquement par les membres de toute assemblée, sous réserve évidemment de respecter les conditions fixées par les textes. Concrètement, l'apposition d'une pluralité de signatures sur un même document peut être réalisée par une succession d'applications des procédés de signature de chaque conseiller à l'acte. Toutefois, selon Mme. Cantéro, cette procédure pourrait provoquer une *«éventuelle dégradation de l'acte»*². En effet, explique-t-elle, *«chaque nouvelle signature donne une nouvelle empreinte du message puisque la signature du conseiller municipal qui a précédemment signé est intégrée au message qui doit être signé»*³. Pourtant, cette observation peut être nuancée à la lumière de la pratique et ce, sous le contrôle du juge.

En pratique, dans le cadre des procédures "papier", un procès-verbal est rédigé à l'issue du Conseil municipal résumant tout ce qui s'est passé, et c'est ce document qui est signé par tous les élus. Ce PV reste en mairie et n'est pas envoyé à la préfecture. Puis, pour chaque décision qui a été prise lors du Conseil municipal, une délibération est adoptée et signée par l'élus en charge du domaine concerné.

Comme pour le papier, ne sont envoyés à la préfecture pour contrôle de légalité que des actes qui sont signés par un seul élu. Dans ce cas et d'un point de vue juridique, aucune difficulté ne se pose quant à la signature électronique de ce type d'acte. Par ailleurs, si la signature d'un conseiller n'est pas apposée, seule la cause de ce défaut de signature doit être mentionnée. Ce peut être l'indisponibilité de l'élus ou un désaccord avec la décision elle-même. Cette mention ne peut être assortie de commentaires récusant le contenu du procès-verbal établi sous le contrôle de l'organe délibérant⁴. Par ailleurs, le défaut ou le retard des signatures ou des mentions qui ont empêché les membres présents de signer est sans effet sur l'existence et la validité des délibérations⁵. Il est également sans incidence sur leur force exécutoire, qui dépend seulement de leur transmission au représentant de l'Etat ainsi que de leur publication et, le cas échéant, de leur notification⁶.

¹ DAURIAC (I), «la signature», op.cit, n° 457 et 458.

²CANTERO (A.), «Des actes unilatéraux des communes dans le contexte électronique», op.cit., p.234.

³ Cet auteur envisage, par ailleurs, l'application indépendante de la signature de chaque conseiller à la délibération. Mais cette démarche conduirait, selon elle, à avoir autant de délibérations que de signatures. Or, si l'article L. 2121-23 du CGCT a posé la règle de la pluralité de signatures des délibérations, il sous-entendait sur le même document. Ibid.

⁴ En aucun cas, il n'est permis de mentionner comme présent un membre du conseil qui se trouverait absent. La désignation comme présent d'un membre absent engage la maire.

⁵ CE, 10 janvier 1992, «Association des usagers de l'eau de Peyreleau», Rec., p. 13 ; Dr. adm., 1992, comm. n° 79 ; CF. 21 octobre 1992, «Époux Guillou et autres», Gaz. Pal, 1993 -2, Panorama de dr. adm.,p .92.

⁶ Il faut savoir que l'établissement d'une délibération dont le Conseil municipal n'aurait pas été saisi peut conduire à envisager l'application de l'incrimination pénale de faux en écriture publique, punie par l'article 441-4 du Code pénal. La jurisprudence a ainsi considéré que constitue un faux en écriture publique le fait de faire établir et de signer, pour l'adresser au préfet de département, un extrait du registre des délibérations du Conseil municipal de la commune relatant une délibération dont ce registre ne contient

Au regard de ces éléments, la fonction principale de la signature d'une délibération est donc de garantir l'identité de contenu entre l'acte adopté et celui retranscrit lors de sa mise en forme¹. Pour d'autres types d'échange, en revanche, il peut y avoir besoin de plusieurs signatures électroniques, mais cela ne pose pas de difficultés car on peut, selon les besoins juridiques, faire de la co-signature ou de la contre-signature. La problématique n'est que technique.

Si plusieurs personnes signent un même document, les dispositifs de vérification des signatures vont contrôler la validité de ces signatures à la suite. Soit elles sont toutes valables et tout va bien, soit elles ne le sont pas. Mais plusieurs signatures électroniques n'altèrent nullement la lisibilité du document et n'empêchent nullement de les contrôler, il faut juste le faire dans l'ordre inverse des signataires². Les pouvoirs publics s'efforcent de mettre en place les moyens adéquats. Pour une collectivité, une variante du parapheur pour signature peut être le registre des délibérations d'une assemblée.

Dans une collectivité, dès lors que la dématérialisation s'effectue à la source, c'est tout le mode d'organisation des services ou le fonctionnement des assemblées qui peut être simplifié. En amont des séances, les élus pourront recevoir, avec la convocation, les documents dématérialisés sur leur ordinateur. En aval, le public pourra être informé par la mise en ligne des documents qui doivent être mis à sa disposition, tel le recueil des actes administratifs dématérialisés. La télétransmission des actes soumis au contrôle de légalité peut être l'occasion pour les collectivités de franchir le pas et d'expérimenter la dématérialisation dès la phase d'élaboration des actes. Une fois autorisé à faire les actes nécessaires à la passation, l'exécutif peut donner délégation dans les conditions prévues par les textes aux personnes compétentes. Il en est de même pour l'entreprise candidate.

b. Préparer les délégations de signature électronique et de pouvoir

Une délégation de signature, est un acte juridique par lequel une autorité (le délégant) délègue non pas ses pouvoirs, mais la faculté de signer des documents et actes énumérés strictement dans la délégation à une tierce personne (le délégataire). Contrairement aux délégations de pouvoirs, dans lesquelles le délégataire assume la responsabilité née des pouvoirs délégués, la délégation de signature n'entraîne pas délégation de la responsabilité

aucune trace et dont il est établi qu'elle n'a donné lieu à aucun procès verbal. Voir Cass., Ch. crim., 27 février 1984.

¹ CANTERO (A), «Des actes unilatéraux des communes dans le contexte électronique», op.cit., p. 236: L'auteur observe que le procédé de signature électronique tel que reconnu par le système français «ne peut garantir l'exactitude du contenu de l'acte signé avec la délibération adoptée en séance (pas plus d'ailleurs que la signature manuscrite de seulement quelques conseillers municipaux)».

² En effet, selon un rapport sur "la qualité professionnelle dans la signature électronique" datant de mars 2004, est présenté un système dit de "multi signature électronique contrôlée". Cette dernière se base alors sur les mêmes principes que la signature électronique classique en utilisant, toutefois, un certificat d'attribut indiquant les entités qui peuvent signer le document ainsi que l'ordre des différentes signatures. De cette façon, il est tout à fait possible d'avoir sur un même document plusieurs signatures électroniques. Rapport de l'association IALTA (conclusions du Groupe de Travail sur la Gestion des Attributs), La qualité professionnelle dans la signature électronique, mars 2004, v. 1.10, p. 38, spéc. p.27, disponible sur le site www.ialta.org.

administrative ni ne dessaisit le délégant de son pouvoir originel. Le terme délégant désigne l'autorité ou la personne qui délègue. Le terme délégataire désigne l'autorité ou la personne qui reçoit la délégation. La délégation de signature s'oppose à la délégation de pouvoir qui aboutit à ce que l'autorité délégante se dessaisisse de sa compétence au profit d'une autre.

En effet, la délégation de signature ne vise à transférer aucune capacité décisionnelle mais, uniquement, à faciliter l'organisation du service en permettant à une personne de signer pour le compte d'une autre les documents objets de la délégation. Cette délégation n'a pour effet que de décharger matériellement le délégant d'une partie de ses tâches en lui permettant de désigner une personne qui prendra des décisions au nom du délégant qui conserve sa responsabilité, qui demeure pleine et entière, pour tous les actes pris par délégataire. Tout changement dans la personne du délégataire ou du délégant a pour effet de rendre caduque la délégation. Cette délégation doit être notifiée aux personnes concernées.

* Responsabilité administrative : Les décisions prises par le délégataire sont réputées prises par le délégant. Par conséquent, au regard de la responsabilité administrative, le délégant demeure responsable des décisions prises par le délégataire. Bien entendu, et sauf faute détachable du service, c'est la personne morale (la société) qui serait susceptible d'être mise en cause à ce titre.

* Responsabilité pénale : Le caractère tout à fait exceptionnel des mises en cause pénales où le mécanisme de la délégation de signature intervient effectivement, ne dispense pas, pour autant, des précisions suivantes : En droit pénal, la délégation de signature n'opère pas transfert de responsabilité. Le titulaire d'une délégation de signature pourrait néanmoins voir sa responsabilité engagée, car « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ». Ce pourrait en effet être le cas si, disposant de la compétence, de l'autorité et des moyens matériels nécessaires à l'exercice de sa mission, le délégataire commet un acte réunissant tous les éléments constitutifs d'une infraction.

Dans ce cas, les juridictions apprécient concrètement la responsabilité pénale des personnes physiques au regard de leurs obligations en matière de respect de règles particulières de prudence ou de sécurité et de leur connaissance personnelle du risque encouru. La société en tant que personne morale n'échappe pas à une possible mise en cause pénale, soit parallèle à celle d'une personne physique, soit seule, lorsqu'il apparaît que les délégataires engagent l'ensemble de l'institution par leurs actes (ou leur inaction ou négligences) et notamment lorsque le dossier pénal révèle des dysfonctionnements organisationnels et institutionnels.

* *Décision de retrait* : le Délégant dispose d'un pouvoir d'appréciation pour retirer les délégations de signature, elles sont donc susceptibles d'être retirées à tout moment. Sur la forme, la délégation peut être retirée, soit de façon expresse, soit au terme du mandat de

l'autorité délégente¹. Lorsqu'elle est expressément retirée, il conviendra de prendre un arrêté de retrait de délégation de signature. Sur le fond, la décision de retrait - n'étant pas une sanction - n'a pas à être motivée.

Néanmoins, le délégant ne pourra retirer une délégation de signature dans un but autre que l'intérêt du service ou la bonne marche de l'administration de la Société. A ce point, force est de constater que tout l'arsenal juridique relatif à la signature électronique porte sur la présomption de fiabilité, négligeant d'autres aspects importants comme la délégation de signature².

Dans le cadre des marchés publics, le ministre est l'autorité compétente pour conclure les marchés de l'administration centrale de son département et le préfet est compétent pour conclure et prendre toute mesure relative à l'exécution des marchés répondant aux besoins de déconcentrés placés sous son autorité. À ce titre, ils peuvent désigner, le cas échéant, d'autres autorités compétentes en tenant compte du choix opéré pour déterminer le niveau auquel les besoins de fournitures et de services sont évalués.

Le décret n° 2-05-768 du 30 octobre 2008³ est intervenu pour résoudre deux problématiques juridiques posées par le texte relatif au même objet, en l'occurrence, le dahir du 10 avril 1957, désormais abrogé. La première problématique est celle qui concerne la date d'effets des arrêtés de délégation de signature. En effet, partant de la disposition du dahir de 1957 selon la quelle lesdits arrêtés sont publiés au Bulletin officiel, certains contrôleurs des engagements des dépenses et même le Secrétariat Général du Gouvernement ne reconnaissaient de valeur juridique qu'aux seuls arrêtés publiés. Cette interprétation avait pour conséquence juridique de geler pour un temps déterminé une décision prise par les autorités gouvernementales concernées (la délégation de signature), d'autant qu'aucun délai n'est imparti au SGG pour procéder à la publication au B.O. Il s'ensuit qu'un vide juridique se crée entre la date de la décision de déléguer et celle de la publication de l'arrêté de délégation. Sauf à violer la légalité, le ministre délégant devait continuer à tout signer pendant cet intervalle, ce qui est, évidemment, ingérable.

C'est pour mettre fin à cette anomalie que le nouveau décret stipule expressément que les arrêtés de délégation de signature entrent en vigueur dès leur signature, même si la publication au Bulletin officiel est toujours exigée. L'essentiel, c'est que cette publication n'est pas une condition sine qua non de leur entrée en vigueur. La deuxième problématique posée par le dahir de 1957 porte sur la délégation donnée à des personnes ne relevant pas de l'autorité des ministres délégués. A ce sujet, le dahir de 1957 ne permettait la délégation de signature qu'au profit des " hauts fonctionnaires de leur administration ayant au moins rang de sous-directeur ou faisant fonction de sous-directeur, ou, s'ils appartiennent à un corps technique de l'Administration, d'ingénieur en

¹ <http://jurismaroc.vraiforum.com/t630-La-delegation-de-signature-des-ministres-secretaires-d-Etat.htm>

² Rapport de l'association IALTA (conclusions du Groupe de Travail sur la Gestion des Attributs), La qualité professionnelle dans la signature électronique, op.cit, p.40.

³ Le décret n° 2-05-768 du 30 octobre 2008 relatif à la délégation de signature des ministres, secrétaires d'Etat et sous-secrétaires d'Etat, publié au bulletin officiel du 4 décembre 2008,

chef ou d'ingénieur faisant fonction d'ingénieur en chef ". Autrement-dit, la délégation était conditionnée par : • l'existence d'un lien de subordination entre le délégataire et le délégant; • l'appartenance du délégant à la catégorie des hauts fonctionnaires limitativement énumérés par le dahir.

Ces conditions se sont avérées contraignantes, notamment pour les départements n'ayant pas encore (création d'un nouveau département) ou n'ayant plus (suite à la scission avec les ministères d'origine) de représentation territoriale. Cette situation était parfois contournée par des subterfuges (à la limite de la légalité), à savoir le recours à des conventions de prise en charge par un département des activités déconcentrées d'un autre département n'ayant pas encore de services extérieurs.

C'est pour tenir compte de cette situation que le nouveau décret a ouvert la possibilité de la délégation de signature même aux agents et fonctionnaires ne relevant pas de l'autorité du ministre et exerçant dans les services déconcentrés, sous réserve du visa du ministre dont relèvent lesdits agents et fonctionnaires et transmission d'une copie aux Walis de régions et gouverneurs des préfectures et provinces concernés.

En somme, en ce qui concerne les délégations de signature " interdépartementales", le nouveau décret a introduit, deux importantes innovations : • la première est celle de la délégation à des personnes ne relevant pas du pouvoir hiérarchique du ministre délégant, mais à condition que ces délégataires exercent dans les services déconcentrés. • la seconde est la possibilité de la délégation sans condition de grade dans la mesure où cette délégation peut être consentie même à de simples agents et à des fonctionnaires n'exerçant aucune responsabilité dans le service déconcentré.

En ce qui concerne la délégation au sein d'un même ministère, le nouveau décret a limité la sphère des délégataires potentiels en exigeant que ceux-ci occupent, au moins, le poste de chef de service ou un poste équivalent¹. Signalons que le nouveau décret a maintenu certaines dispositions prévues par le dahir de 1957, à savoir : • la possibilité de la délégation de signature aux Walis de régions et gouverneurs des préfectures et provinces pour signer ou viser tous actes concernant les activités de leurs services extérieurs dans les limites territoriales de la préfecture ou la province considérée ; • Dans le cas de modification intervenue dans la constitution du Gouvernement, les délégations consenties antérieurement par une autorité visée à l'article premier ci-dessus, à des membres de son cabinet ou à des fonctionnaires de son administration, demeurent valables lorsque cette autorité ainsi que les délégataires occupent les mêmes fonctions que celles qu'ils exerçaient auparavant. • l'exigence de la publication au Bulletin officiel des arrêtés de délégation de signature.

Enfin, en matière comptable, le nouveau décret a également élargi la sphère des délégataires potentiels à l'effet de signer en leur nom les ordonnances de paiement, de virement ou de délégation de crédits, les pièces justificatives de dépenses et les ordres de recettes en prévoyant la possibilité de la délégation même à des fonctionnaires et agents

¹ <http://jurismaroc.vraiforum.com/t630-La-delegation-de-signature-des-ministres-secretaires-d-Etat.htm>

ne relevant pas de l'autorité du délégant, alors que le dahir de 1957 ne prévoyait cette possibilité qu'au profit des " fonctionnaires de leur administration ".

Dans l'univers électronique, c'est la même chose. Le délégataire signe avec son propre dispositif de création de signature électronique.

Pour apprécier la compétence juridique du signataire en cas de délégation, deux solutions sont envisageables: soit le délégataire choisit de créer une signature électronique sécurisée spécifique aux actes pris et signés en application de la délégation dont il bénéficie¹; soit il choisit d'utiliser une seule signature électronique dont le certificat d'attribution précisera les différentes qualités au titre desquelles le signataire est compétent. D'aucuns conviendront de l'intérêt pratique et juridique de ce dernier procédé.

Dans le certificat électronique qualifié, les qualités du signataire seront mentionnées. Ainsi, comme l'observe Mme. Cantéro, la signature électronique offre *"une garantie au destinataire de l'acte, qui procédant à la vérification de l'identification du signataire par le biais du certificat, aura également et instantanément la possibilité d'en vérifier la compétence juridique"*².

Naturellement, l'administration au même titre que les PSCE devront procéder à une gestion rigoureuse des certificats. L'ensemble de ces observations tend à démontrer que la signature électronique ne peut pas être juridiquement déléguée par le signataire à un délégataire: chaque utilisation de cette signature engage le signataire titulaire du certificat afférent³. Finalement, la signature électronique ne remet pas en cause la technique de la délégation pas plus que la délégation ne constitue un obstacle à la reconnaissance juridique des signatures électroniques en droit administratif.

En définitive, l'adaptation du droit Marocain à la signature électronique paraît non achever. C'est aux pouvoirs publics de trouver les bonnes solutions pour l'intégrer dans la vie des affaires civiles, publiques et commerciales. Mais les échanges électroniques avec les entités publiques ne peuvent prendre leur véritable essor que si tous les besoins de sécurité sont garantis.

Outre les dispositifs de sécurisation assurant la fiabilité du service, garantissant l'authentification de la personne qui effectue une démarche et l'intégrité des données, encore faut-il que les procédés permettant de garantir la confidentialité et la datation des informations transmises par voie électronique soient opérationnels tant d'un point de vue technique que juridique. Quant aux données personnelles, celles-ci doivent, bien évidemment, faire l'objet d'une protection rigoureuse.

¹ ANNE CANTÉRO voit, dans ce cas, un risque de complexification dans l'utilisation de la signature au demeurant inutile. En effet, précise-t-elle, «dans le monde physique, le signataire même s'il intervient à différents titres, sa signature manuscrite demeure identique», CANTÉRO (A.), «Des actes unilatéraux des communes dans le contexte électronique», op. cit., p.230.

²CANTÉRO (A.), «Des actes unilatéraux des communes dans le contexte électronique», op.cit., p.231.

³ GUILLOU (Y.R.), «Dématérialisation des marchés publics», op.cit., p.7.

SECTION 2 : Les mesures sécuritaires envisageables des informations dématérialisées

Internet étant un réseau public, toutes les données qui y circulent sont accessibles à tous. Toutefois, les protocoles d'échange sécurisés déjà employés pour l'authentification des acteurs en présence permettent également l'établissement de «tuyaux chiffants» dans lesquelles les échanges sensibles passent sans pouvoir être épiés en chemin. Cependant, la transmission confidentielle des données entre l'émetteur et le destinataire n'est pas suffisante pour garantir le maintien de la confidentialité de données échangées jusqu'à la tenue de la commission d'appel d'offre. Si le document transmis sur un tuyau chiffant n'est pas, de plus, contenu dans une enveloppe scellée, le destinataire pourra en prendre connaissance librement dès la sortie du tuyau (réception)¹. Il y a également des besoins de respect de la vie privée, C'est pourquoi la loi marocaine a reconnu difficilement, mais nécessairement, qu'il y avait des besoins légitimes en matière de chiffrement.

La cryptographie est traditionnellement utilisée pour dissimuler des messages aux yeux de certains utilisateurs. Cette utilisation a aujourd'hui un intérêt d'autant plus grand que les communications via internet circulent dans des infrastructures dont on ne peut garantir la fiabilité et la confidentialité. Désormais, la cryptographie sert non seulement à préserver la confidentialité des données mais aussi à garantir leur intégrité et leur authenticité (§2). En conséquence, la confidentialité des informations transmises par voie électronique commande de s'interroger sur l'application du droit de la cryptographie en matière de sécurité des réseaux informatiques (§1).

§1) La cryptographie en vue d'une protection efficace des données transmissives :

La sécurité est un enjeu fondamental qui touche à la confiance dans les transactions électroniques, et plus particulièrement du commerce électronique. Pendant de nombreuses années, les internautes se sont montrés méfiants vis-à-vis du canal électronique dont les dangers ont été sans cesse décriés par les médias. Le manque de confiance exprimé à l'égard des transactions électroniques résulte non seulement de la structure même d'internet conçu comme un réseau universel ouvert qu'aucun organisme n'a vocation à contrôler globalement, favorisant ainsi des actes de cybercriminalité; mais surtout du fait, pour les pays africains, que les technologies de l'information et de la communication ne

¹ L'étude des procédés permettant de garantir la confidentialité des échanges électroniques impose d'identifier les besoins de sécurité les plus évidents : les documents émis par la personne publique doivent être intégrés et opposables ; les offres des entreprises doivent être intègres, confidentielles et opposables ; la liste des entreprises en compétition doit être confidentielle. La signature électronique répondait à un certain nombre de ces attentes. Néanmoins, la loi marocaine distingue deux types de procédés permettant de sécuriser les procédures de passation : ceux qui permettent l'authentification, c'est-à-dire la signature électronique, et ceux qui permettent le chiffrement, c'est-à-dire la confidentialité des données. GUILLOU (Y.R.), «Dématérialisation des marchés publics», op. cit., p.9.

font pas encore l'objet d'une législation adéquate. Si les questions de sécurité existent bien et constituent un défi permanent pour les entreprises de commerce électronique et les utilisateurs des réseaux électroniques de façon générale, certaines techniques permettent de sécuriser les transactions tout comme le paiement en ligne. Une technologie de pointe en particulier peut apporter des solutions et permettre des transactions électroniques en toute sécurité : il s'agit de la « cryptographie et transactions électroniques¹ ». La sécurité est définie selon un auteur comme étant la capacité d'un, système à résister à des opérations qui viseront à détourner son dessein². Le souci de garantir un document signé électroniquement et non falsifié appelle une sécurité qui se pose parfois en termes d'obligation³. Aussi bien le juriste que le technicien, affirment que la sécurité des échanges dématérialisés doit avoir recours aux techniques de cryptage et de signature électronique qui sont intimement liées. En effet, n'importe quelle personne possédant des données secrètes⁴; tel que le numéro de la carte bancaire et sa date d'expiration, peut acheter ce qu'il veut aux frais du titulaire de la carte détournée. Il convient donc d'étudier l'utilisation du chiffrement des données, comme une garantie de la sécurité technique (A) dans la mesure où la protection des données à caractère personnelle ne s'en trouvera que plus garantie (B).

A) Les applications de la cryptographie:

Le développement de l'utilisation des échanges cryptés a été rendu possible grâce à la libéralisation de la réglementation relative à la cryptologie intervenue depuis une dizaine d'années avec la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 (LCEN)⁵. Ces moyens de cryptologie ont principalement pour objet de garantir la sécurité du stockage ou de la transmission de données, en permettant d'assurer leur confidentialité (informations accessibles uniquement aux personnes autorisées), leur authentification (données provenant de la personne prétendant en être l'auteur) ou leur intégrité (empêchement de toute altération, intentionnelle ou fortuite, du message). Or le problème fondamental réside dans l'utilisation de ce processus de transcription d'une information

¹ La cryptographie vient du grec "kruptos" qui veut dire caché et de "graphein" qui signifie écrire. Le mot cryptographie est un terme générique désignant l'ensemble des techniques permettant de chiffrer des messages, c'est-à-dire permettant de les rendre intelligibles sans une action spécifique. Le verbe crypter est parfois utilisé mais on lui préférera le verbe chiffrer. La cryptographie est traditionnellement utilisée pour dissimuler des messages aux yeux de certains utilisateurs. Cette utilisation a aujourd'hui un intérêt d'autant plus grand que les communications via internet circulent dans des infrastructures dont on ne peut garantir la fiabilité et la confidentialité. Désormais, la cryptographie sert non seulement à préserver la confidentialité des données mais aussi à garantir leur intégrité et leur authenticité. www.wikipedia.

² FAUSSE (A), «la signature électronique» ; éd Dunod, 2001, p.3

³ OLIVIER (F), et BARLY (E), «Des réseaux aux autoroutes de l'information, révolution technique ou révolution juridique», J.C, doctrine 3926, éd G n° 17_18.

⁴ HUET (F), «La fiscalité du commerce électronique», Paris Litec 2000, p.292. Cet auteur définit la signature électronique comme, la compression d'un message et chiffrement de cette compression avec un code secret propre à la signature du message.

⁵ Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (dite "LCEN"), Titre III : De la sécurité dans l'économie numérique, chap. 1^{er} (articles 29 à 40).

intelligible en une information inintelligible par l'application de conventions secrètes dont l'effet est réversible par l'administration (b).

Au Maroc, les moyens de cryptologie sont soumis à une réglementation spécifique (a). L'utilisation d'un moyen de cryptologie est libre. Il n'y a aucune démarche à accomplir.

a. La cryptographie et le droit marocain:

Dans les articles 12, 13 et 14 de la loi 53.05 relative à l'échange électronique de données juridiques, il est question de la cryptographie¹. La nécessité de protéger les intérêts de la défense nationale et de la sécurité intérieure ou extérieure de l'Etat, l'importation, l'exportation ou l'utilisation de moyens ou de prestations de cryptographie sont soumises soit à une déclaration², si l'objet est seulement *«d'authentifier une transmission ou d'assurer l'intégralité des données transmises par voie électronique»* soit à une autorisation préalable de l'administration. Dans ce dernier cas, seuls les prestataires de services de certification électronique agréés à cette fin peuvent solliciter l'autorisation. Les conditions d'accomplissement de ces déclarations seront fixées par décret.

Les conditions permettant de considérer qu'un procédé est sécurisé sont encore les mêmes que celles des articles 417-1 et 417-2 du D.O.C. L'article 417 du D.O.C, qui énumère les différentes modalités d'établir un acte écrit est complété par la phrase suivante : *«tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission.»* Un 6° est ajouté à l'alinéa 2 de l'article 425 du D.O.C³ qui prévoit : *«lorsque la date résulte de la signature électronique sécurisée authentifiant l'acte et son signataire conformément à la législation en vigueur»*. Un alinéa 3 est ajouté à l'article 426: *«Lorsqu'il s'agit d'une signature électronique sécurisée, il convient de l'introduire dans l'acte, dans les conditions prévues par la législation et la réglementation applicables en la matière»*. Un alinéa 2 de l'article 440 prévoit que les

¹ «Moyen de garantir la sécurité de l'échange et/ou du stockage de données juridiques par voie électronique, de manière qui permet d'assurer leur confidentialité, leur authentification et le contrôle de leur intégrité». Le moyen cryptographique est, selon l'alinéa 2 de l'article 13 *«tout matériel et/ou logiciel conçu ou modifié pour transformer des données, qu'il s'agisse d'informations, de signaux ou de symboles, à l'aide de conventions secrètes ou pour réaliser l'opération inverse, avec ou sans convention secrète»*. Article 13 de la loi 53.05, relative à l'échange électronique de données juridiques, précitée.

² En revanche, la fourniture, l'importation, le transfert intracommunautaire et l'exportation d'un moyen de cryptologie sont soumis, sauf exception, à déclaration ou à demande d'autorisation. Ces démarches incombent au fournisseur du moyen de cryptologie et sont à accomplir auprès de l'autorité nationale d'agrément et de surveillance de la certification électronique (l'ANASCE). Le régime applicable (déclaration ou demande d'autorisation) dépend des fonctionnalités techniques du moyen et de l'opération commerciale projetée (fourniture, importation...). Le recours à la cryptographie ; a donné lieu à de multiples usages et applications, selon la nature de l'information à protéger. Les concepts de la cryptographie ont été ainsi élaborés, lesquels ont permis la mise au point, puis la mise en œuvre d'un certain nombre de mécanismes spécialisés. Il est entendu actuellement parler de cryptographie à clé secrète, standard de chiffrement AES, systèmes cryptographiques à clé publique (RSA, El Gamal, ECC, NTRU etc.), des codes d'authentification, des systèmes de partage de secret, des procédés d'identification, de signature numérique et de cryptographie dynamique et autant de domaines, autant de spécialistes et autant d'usages.

³ Article 425 du D.O.C Modifié par l'article 5 de la loi n° 53-05 relative à l'échange électronique de données juridiques, précitée.

copies obtenues et sauvegardée selon le procédé prévu aux articles 417-1 et 417-2 sont valables, lorsque plusieurs personnes sont parties à un contrat qui doit, selon l'alinéa 1 être produit en autant d'originaux qu'il n'y a de parties. L'article 443 du D.O.C prévoit la possibilité de passation d'un acte authentique ou sous seing privé par voie électronique et de sa transmission par voie électronique.

Les articles 15 à 19 de la loi traitent de l'autorité nationale d'agrément et de surveillance de la certification électronique. L'ANRT est un établissement public mis en place par la loi n° 24-96 relative à la poste et aux télécommunications¹. Dans l'accomplissement de ces missions, les personnes concernées pourront accéder à tout établissement et dispose de toute information sur le système de CES nécessaire à leur accomplissement. Les prestataires de services de certification électronique (PSCE) sont prévus aux articles 20 à 24 de la loi 53.05. Ces derniers ont seuls le droit de délivrer les CES et de gérer les services y afférents. L'agrément nécessite de remplir certaines conditions². Ces PSCE sont tenus au secret professionnel. La communication de données aux autorités judiciaires doit donner lieu à l'information de l'utilisateur concerné sans délai. Le secret professionnel est levé vis-à-vis : des autorités administratives dûment habilitées, des agents et experts de l'ANRT et sous autorisation préalable du titulaire. Lorsque le prestataire souhaite mettre fin à ses activités, il en informe l'administration dans un délai maximum de 2 mois et doit s'assurer de la reprise de ses activités par un prestataire fournissant les mêmes conditions de qualité, deux mois maximum suivant l'information des titulaires.

L'ANRT doit être informée sans délai. Quant au titulaire du certificat électronique, la loi prévoit sa responsabilité quant à la confidentialité et à l'intégrité des données afférentes à

¹ Ces articles fixent les missions de cet organisme: - Proposer les normes du système d'agrément et prendre les mesures nécessaires à sa mise en œuvre ; - Agréer les prestataires de services certification électronique et contrôler leur activité. Un extrait de cette décision est publié au B.O, tout comme le registre des prestataires qui est publié chaque année ; - Elle s'assure du respect de la présente loi et ses textes d'application par les prestataires et « peut, soit d'office, soit à la demande de toute personne intéressée, vérifier ou faire vérifier la conformité des activités d'un prestataire de services de certification électronique» sécurisée à ces textes, en ayant, au besoin, recours à des experts. <http://www.nbzineb.com/droit-des-ntic/la-loi-marocaine-sur-lechange-electronique-des-donnees-juridiques>

² - Etre constitué sous forme de société ayant son siège social sur le territoire du royaume ou sur le territoire d'un Etat signataire d'une convention à laquelle le Maroc est partie permettant la reconnaissance réciproque des prestataires. L'agrément dans ce cas est possible ; - Remplir les conditions techniques garantissant : la fiabilité des services de CE fournis, la confidentialité des données de création de signature électronique fournies au signataire, la disponibilité d'un personnel ayant les qualifications nécessaires à la fourniture de SCE, la possibilité pour le signataire de révoquer sans délai et avec certitude le certificat, la détermination avec précision de la date et de l'heure de délivrance et de révocation du certificat, l'existence d'un système sécurisé permettant de prévenir les falsifications des certificats et d'assurer que les données de création de la signature correspondent à ceux de sa vérification lorsqu'elles sont fournies ; - Pouvoir conserver les données relatives au certificat pouvant servir en justice, en garantissant l'intégrité des données et leur sécurité ; - S'engager à vérifier l'identité de la personne à laquelle un certificat électronique est délivré, de l'exactitude des informations fournies, à informer la personne des modalités d'utilisation du certificat, de contestation et de règlement des litiges, l'informer au moins 60 jours avant l'expiration de la validité du certificat en l'invitant à le renouveler, souscrire une assurance couvrant les dommages résultant de leurs faits personnels, révoquer le certificat s'il s'avère que les informations fournies sont erronées ou falsifiées ou après injonction de l'autorité judiciaire. <http://www.nbzineb.com/droit-des-ntic/la-loi-marocaine-sur-lechange-electronique-des-donnees-juridiques>.

la création e la signature. Il doit notifier dans les meilleurs délais au prestataire tout changement dans ces informations. La loi prévoit des mesures répressives en cas de violation des règles d'agrément, du secret professionnel, la véracité des informations fournies au prestataire, le défaut de déclaration ou d'autorisation, l'utilisation des éléments de création de signature personnelle d'autrui, la violation de l'obligation d'information de l'ANRT, l'utilisation d'un certificat arrivé à échéance ou révoqué.

L'utilisation d'un moyen de cryptographie pour l'accomplissement ou la préparation d'un crime ou d'un délit constitue une circonstance aggravante du crime ou du délit¹. Le procédé de cryptage a pu relativement remédier à cette faille. Il permet de brouiller un message à fin de le rendre illisible par les personnes non autorisées à accéder à l'information qu'il contient. Cette technique est employée pour protéger la confidentialité du document électronique², puisqu'elle vise à rendre son contenu inintelligible aux personnes, autres que les acteurs de la transaction. Le législateur a choisi dans l'arrêté du ministre des technologies de la communication la cryptographie asymétrique, car elle est actuellement le système le plus fiable de création de signatures électroniques³. Malgré la relation mathématique entre la clé privée et la clé publique, il n'est pas possible de déduire une clé à partir de l'autre. Ce système de cryptage, est consacré par le protocole de sécurité du commerce électronique S.S.L (Secure Socket Layer) qui est le plus utilisé dans le monde. Sa fonction est de protéger quasiment toutes les transactions du monde.

Les données transmises entre le serveur du vendeur et le client, sont cryptées au moyen d'une clé unique lors de leur transmission sur le réseau. Ce protocole est intégré à la majorité des logiciels de navigation, Netscape affiche une clé pour matérialiser que la sécurité est assurée, tandis qu'Internet Explorer affiche lui un cadenas au bas de l'écran. L'acheteur envoie ses données bancaires de manière crypté au commerçant qui les décodera afin de les traiter. Si ce protocole est d'utilisation simple et peu coûteuse, il n'est pas satisfaisant en matière d'identification du client⁴. Récemment, il s'est avéré que la mise en œuvre de ce protocole n'a pas pu empêcher un vendeur malintentionné d'utiliser le numéro apparent d'une carte de paiement pour effectuer des opérations à l'insu de son titulaire.

Au Maroc, Barid e-Sign est la première plateforme de production de certificats électroniques qui a pour mission de produire des certificats d'authentification forte, de signature sécurisée et d'horodatage, permettant aux utilisateurs d'apposer leurs signatures sur toute nature d'échange électronique avec la même valeur probante que les signatures manuscrites. L'offre Barid e-Sign, de Barid Al Maghrib, s'articule sur plusieurs natures de

¹ BRESSE (P), D'AUFERES (G-B) et THUILLIER (S), «paiement numérique sur Internet, état de l'art, impact sur les métiers et aspects juridiques», international Thomson publisling, p. 3.

² BENYKHLEF (K) et GAUTRAIS (V), «Le guide juridique du commerçant électronique», op.cit. p.245.

³ Article 2 de l'arrête de ministre des technologies de la communication dut 19 /07/200, précité.

⁴ JOLY (C), «le paiement en ligne, securisation juridique et technique», Hermes science 2005, p. 83

certificats, dont le mode de délivrance, la vérification des identités et des droits dépendent de la classe.¹

La cryptographie est l'art de camoufler un message en codant les lettres qui le constituent de sorte que seul le destinataire du message soit en mesure de le décoder. L'encodage d'un message s'effectue à l'aide d'une fonction². Depuis, que de progrès et les fonctions utilisées en cryptographie moderne sont dites « à sens unique ». Faciles à calculer (c'est-à-dire qu'il est facile d'encoder un message), elles sont en revanche impossibles à inverser en un temps raisonnable : en d'autres termes, même en connaissant la fonction, on ne peut pas reconstituer facilement un message à partir d'un texte codé. Donnons-nous un message de taille quelconque. Les fonctions dites de hachage permettent d'en constituer une empreinte numérique, chaîne de 0 et de 1 de taille fixée (souvent 128 ou 160 bits) qui constitue une sorte de « résumé crypté » du message original. Le hachage³ a notamment pour rôle de permettre au destinataire de s'assurer que ce qui lui parvient est bien le message original, sans aucune altération, que celle-ci soit malveillante ou accidentelle. En effet, il existe plusieurs méthodes de chiffrement des données qui se fondent sur l'existence d'une ou plusieurs clés, c'est-à-dire un ou plusieurs codes de chiffrement.

La libéralisation de l'utilisation de la cryptographie s'accompagne, nécessairement, de mesures pour lutter contre l'utilisation à des fins criminelles de cet outil. Ces mesures sont indispensables pour éviter les effets négatifs sur la confiance qu'induirait ces pratiques illicites et qui seraient de nature à entraver la croissance et le développement de l'économie numérique. Sur ce point, force est d'admettre que l'échelle nationale et même européenne est insuffisante pour appréhender l'ensemble des risques, au demeurant forts évolutifs, liés à l'usage des technologies de l'information.

Dans ce contexte, pour sécuriser au mieux les opérateurs économiques ; on ne peut que préconiser la généralisation de dispositifs d'assurances spécifiques à ces nouveaux risques de l'économie numérique. La cryptographie ne peut se développer sans cryptanalyse⁴ et

¹ Classe 1 - Certificat logiciel P12 : Une première classe sous format logiciel qui peut être automatiquement téléchargé à partir du site www.baridesign.ma pour des utilisations dans les domaines qui ne requièrent pas un besoin de preuve probante. Classe 2 - Certificat sur support cryptographique : Une seconde classe de certificats qualifiés sur des médias physiques (cartes à puces, clé USB, ...) avec un niveau de sécurité supérieur dû à un processus de délivrance « face to face » qui peuvent être utilisés au sein des entreprises ou dans des écosystèmes préétablis. Classe 3 - Certificat sur support cryptographique évalué : La troisième classe, dont la valeur est probante, concerne les certificats intégrés dans des clés cryptographiques et produits selon la politique de certification arrêtée par l'ANRT. L'utilisation de ces certificats garantit aux parties prenantes la preuve probante et non réfutable de toute transaction électronique. Les Services qui nécessitent un certificat sont : - Envoi de messages avec recommandation d'office « e-barkia » ; - Paiement des impôts en ligne (GID) ; - Soumission en ligne pour les marchés publics (TGR). www.baridesign.ma

² Jules César, par exemple, utilisait la translation celle qui remplace chaque lettre par la troisième lettre qui la suit dans l'alphabet. Jules César est un général, homme politique et écrivain romain, né à Rome le 12 ou le 13 juillet 100 av. J.-C. et mort le 15 mars 44 av. J.-C. (aux ides de mars).

³ www.amcrypto.net1.fr Le hachage, sorte de « résumé crypté », permet notamment au destinataire de s'assurer qu'un message qui lui parvient n'a pas subi d'altération.

⁴ La cryptanalyse est la technique qui consiste à déduire un texte en clair d'un texte chiffré sans posséder la clé de chiffrement. Le processus par lequel on tente de comprendre un message en particulier est appelé une attaque. http://www.univ-orleans.fr/lifo/Members/Yohan.Boichut/Enseignement/Securite/Securite_2

inversement. Bien que de plus en plus d'efforts soient faits dans ce sens, toute proposition vouée à être utilisée en pratique devrait être accompagnée de paramètres concrets et non asymptotiques.

D'autant plus que nos connaissances en matière de cryptanalyse sur les réseaux restent limitées. Dans cette optique, nous avons également travaillé à comprendre l'efficacité pratique de recours .

b. La fiabilité de la cryptographie: Les mécanismes de sécurité

Jusqu'au 20ème siècle la cryptographie (légale) était essentiellement réservée aux militaires et aux diplomates et accessoirement aux industriels et banquiers. Le développement des moyens de communications électromagnétiques facile à intercepter, des stockages de données confidentielles dans des sites assez faciles à pénétrer et sur des supports (bandes ou disques, magnétiques optiques) faciles à dupliquer ont généré une demande de crypto systèmes sûrs, faciles d'emploi et rapides pour des usages civils et commerciaux. Les codes symétriques ou à clefs secrètes, type DES (Data Encryption Standard), IDEA (International Digital Encryption Algorithm), AES (Advanced Encryptions Standard) ont été créés pour couvrir ces besoins. L'application première de la cryptographie reste encore la transmission sécurisée de données sensibles mais d'autres applications commencent à se développer¹.

Avec les méthodes de codage actuelles, la sûreté d'une clé dépend de sa longueur. Mais plus la clé est longue, plus la transaction ou la communication va être lente, en raison du temps nécessaire au logiciel pour faire les calculs². Ce qui est gagné en sécurité est donc perdu en rapidité et en convivialité. Pour décrypter un document sans posséder la clé, il est nécessaire de disposer d'ordinateurs capables d'effectuer un très grand nombre d'opérations par seconde³. Sans que l'autorité de certification chargée de réaliser ces opérations garde copie des documents, ni des données personnelles⁴. La seule chose

¹ <https://www.math.univ-paris13.fr/~boyer/enseignement/PolyCrypto2010.pdf>

² Rapport du National Research Council sur la politique américaine en matière de cryptographie, Cryptography's Role in Securing the Information Society, 30 mai 1996, URL : <http://www2.nas.edu/cstbweb/>.

³ Rapport du National Research Council sur la politique américaine en matière de cryptographie, Cryptography's Role in Securing the Information Society, 30 mai 1996, URL : <http://www2.nas.edu/cstbweb/>.

⁴ Ibid. PKI est le nom donné à une infrastructure permettant de mettre en œuvre un système à cryptographie à clés publiques certifiées par l'intermédiaire d'une autorité de certification qui joue le rôle de tiers de confiance. L'infrastructure PKI (Public Key Infrastructure) offre alors la possibilité de certifier les clés publiques. Sans entrer dans le détail puisque ce système est celui des certificats numérique déjà rencontré, il faut simplement rappeler que l'autorité de certification génère des certificats électroniques établissant la correspondance entre la clé publique utilisée et la personne à qui elle est attachée. Puis, elle chiffre les certificats avec sa clé privée et les publie dans un annuaire mis à la disposition de tous ceux qui effectuent des vérifications des certificats. Le rôle de ce tiers de confiance est de garantir la clé privée de A, grâce à laquelle ce dernier va pouvoir sans aucun problème crypter ses échanges avec B. Dans ce système, B

qu'elle regarde et qu'elle conserve est l'empreinte¹ des documents obtenue à l'aide d'une transformation mathématique appelée fonction de « hachage²», aussi appelée fonction de condensation, elle permet à partir d'un texte de longueur quelconque, de calculer une chaîne de taille inférieure et fixe appelé condensé ou empreinte (message digest ou hash en anglais), s'elle est utilisée seule, elle permet de vérifier l'intégrité d'un message. Associé à une clé privée, elle permet le calcul d'un sceau ou MAC (Message Authentication Code), pour assurer l'intégrité des données, l'authentification de la source. Associé à un chiffrement asymétrique, elle permet le calcul de signatures, pour assurer l'intégrité des données, l'authentification de la source, non-répudiation de la source. Une fonction de hachage doit être à : Sens unique, c'est à dire qu'il doit être impossible étant donné une empreinte de retrouver le message original. Sans collisions, impossibilité de trouver deux messages distincts ayant la même valeur de condensé. La moindre modification du message entraîne la modification de l'empreinte³.

De ce fait, Les mécanismes de sécurité sont basés sur un ensemble d'outils cryptographiques : Algorithmes de chiffrement - Générateur aléatoire - Protocoles, ... Ces outils peuvent être utilisés seuls ou combinés pour réaliser des opérations de : Chiffrement Scellement et signature, échange de clés - authentification mutuelle: La mise en ligne des échanges administratifs nécessite des « protocoles fiables pour chacune de ces tâches ⁴ ». De ce fait, certains services demandent l'utilisation de la cryptographie asymétrique. Pour pouvoir partager des informations personnelles avec les administrés (vérifications de situations ou de déclarations, envoi des impositions...), il faut s'assurer de l'identité du demandeur, puis de l'intégrité des transmissions.

Le service de non-répudiation joue (et remplace), le cas échéant, le rôle des accusés de réception. Pour effectuer les déclarations (d'impôts, d'identité, pour la CAF...) en ligne, il est nécessaire d'utiliser une signature électronique. La confidentialité des échanges est enfin demandée par les utilisateurs lors de la transmission de données sensibles ou secrètes (informations médicales transmises à la sécurité sociale, informations transmises lors de la passation d'un marché public...). La réponse électronique ne peut s'effectuer que sous certaines conditions : Sur le profil d'acheteur de la collectivité, site internet

connaît aussi le tiers de confiance ou il connaît un tiers de confiance qui le connaît, tout simplement parce qu'il existe une infrastructure PKI entre les autorités de certification. Ce système permet ainsi d'authentifier, d'imposer la non-répudiation et d'assurer l'intégrité des échanges.

¹ Cette empreinte sera codée avec la clé privée de l'émetteur. À la réception, le message est à nouveau haché pour être décodé à l'aide de la clé publique certifiée de l'émetteur. Si les deux empreintes sont identiques, c'est que le message n'a pas été modifié en cours de transmission et que l'émetteur en est bien l'auteur.

² Cf. sur la vulnérabilité des fonctions de hachage employées avec la signature électronique- GUTNIER (D.), « Incertitude technologique sur la preuve électronique liée à certaines fonctions cryptographiques », op.ci, p. 96. Aucune méthode n'étant réputée inviolable, il y a lieu de disposer de clés ou de condensés de taille suffisante sachant que « la montée de la taille sert seulement à élever le temps de calcul théoriquement nécessaire en fonction de l'évolution des architectures et des puissances de calcul disponibles ».

³ Exemples : MD5 (Message Digest 5 - Rivest1991-RFC 1321) : calcul une empreinte de 128 bits SHA-1 (Secure Hash Algorithm 1 - NIST1994) : plus sûr que MD5 - empreinte de 160 bits. http://helios.mi.parisdescartes.fr/~mea/cours/Mi/crypto_synthese.pdf

⁴ LAIR (J.S.), « De l'usage de la cryptographie », Sécurité informatique, n° 24, avril 1999, p. 1.

sécurisant les transferts de données et permettant aux collectivités par un système d'encryptage de données d'être les seules à pouvoir décacheter les offres et candidatures électroniques. En effet, si l'entreprise doit signer électroniquement ses pièces avec un certificat électronique normé (certificat électronique), la collectivité utilise aussi un certificat bi-clé pour chiffrer les offres des entreprises. Cela signifie que sur la plateforme de dématérialisation (profil d'acheteur), la collectivité enregistre la clé publique de son certificat électronique au nom de son pouvoir adjudicateur (le maire, président, ...) et au moment de l'ouverture des plis électroniques (décachetage), la plateforme va vérifier que la clé privée correspondante est bien présente sur l'ordinateur qui effectue l'ouverture. Ainsi, la transmission est sécurisée. Les certificats RGS** qui servent à la signature électronique n'ont pas la capacité technique de réaliser le chiffrement et le déchiffrement des offres des entreprises et du coffre-fort électronique¹.

En somme, l'administration électronique fait appel à tous les types de services cryptographiques. Il incombe pour la sécurité des transactions et la confidentialité des informations dans le cadre de la dématérialisation des achats publics au pouvoir adjudicateur de prendre les mesures propres à garantir l'intégrité des informations portant sur les candidatures et les offres. La dématérialisation des procédures de dépôt et de retrait des plis et des offres des concurrents dans les marchés publics prévue aux articles 148 à 151 du décret n° 2-12-349 relatif aux marchés publics, ainsi que les conditions modalités et conditions d'application de ces articles dans le cadre de l'arrêté prévu à cet effet entreront en vigueur à partir du 1er janvier 2015, du 1er janvier 2016 et du 1er janvier 2017, suivant les montants estimés des marchés comme prévu au dernier article 33 de cet arrêté qui vient d'être publié au bulletin officiel.

En application de ces articles 148 à 151 du décret n° 2-12-349, et outre les conditions dans lesquelles s'effectuent par voie électronique le dépôt et le retrait des plis et des offres des concurrents, l'ouverture des plis et l'évaluation des offres que le nouveau décret détermine, celui-ci fixe les modalités de tenue, d'exploitation de la base de données électronique des entrepreneurs, fournisseurs et prestataires de services, ainsi que les conditions de mise en œuvre des enchères électroniques inversées. L'arrêté prévoit que l'accès du maître d'ouvrage au portail des marchés publics est assuré moyennant l'attribution d'un nom de compte et d'un mot de passe, tel que prévu par l'arrêté du ministre de l'économie et des finances, susvisé, n° 1872~13 du 4 chaabane 1434 (13 juin 2013) susvisé. L'accès des entrepreneurs, des fournisseurs et des prestataires de services, désignés dans le présent arrêté par « prestataires », au portail des marchés publics est assuré moyennant l'attribution, audit prestataire, d'un nom de compte et d'un mot de passe.

Le nom de compte et le mot de passe visés au paragraphe 2 du présent article sont créés par la Trésorerie générale du Royaume « gestionnaire du portail » suite à l'envoi électronique, par le prestataire, du formulaire d'inscription, dûment rempli, signé et

¹ <https://www.marchespublicsaffiches.com/certificats-electroniques/>

cacheté par ledit prestataire. Ce formulaire d'inscription est téléchargeable à partir du portail des marchés publics. Le maître d'ouvrage et le prestataire demeurent seuls responsables de l'usage du nom de compte et du mot de passe qui leur sont attribués et des comptes des utilisateurs qu'ils créent. Ils sont également responsables du contenu des informations et des documents qu'ils publient au portail des marchés publics. Le maître d'ouvrage et le prestataire doivent se conformer aux pré-requis techniques d'accès aux fonctionnalités du portail des marchés publics. Le portail des marchés publics permet de garantir la confidentialité des plis et des offres, par le biais d'un procédé de cryptographie; d'assurer par un mécanisme d'horodatage la date certaine (année, mois, jour, heure, minute et seconde) pour la transmission électronique des plis et des offres par les concurrents et pour leur traitement par les maîtres d'ouvrage; de garantir que personne ne peut avoir accès aux plis transmis par les concurrents avant la date limite fixée pour l'ouverture des plis; de garantir l'authentification et la non répudiation des documents signés sur le portail, par le biais d'un procédé de signature électronique; de garantir l'intégrité des plis et des offres transmises à travers le portail ; d'assurer que les outils indiqués dans le portail des marchés publics, ainsi que leurs caractéristiques techniques sont non discriminatoires; d'assurer l'archivage et la traçabilité de l'ensemble des documents et des opérations effectuées tout au long de la procédure de passation des marchés publics.

Par conséquent, les Clés de chiffrement sont des éléments intervenant dans la validation d'une consultation mettant en œuvre le chiffrement des plis des soumissionnaires. Pour être proposée lors de l'étape de validation, une clé de chiffrement doit être référencée sur la plate-forme à l'aide de la fonction de Gestion des clés de chiffrement (fonction du menu Administration/Paramétrage). L'application permet de générer des certificats électroniques afin de pouvoir réaliser des opérations de chiffrement et de déchiffrement grâce au bi-clé du certificat qui est une clé électronique constituée d'une clé publique (diffusable à tous) et d'une clé privée (gardée secrète), mathématiquement liées entre elles, utilisées dans des algorithmes de cryptographie dits à clé publique ou asymétrique.. Cette génération est possible sur trois supports différents : Clé USB cryptographique ; Carte à puce ; Logiciel : sur le poste de travail de l'utilisateur au niveau du magasin de certificat d'Internet Explorer. Cette fonction n'est possible que depuis le navigateur Internet Explorer (à partir de la version 8 d'Internet Explorer, le site doit appartenir aux sites de confiance du navigateur), afin de pouvoir exécuter l'ActiveX nécessaire à la génération¹.

L'utilisateur devra également être administrateur de son poste de travail afin de pouvoir exécuter la fonction de génération de clé de chiffrement. L'utilisateur doit nommer le bi-clé dans le champ « Nom du bi-clé » et cocher « *Utilisation d'un support vierge (génération du cl-clé dans le support)* », puis choisir de générer un certificat en utilisant l'une des CSP proposée : "Microsoft Enhanced RSA and AES Cryptographic Provider"

¹ TGR : **Erreur ! Source du renvoi introuvable.****Erreur ! Source du renvoi introuvable.****Erreur ! Source du renvoi introuvable.**Version 1.7

pour un certificat logiciel ; "Gemplus GemSAFE Card CSP" pour un certificat sur carte à puce et "Safenet RSA CSP" pour un certificat sur clé USB cryptographique. L'utilisateur doit également renseigner le champ CN, qui sera le nom du certificat généré sur son poste de travail. Une fois ces informations complétées et après avoir cliqué sur Valider, des fenêtres d'alertes d'Internet Explorer vont s'ouvrir demandant des confirmations de création de certificat. A la fin du cycle de création de certificat, le bi-clé apparaît dans la fenêtre de gestion des bi-clés. Pour ce faire, il s'assure que ces informations demeurent confidentielles jusqu'à l'expiration des délais de remise des candidatures et des offres et que, au-delà de ces délais, elles ne sont accessibles qu'aux personnes autorisées à en prendre connaissance pour l'analyse des candidatures et des offres. Rédigées en termes larges, il apparaît bien que ces obligations s'imposent à la personne publique à l'égard des tiers et de ses propres agents. La mise en œuvre des règles concernant la sécurité et à la confidentialité ont un impact sur les modalités d'organisation humaines et techniques des services informatiques en charge de la dématérialisation. Le rôle et les responsabilités respectifs de l'acheteur et de son prestataire¹ devront être précisés clairement, en particulier, dans le cahier des clauses techniques particulières. Même si le décret n° 2-12-349 portant le décret des marchés publics n'en dit mot, il convient de souligner que dans la mesure où certains éléments viendront alimenter une base de données nominative, les personnes publiques devront veiller à un strict respect des règles relatives à la protection des données personnelles.

Traditionnellement, s'agissant de la sécurité des transactions, il appartient à la personne publique de prendre les mesures nécessaires pour conserver les documents reçus en l'état. Partant ces informations doivent rester confidentielles à l'égard des candidats et des tiers dès leur réception jusqu'à la signature du marché et même au-delà². Toutefois, un service fourni à une telle échelle ne va pas sans risques, dans la mesure où il entraîne une perte de contrôle du client sur ses données et applications, lesquelles pourront être amenées à migrer, à un niveau régional voire international et ce en l'absence de législation spécifique. Les services proposés par le fournisseur d'informatique dématérialisée incluent nécessairement le traitement de données personnelles dans un cadre régional, voire international. Il est donc essentiel que le client définisse le régime de protection des données personnelles qui lui sera applicable.

¹ En particulier, les agents du prestataire de services de dématérialisation doivent être tenus à ne communiquer en aucune façon tout ou partie du contenu de la plate-forme avec d'autres agents chargés de répondre à des appels d'offres de l'administration. <http://www.pgp.com>

² Naturellement, la sécurité des transactions est, principalement, obtenue par l'utilisation d'un réseau sécurisé «accessible de façon non discriminatoire». La confidentialité des dossiers de candidature et d'offre est assurée par leur chiffrement ainsi que par l'emploi de coffres-forts électroniques. En général, la confidentialité est obtenue en chiffrant avec la clé publique publiée par la plate-forme (ou tout autre moyen) qui édite l'appel d'offres auquel il est répondu. L'enjeu est celui de la disponibilité, juste à temps, de la clé privée (clé de déchiffrement) qui, en attendant l'ouverture des plis, a du rester secrète, <http://www.pgp.com>

B) la dématérialisation des données à caractère personnel :

La vie personnelle des individus et leurs données personnelles sont exposées à de nouveaux risques, induits par le développement et la prolifération des technologies de l'information et de l'internet auprès du grand public¹. L'administration doit donc établir une relation de confiance avec les citoyens en respectant des principes clés dans la collecte, le traitement et la conservation des données tel qu'ils sont régies par la réglementation (a). De même, dans le cadre de la dématérialisation des marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs doivent être en mesure de recevoir des candidatures et des offres par voie électronique, ce qui implique, en pratique, le traitement de fichiers pouvant comporter des informations nominatives et le respect des dispositions de la loi informatique et libertés. Inhérents à la dématérialisation, les prestataires de service sont, également, tenus de respecter les dispositions relatives à la protection des données personnelles (b).

a. Une législation de plus en plus stricte pour la protection des données informatiques :

Suite à la promulgation de la loi 09-08 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel², une Commission Nationale de contrôle de la Protection des Données à caractère personnel a été créée le 30 août 2010 «CNDP». La collecte et le traitement des données à caractère personnel doivent être effectués de façon licite et loyale³. Dans ce contexte, la CNDP précise que toute réutilisation des données à caractère personnel à des fins de prospection commerciale est interdite. Lorsque les personnes physiques communiquent des données qui leur sont personnelles à des tiers au moyen d'un système numérique, elles doivent être rassurées quant à l'usage qui va en être fait par ces tiers. L'article 4 de la loi n° 09-08 prévoit que le traitement des données à caractère personnel ne peut être effectué que si la personne

¹ La multiplication des applications informatiques basées sur la collecte et le traitement des données personnelles dans plusieurs domaines : Services administratifs en ligne- Santé en ligne - Commerce électronique - données bio métriques... nécessitant le programme «Confiance numérique et Cybersécurité » qui constitue un volet fondamental du Plan visant à promouvoir les technologies de l'information au Maroc et à faire de l'économie numérique un véritable vecteur de développement.

² Dahir n° 1-09-15 du 22 safar 1430 (18 février 2009) portant promulgation de la loi 09-08 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel, B.O n° 5714 (7 rabii I 1430), 5/3/2009 , p. 345.

³ Consulter sur: <http://www.cndp.ma>.

concernée a indubitablement donné son consentement à l'opération ou à l'ensemble des opérations envisagées par le responsable du traitement.

Ainsi, par exemple, à l'occasion d'une opération d'achat en ligne, le vendeur doit requérir le consentement de l'acheteur pour traiter les données personnelles qui lui sont confiées. Pour protéger les personnes physiques, la loi n° 09-08 a imposé aux responsables de traitement de déterminer clairement les finalités pour lesquelles les données sont collectées et leur a interdit d'opérer sur ces données des traitements qui seraient incompatibles avec ces finalités.

La finalité du traitement est l'opération d'achat en elle-même. Le vendeur ne peut utiliser les données récoltées à des fins promotionnelles (à moins d'avoir recueilli le consentement préalable de la personne concernée). Selon l'article 3 de la loi n° 09-08, les données collectées doivent être « adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement », la commission prévoit, également, que les données traitées ne peuvent être conservées que pour la durée nécessaire à la passation du marché public¹.

Les législations marocaine et européenne sont très strictes en matière de protection des données à caractère personnel. Les préconisations de la CNDP fournissent aux entreprises les règles à mettre en place en matière de données à caractère personnel et les principes de sécurité à respecter en termes d'accès et de conservation des données. La dématérialisation de documents doit systématiquement être associée à une réelle politique de sécurité pour remplir toutes ses promesses : productivité, efficacité, qualité du travail, amélioration de la relation client et réduction des coûts. La sécurité ne doit pas être uniquement une question de technologies ou de procédures. Elle doit être prise en considération par l'ensemble des individus : l'encadrement, les utilisateurs qui manipulent les informations personnelles et sensibles, sans oublier les informaticiens qui automatisent et hébergent les traitements. Chaque individu doit faire évoluer ses comportements pour une sécurité pleinement efficace.

Naturellement, les personnes concernées par le marché doivent être informées de l'identité du responsable du traitement, des finalités poursuivies par le traitement, du caractère

¹ Ainsi sont listés les finalités des traitements, les données traitées, les destinataires de ces données, les modalités de recours à un prestataire, la durée de conservation des données, l'information des personnes concernées et les questions de sécurité du traitement. À ce titre, les traitements doivent avoir pour seules fonctions : 1. la publication, la transmission et la mise à disposition par voie électronique des documents relatifs aux offres de marchés publics réalisées par les organismes publics soumis au décret des marchés publics ; 2. la réception par ces organismes des offres et les réponses liées à la passation d'un marché public; 3. la tenue, par les organismes publics soumis au Code des marchés publics, d'un journal des événements pouvant contenir, notamment, la mention de la mise en ligne de l'AAPC, du règlement de consultation, du dossier de consultation des entreprises et des modifications qui ont pu y être apportées, de la liste des personnes ayant téléchargé les documents, la mention de tous les échanges d'information intervenus avec ces personnes, les références des candidatures et des offres reçues ; et 4 la gestion, de manière sécurisée, des candidatures, des offres, des notifications et des courriers nécessaires à la passation d'un marché public. <http://www.cndp.ma>.

obligatoire ou facultatif des réponses à apporter, des conséquences éventuelles, à leur égard, d'un défaut de réponse, des destinataires des données, de leur droit d'opposition et de rectification ainsi que des modalités d'exercice de leurs droits. Ces informations sont délivrées au travers des documents électroniques transmis lors de la procédure de passation d'un marché public par voie électronique. Ces informations peuvent aussi figurer sur les portails d'accès aux offres de marchés publics. Pour sécuriser son projet de dématérialisation, l'entreprise (publique ou privée) peut également s'appuyer sur un référentiel des bonnes pratiques édité par la révision générale des politiques publiques (RGPP) et sur la norme ISO 27 001¹ qui définit un cadre de processus d'amélioration continue. Cette norme permet de mettre en place, de maintenir et de faire évoluer le système de management de la sécurité de l'information afin d'assurer la protection des biens sensibles d'une entreprise sur un périmètre défini. L'objectif est de garantir la protection des actifs informationnels.

Les données professionnelles regroupent à la fois des données nominatives et des données d'identification électronique. Concernant les données nominatives, il s'agit, en premier lieu, des informations professionnelles transmises par une entreprise et comportant les noms des décideurs de celle-ci, et recueillies dans le cadre des opérations de référencement réalisées.

En second lieu, il s'agit des informations personnelles fournies par le dirigeant en général lorsque des services personnalisés sont activés dans le site d'achats (boîte mail spécifique, service d'appels d'offres...) et qui sont nécessaires pour y accéder (par exemple, nom, prénom, entreprise, adresse professionnelle, adresse électronique, centres d'intérêt, etc.). Il est, en principe, mentionné que ces données ne sont pas publiques et donc sont strictement réservées au détenteur du compte concerné et inaccessibles aux autres internautes².

Au Maroc une campagne de contrôle a été lancée le 28 janvier 2014 par CNDP, qui a porté sur cinq catégories de sites : les deals, les annonces, les offres d'emploi, la vente en ligne et la réservation de chambres d'hôtels. L'analyse des résultats du contrôle a révélé plusieurs situations de non-conformité par rapport aux exigences de la loi n°09-08, indique la CNDP. Le problème réside dans le fait que la majorité des sites web n'ont pas notifié leur traitement à l'organisme. Certes, la plupart des sites fournissent des informations sur la politique de protection des données personnelles, mais souvent ces informations sont vagues, incomplètes et dispersées ; il en est de même pour le droit à l'information des internautes. La CNDP a également relevé que certains éléments essentiels ne sont pas indiqués comme les finalités poursuivies par la collecte des données, la communication éventuelle de ces données à des tiers ou encore de l'existence des droits

¹ L'ISO/CEI 27001 est une norme internationale de sécurité des systèmes d'information de l'ISO et la CEI. Publiée en octobre 2005 et révisée en 2013, son titre est "Technologies de l'information - Techniques de sécurité - Systèmes de gestion de sécurité de l'information - Exigences". <https://www.iso.org/fr/isoiec-27001-information-security.html>

² Dis-moi ce que tu consommes et je saurais qui tu es pour le faire savoir aux autres», in FRAYSSINET (J.), «Bases de données comportementales sur les consommateurs et Cnil», commentaire de l'arrêt du Conseil d'État du 30 juillet 1997, Expertises, janvier 1998, p. 431.

d'accès, de rectification et d'opposition. Il ressort de cette enquête que peu de sites présentent un contenu relativement satisfaisant en matière de protection des données personnelles¹.

Concrètement, l'administration collecte ces données professionnelles lorsque l'utilisateur utilise certains services (diffusion d'informations), lorsqu'il navigue sur les pages du site². Une fois dématérialisées, les informations ne sont plus disponibles autrement que sous forme de fichiers électroniques. Il est donc facile de se les procurer à l'aide d'une clé USB, par l'envoi d'un e-mail au départ d'un simple ordinateur portable. Pour pallier ce risque, l'administration/ entreprise doit mettre en place des solutions qui permettent de garantir la traçabilité des données, comme des solutions de journalisation des accès ou encore le tatouage numérique³ (watermarking). Cette technique permet d'ajouter des informations de copyright ou d'autres messages de vérification sur un fichier mais aussi un signal audio, vidéo voire une image sur tout type de document numérique. Grâce à ces systèmes de traçabilité, il est possible de savoir qui a consulté les documents et ce que la personne en a fait. En cas de fuite d'information, l'administration/l'entreprise est donc à même d'identifier l'indiscret et de savoir ce qu'il a réellement fait et quand. Les mises à jour du système d'information tout comme les évolutions organisationnelles indispensables au bon fonctionnement de l'entreprise doivent donner lieu à des contrôles réguliers pour permettre de garantir continuellement la bonne application des règles et politiques de sécurité. On parle également de phase de pilotage et de contrôle de conformité des politiques mises en place par l'administration.

b. Confiance numérique et protection des données informatiques au droit comparé:

La nouvelle constitution de 2011 prévoit, dans son article 24, le droit de chaque personne à la protection de sa vie privée. Ainsi, la protection des données à caractère personnel accède au statut de norme constitutionnelle. En plus, le choix affiché dans le préambule de la Constitution de la primauté des engagements internationaux de l'Etat sur son droit interne aura des effets importants lorsque le Maroc achèvera le processus d'adhésion à la

¹ <http://www.cndp.ma>.

² Lors de la navigation, certaines données personnelles sont générées automatiquement. Ces données d'identification électronique comprennent : les données de connexion (l'IP de l'ordinateur de l'utilisateur, le type et la version du programme de navigation, l'adresse URL visitée, la version consultée, etc.) ; les données d'utilisation (les mots-clés tapés, la ou les recherche(s) effectuée(s), le(s) secteur(s), le(s) domaine(s) et la (les) rubriques(s) les données générées dans la boutique, le cas échéant, lors d'une tentative de client a saisi son numéro de téléphone, etc.). D'autres données personnelles communiquées volontairement par l'utilisateur. Il s'agit des données saisies dans les formulaires en ligne, des données saisies dans le cadre de l'envoi d'une page à un ami, des données bancaires lors d'un achat en ligne, des données saisies pour recevoir les alertes et des données communiquées lors de sondages en ligne. Ibid.

³ Le tatouage numérique (en anglais *digital watermark*, « filigrane numérique ») est une technique permettant d'ajouter des informations de copyright ou d'autres messages de vérification à un fichier ou signal audio, vidéo, une image ou un autre document numérique. Le message inclus dans le signal hôte, généralement appelé marque ou bien simplement message, un ensemble de bits, dont le contenu dépend de l'application. La marque peut être le nom ou un identifiant du créateur, du propriétaire, de l'acheteur ou encore une forme de signature décrivant le signal hôte. Le nom de cette technique provient du marquage des documents papier et des billets. https://fr.wikipedia.org/wiki/Tatouage_num%C3%A9rique

Convention 108 du Conseil de l'Europe de 1981 et à son protocole additionnel de 2001¹. La loi 09-08 établit les règles régissant le transfert de données vers un pays étranger interdisant le transfert des données à caractère personnel vers un Etat étranger si cet Etat n'assure pas un niveau de protection suffisant de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes à l'égard du traitement dont ces données font l'objet ou peuvent faire l'objet.

Le caractère suffisant du niveau de protection assuré par un Etat s'apprécie notamment en fonction des dispositions en vigueur dans cet Etat, des mesures de sécurité qui y sont appliquées, des caractéristiques propres du traitement telles que ses fins et sa durée, ainsi que de la nature, de l'origine et de la destination des données traitées². A ce niveau, l'activité des différents prestataires de l'internet est, directement ou indirectement, liée à la collecte et à l'utilisation de données à caractère personnel. En particulier, l'autorité d'enregistrement (AE), dont la fonction est de mettre en œuvre les procédures d'identification des personnes physiques conformément aux règles définies par l'autorité de certification (AC), devra veiller au respect des règles impératives en matière de protection des données et du respect de la vie privée. Lorsqu'une entreprise décide de faire héberger par un tiers, tout ou partie de ses données (dont certaines sensibles et confidentielles), elle doit bien en mesurer l'impact. Le choix du prestataire est capital. Jusqu'à fin 2015, l'accord Safe Harbor entre le département du Commerce américain et la Commission européenne autorisait les sociétés américaines à exporter les données personnelles des citoyens européens vers les États-Unis, même si la législation européenne l'interdit. Une entreprise qui choisissait un prestataire américain, même si ses données étaient hébergées en Europe, prenait le risque de voir toutes ses informations sensibles traverser l'océan sans qu'elle puisse y changer quoi que ce soit³. Cet accord a été invalidé par la Cour de justice de l'Union européenne et remplacé par un nouveau texte baptisé « Privacy Shield » ou bouclier pour la protection de la vie privée. Mais ce texte a certaines limites. Il ne peut, par exemple, pas garantir de ce qu'il advient aux données confiées à des entreprises américaines.

Aux États-Unis, le Freedom Act, loi promulguée en juin 2015, autorise le gouvernement américain à accéder à toutes les données traitées par les entreprises américaines, que celles-ci soient basées aux États-Unis ou pas. Si un prestataire de Cloud américain possède des bureaux et des serveurs en Europe, il est soumis à ce texte. D'où l'importance pour les entreprises européennes de privilégier des prestataires locaux.

En Europe, la loi est bien plus stricte. La collecte des données personnelles est très encadrée. Il faut le consentement de la personne visée, préciser dans quel but on recueille

¹ La demande d'adhésion à la Convention 108 relative à la protection des données à caractère personnel a été effectuée par le Maroc en juillet 2012 et l'adhésion du Maroc à la convention 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes et son protocole additionnel a été déjà validée par le Conseil du gouvernement et le conseil des Ministres, et le processus de ratification sera finalisé avec l'adoption, par le Parlement, des projets de loi correspondants dans les prochains mois.

² http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0006/com_2010_609_fr.pdf

³ <https://www.oodrive.fr/blog/securite/protection-des-donnees-informatiques-un-defi-majeur-pour-les-entr>

les données et lui permettre de les modifier ou de les supprimer. Et surtout, il est formellement interdit de faire sortir ces données du territoire européen.

En France, sur ce point, il existe des dispositions juridiques spécifiques intéressant les prestataires de service de confiance tant dans la directive européenne du 24 octobre 1995 que dans la loi « Informatique et libertés » du 6 janvier 1978 modifiée. En outre, la mise en œuvre de la certification électronique pose des problématiques juridiques inédites au regard de l'application des dispositions de la loi de 1978. Cette opposition entre deux corps de règles a donné lieu à une prise de position de la CNIL.

Dans le cadre de la passation des marchés publics, la CNIL admet que les données traitées puissent être communiquées aux prestataires intervenant dans la procédure, *«à savoir : les prestataires fournisseurs de plate-forme technique de dématérialisation des marchés publics ainsi que les fournisseurs de moyens de cryptologie et les tiers prestataires de services de cryptologie et d'horodatage agissant en tant que sous-traitant»*¹. Dans ce contexte, différents intervenants contractuellement liés les uns aux autres, interviennent. Les contrats ainsi conclus ne devront pas négliger les questions relatives à la circulation de ces données entre les différents intervenants. La CNIL prévoit que ces destinataires et sous-traitants devront assurer la sécurité et la stricte confidentialité des données personnelles en leur possession. Ainsi, l'article 5 de la délibération du 13 janvier 2005 indique qu' *«une convention signée avec le prestataire doit définir les opérations que celui-ci est autorisé à réaliser à partir des données à caractère personnel qui lui sont transmises, ainsi que les engagements qu'il prend pour garantir leur sécurité et leur confidentialité, en particulier l'interdiction d'utiliser les données à d'autres fins que celles indiquées par la convention. Le prestataire doit procéder à la destruction ou à la restitution de tous les fichiers stockant les informations dès l'achèvement de son contrat»*². D'autres intervenants, et non des moindres, posent encore quelques difficultés, à savoir les PSCE pour les signatures électroniques et les tiers archiveurs³.

En effet, si les données susvisées sont conservées et traitées pour la durée nécessaire à la passation du marché public, elles peuvent, cependant, faire ensuite l'objet d'un archivage effectué conformément aux délais de prescription légaux applicables aux documents des dossiers de marchés publics. Encore une fois, seule la pratique de la CNIL sera en mesure de préciser la notion de la durée telle que posée par le législateur. Les données personnelles des titulaires de certificats ne pourront être effacées qu'au terme de la période du traitement, puisqu'une contestation du contrat peut intervenir à tout moment dans un

¹ Article 5 de la délibération n° 2005-003 du 13 janvier 2005 décidant la dispense de déclaration des traitements mis en œuvre par les organismes publics dans le cadre de la dématérialisation des marchés publics (décision de dispense de déclaration n° 3), 6 mars 2005, Journal Officiel de la République Française, texte 32 sur 51.

² Délibération n° 2005-003 du 13 janvier 2005 décidant la dispense de déclaration des traitements mis en œuvre par les organismes publics dans le cadre de la dématérialisation des marchés publics (décision de dispense de déclaration n° 3), JORF n°55 du 6 mars 2005 page 3875 texte n° 32

³ Les tiers archiveurs peuvent être amenés à conserver des contrats sur lesquels figurent, par exemple, les noms et qualités des signataires.

laps de temps indéfini. Il faut comprendre qu'une fois le marché achevé, celui-ci fait l'objet d'un archivage afin d'apporter une preuve, le cas échéant, sous forme électronique, devant le juge. Les délais de prescription, en droit privé comme en droit public, étant ce qu'ils sont¹, la conservation de ces données risque de durer plusieurs décennies. C'est en ce sens que la CNIL admet que le droit d'effacement des données est subordonné à cette exigence probatoire².

Le Règlement Général Européen sur la Protection des Données (RGPD) est le nouveau cadre juridique qui régit la protection des données personnelles en Europe. Il est entré en vigueur le 26 mai 2016 et sera mis en application à partir du 25 mai 2018. Le RGPD abroge et remplace la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Europe, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. Ce nouveau cadre juridique vise à renforcer les droits des personnes à la protection de leur vie privée (en instaurant de nouveaux droits par rapport à l'ancienne directive : droit à l'oubli, droit à la portabilité et le droit à la limitation du traitement), à responsabiliser davantage les organismes qui traitent des données à caractère personnel et à renforcer le rôle des autorités nationales de contrôle de la protection des données personnelles. Le nouveau règlement a également unifié et alourdi les sanctions en cas d'infractions, qui peuvent atteindre désormais 20 millions d'euros ou 4 % du chiffre d'affaires mondial de l'organisme sanctionné³. Par ailleurs, il convient de rappeler que le RGPD s'applique à toute entité (entreprise, établissement public, association, etc.) établie sur le territoire de l'Union Européenne. Si l'entité n'est pas établie dans l'Union Européenne, le RGPD aura tout de même vocation à s'appliquer lorsque les personnes concernées par les traitements (personnes dont les données sont traitées) se trouvent au sein de l'Union européenne et que ces traitements ont pour objectifs le suivi de leur comportement ou l'offre de biens et de services.

Aussi, le nouveau règlement a-t-il été étendu aux sous-traitants, telles les entreprises marocaines opérant dans le secteur de l'Offshoring, une large partie des obligations réservées auparavant aux responsables de traitement installés sur le territoire européen. Pour ces entreprises, telles que les établissements hôteliers et les sites de e-commerce, il introduit de nouvelles obligations, à commencer par la mise en œuvre des mesures techniques et organisationnelles garantissant le respect des nouveaux droits des personnes visées. Ces entreprises doivent être en mesure de démontrer que les traitements mis en œuvre sont conformes au nouveau règlement européen, pour rassurer leurs clients en

¹ Application de l'article 2262 du Code civil sur la prescription trentenaire, CE, 9 juillet 1937, «Commune d'Arzon», Rec., p.380), qui applique la prescription à l'action en nullité d'un contrat administratif au motif que cette disposition est générale. Application, éventuellement, de l'article 2277 du Code civil prévoyant la prescription quinquennale de certaines dettes, CE, 22 mai 1914, « Compagnie générale au gaz de Lunel », Rec., p. 624.

² OBLE-LAFFAIRE (M.-L.), «Première position de la CNIL sur le régime de la signature électronique», Expertises, nov. 2002, p. 384.

³ <https://www.ecoactu.ma/reglement-europeen-des-donnees-personnelles-quel-impact-sur-les-prestataires>

Europe et se mettre aux mêmes niveaux de protection de la vie privée offerts par leurs concurrents européens ou dans d'autres régions du monde.

Comme toute nouvelle obligation légale ou réglementaire, le RGPD peut être perçu par certains comme une contrainte, vu le montant des sanctions prévues en cas d'infraction (jusqu'à 4% du chiffre d'affaires mondial de l'entreprise ou 20 millions d'euros). Cette perception est fautive, les lois sur la protection des données personnelles, comme la loi 09-08 au Maroc ou le RGPD en Europe, donne l'opportunité de renforcer la confiance de ses clients, ses collaborateurs, ses fournisseurs et tout autre partie prenante, en étant transparent sur ce qu'on fait de leurs données, sujet pris de plus en plus au sérieux par les personnes dans les quatre coins du monde¹. Le RGPD en particulier permet en plus de cette confiance accrue, un mode de gestion du patrimoine informationnel de l'organisme et une maîtrise des risques liés à l'exploitation de ce patrimoine. Elle permettra également pour l'entreprise marocaine de rassurer ses partenaires européens et préserver ses avantages concurrentiels.

Consciente des risques encourus par les organismes marocains concernés par ce règlement en cas de violation de ses dispositions et de l'impact éventuel sur la compétitivité de certains secteurs d'activité (offshoring, industrie hôtelière, commerce et services, banques), la Commission Nationale de Contrôle de la Protection des Données à Caractère Personnel (CNDP) a procédé à l'analyse de cette nouvelle loi afin d'identifier les différentes actions d'accompagnement qui peuvent être menées au profit des acteurs marocains concernés. Cette analyse a permis de créer et d'alimenter, en mai 2017, une rubrique dédiée au RGPD sur le site Internet de la CNDP (www.cndp.ma) afin de permettre aux entreprises concernées de s'initier au nouveau règlement, en mettant une place une adresse email dédiée pour répondre aux questions des opérateurs marocains sur ce sujet (rgpd@cndp.ma).

D'autres actions d'accompagnement, en collaboration avec les départements ministériels et fédérations professionnelles concernés ont été élaborées, notamment la tenue de plusieurs ateliers de sensibilisation autour du RGPD et l'organisation de formation en la présence d'experts des autorités et institutions européennes en la matière. La CNDP a en organisé et animé au total une dizaine d'événements, depuis septembre 2017, autour du RGPD avec au profit de nombre de groupements².

Par ailleurs, la CNDP recommande aux entreprises concernées, qui ne l'ont pas encore fait, d'initier un projet de conformité au RGPD afin d'éviter les sanctions commerciales et

¹ <https://www.ecoactu.ma/reglement-europeen-des-donnees-personnelles-quel-impact-sur-les-prestataires->

² Il s'agit de L'Association Marocaine de la Relation Clients (AMRC) ; La Fédération du Commerce et Service de la CGEM ; Le Groupement Professionnel des Banques du Maroc ; La Fédération des Nouvelles Technologies (APEBI) ; Le Cercle Marocain des Directions Juridique (CMDJ) ; La Chambre de commerce Belgo-Luxembourgeoise au Maroc ; L'Amicale Hassania des Magistrats ; et les participants à un atelier dédié au RGPD en marge du salon Preventica Maroc 2018. Aussi, en plus des événements, la CNDP a-t-elle organisé, en partenariat avec l'Union européenne, une formation au profit des fédérations concernées sur le processus de conformité au Règlement, animée par des experts européens des autorités de la France, la Belgique et la Croatie.

financières très lourdes, prévues par le nouveau règlement. Au terme de ces observations, De ce fait l'ampleur des problématiques et des enjeux existant en ce domaine est assez clair. En effet, la conclusion d'un contrat administratif et, en particulier, d'un marché public nécessite une gestion pointue de la date et du temps.

§2 - La solution technologique : la certification de l'horodatage

Un sceau d'horodatage permet de sceller électroniquement un document et d'y associer une date fiable et infalsifiable : il s'agit donc de l'équivalent électronique d'un sceau traditionnel. Les cas d'usages de l'horodatage sont très variés et concernent aussi bien les particuliers que les professionnels. La date écrite dans un document numérique ne constitue pas une "datation" à laquelle on peut se référer dans un contexte de contentieux. Il est en effet très facile de modifier un fichier numérique à son avantage sans laisser de trace et sans que l'on sache qui l'a modifié. Cela vaut pour la date du document comme pour l'ensemble de son contenu. L'horodatage électronique est une réponse pragmatique, efficace et économique à ce problème. Alors que la signature électronique consiste à apposer un nom sur un document numérique, l'horodatage consiste, quant à lui, à apposer à un fichier une date fiable sous la forme d'un jeton d'horodatage (ou sceau électronique)¹.

Un jeton d'horodatage garantit : l'antériorité d'un fichier par rapport à une date donnée; que celui-ci n'a pas été modifié au bit près depuis cette date : c'est le principe d'intégrité. Il est la preuve de la non-altération du document, du respect des délais légaux ou preuve d'antériorité, de l'opposabilité et de la traçabilité des actions menées sur le document. L'horodatage est effectué par un tiers de confiance qui garantit la fiabilité de chaque document horodaté. La fiabilité du procédé de datation est une question de technique et de confiance. Aussi, l'étude des exigences techniques dans la gestion du temps dans le droit procédera l'examen des besoins en horodatage des échanges électroniques (A) ainsi de la reconnaissance juridique de la datation électronique qui nous conduira à présenter les solutions pratiques être mises en œuvre (B).

A) Les besoins en horodatage des échanges électroniques :

Les actes juridiques nécessitent souvent une gestion pointue de la date et du temps dans les étapes de leur cycle de vie. Il en est ainsi pour leur formation, leur transmission, et leur archivage. Le droit parle de datation des actes et réclame souvent une date certaine. Les technologies de l'Information et de la Communication gèrent également le temps pour leur propre besoin. Parlant d'horodatage, terme résultant de la contraction de date et heure, puisque dans l'informatique et les télécommunications le temps ne s'évalue plus en

¹OBLE-LAFFAIRE (M.-L.), «Première position de la CNIL sur le régime de la signature électronique», op.cit, p.387.

journées mais en fractions de secondes, d'où la nécessité de s'interroger sur les exigences applicables aux horodatages électroniques qualifiés (b).

Or la procédure de la passation d'un marché public par voie électronique est soumise à des exigences précises de délais, qui doivent être respectées à peine d'irrecevabilité de l'offre. Sur ce point, le dépôt des candidatures et des offres transmis par voie électronique ou sur support physique électronique donne lieu à un accusé de réception mentionnant la date et l'heure de réception. Il faut alors prévoir un système «fiable» pour apposer et déterminer la date de passation d'un marché public effectué par voie électronique. Le système utilisé pour cette mention est celui de l'horodatage, permettant ainsi de s'assurer que la réponse à un appel d'offres a été soumise dans les délais et en a accusé réception. Cet état de fait, dans un cadre solide d'une transaction digitale, fait suite à une exigence relative au service d'horodatage électronique qualifié (a).

a. Apportez la preuve irréfutable de l'intégrité des documents avec l'horodatage électronique

La signature électronique d'un document est un ensemble de processus assez complexe. Quand un document est signé numériquement, le processus suivant se produit : un document numérique est une suite de nombres composée uniquement de « zéro » et de « un », c'est ce qu'on appelle fichier binaire. Lors de la signature électronique, cette suite de nombres est transformée par une fonction mathématique pour avoir ce qui est appelé le condensé ou le «hash » ou (AH)¹. Chaque condensé est chiffré et horodaté. L'ensemble du hash horodaté, d'une date et d'une heure provenant d'une source de temps fiable sont appelés «jetons d'horodatage». Le condensé de chaque document est unique et la vérification de la correspondance fidèle d'un fichier avec un condensé permet de confirmer que le fichier existait tel quel à la date du jeton. La signature du tiers de confiance ou de l'autorité d'horodatage cache le jeton. De cette façon, aucune altération ou modification volontaire ne peut être effectuée et l'intégrité du jeton est garantie. Pour horodater un document, on peut évidemment se baser sur le Temps Universel (TU) afin d'éviter toute confusion entre les différents fuseaux horaires². Ce timbre électronique, correspondant à l'association d'un condensé d'un document et d'une marque de temps UTC, permet donc de fournir la preuve d'existence de données à un instant dans le temps.

¹ APVRILLE (A), «L'horodatage sécurisé: état de l'art et applications», Juin 2002, télécharger sur : <https://www.ossir.org/resist/supports/cr/200206/apvrille.pdf>

² Au niveau international, la notion de temps universel a été définie en 1972 dans le cadre d'une conférence du Bureau International des poids et mesures BIMP des National Measurement Institutes dont font partie le NIST (US), le PTB (DE), le CRL (japon), etc.... Avec l'horodatage, vous donnez une valeur probante à vos actes et documents électroniques, vous certifiez que vos documents n'ont pas été modifiés depuis que vous les avez archivés. Le jeton d'horodatage faisant foi, comme le cachet de la Poste. Un jeton d'horodatage est une donnée qui lie un condensé de donnée à un temps particulier, exprimé en temps UTC, établissement ainsi la preuve que la donnée existait bien avant ce temps là, Voir « internet X.509 Public Key Infrastructure Time-Stamp Protocol », aout 2001, document consultable sur le site de L'IETF : www.ietf.org

Sauf stipulation contraire¹, la date/heure qui fait foi est celle contenue dans cette marque technique d'horodatage².

Un service d'horodatage se conçoit difficilement sans une ICP (Infrastructure à Clés Publiques) quelque part, plus ou moins proche (utilisation de certificats, signature, CRL...). Dans certains cas, l'Autorité d'Horodatage peut cependant être sa propre autorité de certification. La mesure du temps n'est pas triviale, et il se pose naturellement la question de la légitimité de celui qui donne l'heure. Il n'existe pas actuellement d'Autorité d'Horodatage reconnue au niveau mondial. A bien des égards, une Autorité d'Horodatage peut être vue comme un tiers qui certifie des heures et des dates, sans avoir d'intérêt à les falsifier³. Dans ce sens, il est probable que les Autorités d'Horodatage qui émergeront, et survivront, seront des Autorités émanant d'institutions publiques plutôt que de sociétés privées. Question de légitimité et de pérennité.

Dans la plupart des cas, une Autorité d'Horodatage ne fait que générer ce qu'est appelé des jetons pour d'autres services, en particulier des services de signature. Le principe générique de l'horodatage est le suivant : Les données à horodater sont passées au travers d'une fonction de condensation (SHA-1, MD5...), ce condensé (une valeur de longueur fixe, de 128 ou 160 bits par exemple) est envoyé à l'Autorité d'Horodatage, Celle-ci joint au condensé le GDH (Groupe Date Heure, au format UTC : Coordinated Universal Time dont le format est YYYYMMDDhhmmssZ)⁴. L'AH signe la concaténation condensé + GDH (au moyen de RSA, DSA...): le résultat est une capsule CMS (Cryptographic Message Syntax, RFC 2630), appelée jeton (Time-Stamp token en anglais). Le tout est renvoyé au demandeur qui dispose alors d'une preuve du fait que le condensé existait avant la date donnée dans le GDH. Le condensé étant une "empreinte" des données initiales, la preuve s'applique donc aussi à ces données. Les jetons générés sont donc des capsules CMS (RFC 2630⁵) dont la structure "Content" du "ContentInfo" est à "SignedData". La RFC 3161⁶ définit le format des jetons d'horodatage (enfin finalisée en août 2001 après une quinzaine de drafts), ainsi que les formats des échanges avec les

¹ Ibid. Spécifications ou usages particuliers indiqués explicitement dans les éléments contractuels et la politique d'AH.

² Le principe de l'horodatage est d'associer de façon la plus sûre possible une date et une heure à des données. Avoir une garantie cryptographique de l'heure permet par exemple : De prouver l'existence de certaines données à partir d'une certaine date, a cette garantie d'existence on peut joindre des garanties de possession, de certifier des heures et dates de signature², de renforcer les fonctions de non-répudiation associées à la signature, puisque lors d'une signature classique la date de signature n'est pas forcément fiable, et peut donc être contestée, de garantir les heures et dates de validité des CRL. Si par exemple on souhaite vérifier une signature longtemps après qu'elle ait été faite, on devra entre autres s'assurer que le certificat qui était associé à la clé privée qui a signé n'était pas révoqué. Donc absent de la CRL. Cela suppose donc d'archiver les CRL, et de consulter la bonne, c'est à dire la CRL dont on est certain des dates de validité, ou une CRL qui conserve toutes les dates de révocation mais dont ces dates puissent être garanties. www.ietf.org.

³ Ibid.

⁴ Par exemple, un jeton attaché à un message ou plutôt à son empreinte au 31 octobre 2005 à 11heures 10 minutes et 25 secondes fera apparaître la marque de temps 20051031111025.

⁵ RFC 2630, la RFC (request for comment) est un ensemble de notes techniques et d'organisation au sujet d'internet.

⁶ <http://www.ietf.org/rfc/rfc3161.txt?number=3161>

Autorités d'Horodatage. L'ETSI¹ publie d'ailleurs un profil qui précise la RFC. Une des principales applications des jetons d'horodatage peut être de certifier la date d'une signature.

Dans ce cas, la cinématique devient : Une signature est effectuée sur des données. Cette signature se matérialise par une capsule CMS (ou éventuellement PKCS#7), un condensé de cette capsule est calculé, puis envoyé au TSA (Time Stamp Authority). Le TSA horodate ce condensé, le résultat étant une autre capsule CMS, le jeton. Ce jeton est ensuite inséré dans un des attributs non signés de la capsule initiale² (c'est ce que recommande la RFC). Si c'est ajouté dans un des champs non signé, c'est parce que cette information vient après que la signature ait été faite. Cela signifie aussi qu'il est possible d'envisager d'extraire ce jeton et de le remplacer par un faux. C'est pourquoi, même si l'on utilise de l'horodatage, il faut prendre garde à avoir une heure de signature relativement fiable, afin de pouvoir la comparer à celle certifiée par le jeton. Encore un fois, l'horodatage sert essentiellement à prouver l'existence de données à partir d'une date et d'une heure donnée. La donnée en question ici est une signature³. L'heure et la date fournie par le serveur d'horodatage doivent bien sûr être les plus fiables possibles. Le cœur des serveurs d'horodatage est en général constitué d'un boîtier. Ce boîtier peut avoir les propriétés suivantes : Une implémentation matérielle des algorithmes de signature qu'utilise le serveur d'horodatage (génération, stockage, signature...) ; Une connexion à une source de temps fiable qui lui permet de resynchroniser régulièrement son horloge. Ces sources peuvent être le réseau GPS, l'horloge atomique du NIST... etc. Des détecteurs anti-intrusion qui bloquent le boîtier en cas d'essai de l'ouvrir⁴. Concernant les sources de temps, les aspects politiques et économiques entre pays ou entreprises sont à prendre

¹ Document consultable sur le site de l'ETSI (European Telecommunications Standards Institute ; en français, (Institut Européen des Normes de Télécommunications). Organisme indépendant à but non lucratif, l'ETSI est l'une des associations techniques internationales majeures dans le domaine des technologies de l'information et de la communication. Basé à Sophia-Antipolis, cet organisme compte actuellement 600 membres répartis dans 56 pays de par le monde. Voir le site internet : www.etsi.org.

² Si ce jeton est ajouté dans un des champs non signés, c'est parce que cette information vient après que la signature ait été faite. Cela signifie aussi qu'on peut envisager d'extraire ce jeton et de le remplacer par un faux. C'est pourquoi, même si l'on utilise un système d'horodatage, il faut prendre garde à avoir une heure de signature relativement fiable, afin de pouvoir la comparer à celle certifiée par le jeton.

³ Le fonctionnement d'un serveur d'horodatage, comme toute autorité qui est amenée à signer, doit être régi par une Politique d'Horodatage (PH) et une déclaration des Pratiques d'Horodatage (DPH). Ces documents donnent les formats, exigences de sécurité, responsabilités... etc (PH) et la façon dont ces propriétés sont garanties, les procédures en cas de situation d'urgence, le détail des contrôles effectués...etc (DPH). L'ETSI finalise une Politique d'Horodatage type. Les algorithmes les plus utilisés pour les serveurs d'horodatage sont RSA ou DSA. Le choix entre ces deux algorithmes se fera par exemple en considérant les performances attendues et la proportion relative de signatures et de vérifications de signature dans l'ensemble de l'infrastructure. A plus ou moins court terme, les courbes elliptiques devraient être disponibles sur les dispositifs d'horodatage (ECC : elles présentent l'avantage d'utiliser des clés de longueurs plus courtes que RSA ou DSA, à sécurité égale. Gain en performance, donc). Si la clé privée du serveur d'horodatage venait à être compromise, il faudrait être en mesure de révoquer le certificat correspondant, et donc de publier une CRL. La clé de signature du serveur d'horodatage doit être longtemps utilisable, et doit donc avoir une longueur suffisante (1024 ou 2048 bits par exemple). <http://cryptosec.lautre.net/?L-horodatage>

⁴ Ibid.

en compte¹. A tout serveur d'horodatage devrait être joint un service de vérification, permettant de vérifier la validité des jetons générés.

Par exemple le condensé des données à vérifier, ainsi que le jeton, et le service de vérification affiche le contenu du jeton et son statut. Pour envoyer des données à un serveur d'horodatage (des condensés, formatés au sein de requêtes), la RFC prévoit l'utilisation du mail, du transfert par fichier, d'HTTP, ou de connexions TCP. Ce dernier moyen est le plus répandu, et la plupart des serveurs d'horodatage ont le port 318 à l'écoute des requêtes d'horodatage conformes au protocole défini dans la RFC. Les éditeurs de TSA fournissent des API permettant d'y accéder. Ces API peuvent avoir les propriétés suivantes : Calcul de condensés ; Ouverture et fermeture de la connexion avec le TSA ; Formatage et envoi d'une requête d'horodatage ; Récupération du certificat du TSA ; Vérification d'un jeton d'horodatage.

Or du point de vue juridique, ni la loi du 53-05 sur la signature électronique, ni le décret qui la précise, ne font de mention explicite à l'horodatage. Tout au plus est-il dit que les Autorités de Certification devront porter des heures et dates fiables sur les certificats et CRL qu'elles délivrent. Il y a cependant fort à parier que, via des précisions législatives ou des décisions de jurisprudence, l'horodatage sera amené à avoir un rôle crucial, vu l'importance de la date en droit. La loi tend à consacrer les effets juridiques de l'« *horodatage électronique* » comme preuve, mais elle reste taise, toutefois, sur un certain nombre de points techniques et juridiques.

b. Exigences applicables aux horodatages électroniques qualifiés :

L'horodatage consiste à associer à la signature électronique la date et l'heure auxquelles elle a été apposée. Conformément à l'article 413-3 alinéa 3 du DOC, un acte signé électroniquement et horodaté a la même force probante qu'un acte dont la signature est légalisée et de date certaine. À cet égard, le D.O.C ne retient que trois événements susceptibles de conférer à un acte sous seing privé la certitude de la date. Le premier, le plus courant, résulte de l'enregistrement, formalité fiscale qui, exceptionnellement, produit des conséquences civiles. Le deuxième découle du décès d'une partie et le troisième, enfin, provient de la constatation de l'acte dans un acte authentique². Seuls ces événements confèrent date certaine. Il s'ensuit que la date certaine ne représente pas la date exacte du contrat, mais sert simplement à marquer le moment à partir duquel on est certain que l'acte a existé. Plutôt que d'une date certaine.

¹ Ces dispositifs peuvent être certifiés (Critères Communs (EAL 3,4), FIPS-140 niveau 4...). Le dispositif de signature devrait être protégé au niveau réseau, principalement pour se prémunir des dénis de service et des accès non autorisés. Certaines API d'accès implémentent un protocole de sécurisation comme GSS ou SSL-TLS. Ce qui est alors recherché est l'authentification forte des applications qui accèdent au TSA. De même, le dispositif de signature devrait être protégé physiquement, dans ce qu'on appelle communément un " bunker " : Contrôle des accès ; Habilitation du personnel ; Protection norme TEMPEST ; Site de secours géographique ; Procédures d'urgence prêtes H24. FOURNEAU (J.M.) « Horodatage sécurisé », Laboratoire PRISM, CNRS UMR 8144 Université de Versailles St-Quentin, 2008, télécharger sur : http://perso.prism.uvsq.fr/~jmf/Horodate08_p2.pdf

² DEMOULIN (M.), « Aspects juridiques de l'horodatage des documents électroniques », In Commerce électronique : de la théorie à la pratique, Bruxelles, Bruylant, coll. « Cahiers du CRID », n° 23, 2004, p. 67.

Les trois circonstances susvisées sont strictement limitatives selon la jurisprudence et aucun autre événement ne pourra aboutir au même résultat. Par conséquent, un certain nombre de faits externes ont été rejetés comme ne pouvant conférer date certaine à un acte ; il s'agit, par exemple, du cachet de la poste dont une lettre missive était revêtue ou de l'oblitération de timbres fiscaux. Il en résulte qu' *«un acte horodaté électroniquement ne fait pas foi de sa date à l'égard des tiers s'il n'est pas enregistré, si sa substance n'est pas constatée dans un acte dressé par un officier public ou si l'un des signataires n'est pas décédé. Il n'en irait autrement que si ce procédé était employé par le receveur de l'enregistrement ou l'officier public lui-même. En dehors de ces hypothèses, l'horodatage ne permet pas, en tant que tel, de conférer date certaine à un acte¹»*. Une Réflexions autour de la reconnaissance juridique de "l'horodatage blockchain" par le législateur Italie à titre d'exemple, semble nécessaire à ce niveau. Les protocoles *blockchains* comprennent en leur sein des fonctions d'horodatage qui permettent de fixer la date et l'heure de données qui sont enregistrées. À cet égard, l'horodatage *blockchain* introduit des éléments de temporalité à deux niveaux : Au niveau de l'heure et de la date d'entrée de la transaction dans la *blockchain* et au niveau de l'heure et de la date de validation du bloc de transactions. Une reconnaissance juridique de ce horodatage *blockchain* est amorcée par la loi n° 12/19 du 11 janvier 2019 relative au soutien et à la simplification des entreprises et de l'administration publique, entrée en vigueur en Italie le 13 février 2019. Enfin, l'étude de cette loi sera l'occasion d'établir l'état de l'art des droits étrangers au sujet de la preuve *blockchain*, comparé au droit français.

** Une consécration des effets juridiques de l'« horodatage électronique blockchain » en droit italien : L'article 8 ter, 3° de la loi italienne relative au soutien et à la simplification des entreprises et de l'administration publique introduit l'« horodatage électronique blockchain ». Il prévoit ainsi que « le stockage d'un document informatique par l'utilisation de technologies basées sur des registres distribués produit les effets juridiques de l'horodatage électronique (visé par l'article 41 du règlement eIDAS)² ». Cet article confirme, d'une part, les effets juridiques de l'« horodatage électronique blockchain » des données. Sans passer par le raisonnement d'une préalable qualification juridique, le législateur italien accorde à l'« horodatage électronique blockchain » les effets de l'horodatage visés par le règlement eIDAS par le renvoi à l'article 41 qui traite desdits effets. D'autre part, toujours par référence à l'article 41, c'est la recevabilité de cette preuve en justice qui est indirectement admise. L'horodatage ne pourrait être refusé s'il ne satisfait pas aux exigences de l'horodatage électronique qualifié. Le principe de non-*

¹ DEMOULIN (M.), «Aspects juridiques de l'horodatage des documents électroniques», In Commerce électronique : de la théorie à la pratique, Bruxelles, Bruylant, coll. «Cahiers du CRID», n° 23,2004. p. 68.

²L'article 41 du règlement eIDAS vise trois effets produits par les horodatages électroniques : « 1. L'effet juridique et la recevabilité d'un horodatage électronique comme preuve en justice ne peuvent être refusés au seul motif que cet horodatage se présente sous une forme électronique ou qu'il ne satisfait pas aux exigences de l'horodatage électronique qualifié. 2. Un horodatage électronique qualifié bénéficie d'une présomption d'exactitude de la date et de l'heure qu'il indique et d'intégrité des données auxquelles se rapportent cette date et cette heure. 3. Un horodatage électronique qualifié délivré dans un État membre est reconnu en tant qu'horodatage électronique qualifié dans tous les États membres »).

discrimination, sous-tendu par le règlement eIDAS, trouve ici à s'appliquer à l'horodatage électronique *blockchain*. Il consiste à accepter, d'un côté, que l'horodatage électronique est admis en justice au même titre que l'horodatage classique et, de l'autre, qu'il sera aussi recevable s'il présente le caractère de l'horodatage électronique simple (et non qualifié). C'est sur ce dernier point que le principe de non-discrimination s'applique concrètement à « *l'horodatage électronique blockchain* » qui est, par essence électronique, mais ne sera pas nécessairement un horodatage électronique qualifié¹.

L'horodatage électronique qualifié bénéficie d'une présomption d'exactitude de la date et de l'heure qu'il indique et d'intégrité des données². Ainsi, la différence entre ces deux horodatages se situe essentiellement : Quant à l'intervention d'un tiers certificateur agréé dans le procédé d'horodatage qualifié et quant à l'effet de l'horodatage qualifié qui, au niveau de la charge de la preuve, établit une présomption simple d'exactitude de la date et de l'heure et d'intégrité des données ; cette présomption pourra être renversée. Pour l'heure et en l'absence d'intervention de prestataire de services de confiance qualifié dans les *blockchains* publiques, l'horodatage *blockchain* reconnu comme preuve en droit positif italien semble ne pouvoir revêtir que le caractère de l'horodatage électronique simple. Cette preuve produira des effets simples et devra être admise par le juge en vertu du principe de non-discrimination susmentionné. Pour ce qui est des *blockchains* privées, le gérant pourra prévoir contractuellement l'obligation de faire intervenir un tiers de confiance pour bénéficier de la force probante supérieure de « *l'horodatage électronique blockchain qualifié* » en vertu de la présomption d'exactitude de date et heure, et d'intégrité des données³. A Préciser enfin que cette disposition ne fait pas de mention expresse à la « *signature blockchain* », procédé central permettant à un utilisateur de réaliser une transaction par l'intermédiaire de la *blockchain*. Indirectement, elle exclut ainsi l'analogie possible à la signature électronique visée par le règlement eIDAS.

* *Un texte lacunaire à préciser* : Par la voie des décrets d'application ou par celle juridictionnelle un certain nombre d'éléments techniques et juridiques devront être clarifiés (la pratique judiciaire pourra révéler le champ des possibles en matière de preuve *blockchain* ⁴ : La loi italienne fait référence au « *stockage du document* » par

¹ Pour rappel, il existe deux types d'horodatage électronique prévus par le règlement eIDAS : l'horodatage électronique simple : un procédé qui permet de certifier qu'une donnée existait bien à un instant donné (Règl. n° 910/2014, 23 juill. 2014, dit eIDAS, point 33 : « *des données sous forme électronique qui associent d'autres données sous forme électronique à un instant particulier et établissent la preuve que ces dernières données existaient à cet instant* ») ; l'horodatage électronique qualifié : un procédé similaire mais qui doit satisfaire aux conditions imposées par l'article 42 du règlement eIDAS, autrement dit de : lier la date et l'heure aux données de manière à raisonnablement exclure la possibilité de modification indétectable des données ; être fondé sur une horloge exacte liée au temps universel coordonné ; et être signé au moyen d'une signature électronique avancée ou cacheté au moyen d'un cachet électronique avancé du prestataire de services de confiance qualifié, ou par une méthode équivalente.

² Art. 41.2. du règlement (UE) 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 et abrogeant la directive 1999/93/CE (Règlement eIDAS).

³ V. la possibilité en droit français d'établir une convention de preuve : C. civ., art. 1368.

⁴ Canas S., *Blockchain et preuve : le point de vue du magistrat*, Dalloz IP/IT, févr. 2019, p. 82.

l'intermédiaire de la technologie *blockchain*. Techniquement, sur une *blockchain* publique, la place dans une transaction pour ancrer des données est limitée (80 bytes). Cette dernière n'a pas pour objectif initial de servir de base pour stocker des données. C'est l'empreinte (ou « *hash* ») d'une donnée qui est stockée. En pratique, il arrive que l'empreinte de l'empreinte (ou « *hash de hash* ») soit ancrée dans une transaction pour permettre de regrouper tous les documents et réduire le coût de l'ancrage à une seule transaction. Il sera ainsi question d'éclaircir le sens que les législateurs ont souhaité donner au terme de « *stockage* » du document.

En visant le stockage d'un « *document* », elle exclut la reconnaissance d'autres données enregistrées dans la *blockchain*. En effet, l'ensemble des données transactionnelles, incluant l'identifiant de transaction, les clés publiques, le nombre de crypto-actifs échangés et certaines données en clair ajoutées à une transaction (bien que limitées) ou appelées « *données complémentaires* » par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) peuvent constituer des éléments de preuve¹ d'une certaine utilité pour le juge en matière pénale². Enfin, cette loi n'indique pas le niveau de sécurité attendu des « *technologies basées sur des registres distribués* », notamment quant aux algorithmes employés et la nature des *blockchains* visées. L'algorithme de hachage SHA 256 actuellement utilisé dans la majeure partie des protocoles pourrait être cassé et devenir moins fiable (risques de collision). En outre, vulnérables aux cyberattaques, les nombreuses plateformes interfaces qui proposent des solutions pour ancrer des documents peuvent aussi poser questions.

* *Les nécessaires précisions juridiques* : L'empreinte du document, qui n'est pas mentionnée mais dont il est fait référence par le « *stockage de document* », doit trouver une qualification juridique (écrit parfait ou imparfait). Ceci impliquera, notamment, la nécessité ou non de conserver le document original. En France, le régime de la copie prévu à l'article 1379 du Code civil permet aux parties de faire le choix de ne pas conserver l'original mais uniquement la copie. Avec l'empreinte *blockchain*, la problématique réside dans le fait qu'il conviendra de fournir l'original pour vérifier l'empreinte lors d'un litige. Ceci suppose donc de conserver le document original en dehors de la *blockchain*. Cet article n'explique pas les cas dans lesquels l'horodatage *blockchain* ne ferait pas intervenir un tiers certificateur. Ces cas précisément sont poursuivis par les usagers des protocoles publics qui ancrent des données, ne souhaitant pas l'intermédiation d'un tiers de confiance³. En pratique, l'intervention d'experts et autres tiers en matière probatoire constitue, qui plus est, une contrainte de

¹ CNIL, *Blockchain*, Premiers éléments d'analyse, 24 sept. 2018.

² Matzutt @., Hiller(J), Henze (M)., Henrik Ziegeldorf (J)., Mullmann (D.), Hohlfeld (O), Wehrle (K)., « A Quantitative Analysis of the Impact of Arbitrary *Blockchain* Content on Bitcoin, March 19, 2018.

³ À l'origine de la *blockchain*, les concepteurs cypherpunks du protocole *bitcoin* souhaitaient développer une monnaie sans institutions bancaires et étatiques (Nakamoto S., « Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System », 2008). La *blockchain* endosserait par elle-même, grâce à ses procédés techniques, le rôle de tiers de confiance.

nature à compliquer et surenchérir le coût de l'investissement dans cette technologie¹. De surcroît, il n'est pas indiqué quelle valeur sera donnée à la date de l'horodatage *blockchain*. Par exemple, en droit français, dans certains cas visés par l'article 1377 du Code civil, une « *date certaine* » est accordée à des situations ou actes (jour où il a été enregistré, jour de la mort du signataire, jour où sa substance est constatée dans un acte authentique). Cette date pour l'horodatage *blockchain* pourrait être la date de l'existence du document à un instant donné.² Il serait question de reconnaître l'existence du contenu à un instant donné et non la preuve du contenu lui-même, qui ne peut être vérifié. Plusieurs dates pourront cependant être retenues : celle de l'heure et la date de l'ancrage du document de la transaction (avec un temps de décalage pour sa validation dans la *blockchain bitcoin*) ou celle de l'horodatage du bloc. Celle de l'horodatage du bloc et ainsi de la validation de la transaction aurait de toute évidence plus d'intérêt. Pour tenir compte des spécificités de l'horodatage ainsi que de la signature *blockchain*, il conviendrait probablement à terme de préciser - tout en conservant à minima une certaine neutralité - les conditions techniques selon lesquelles ces procédés sont reconnus, en considérant un standard de normes techniques de type AFNOR³. Par ailleurs, il serait opportun d'intégrer les cas qui accorderaient une force probante significative supérieure au premier degré de signature et d'horodatage électronique simple. Par exemple, l'usage des protocoles publics *bitcoin* et *ethereum* qui, en l'absence de modifications possibles, garantissent l'intégrité de la date et de l'heure des données inscrites dans la *blockchain*⁴.

**Un droit étranger à l'avant-garde au regard du droit français :* Parallèlement à l'Italie, certains États fédérés aux États-Unis ont avancé sur ces questions législatives relatives à la preuve *blockchain*. Dans le Tennessee, les documents protégés par la *blockchain* sont considérés comme des documents électroniques et la signature cryptographique produite et stockée par la *blockchain* sous forme électronique comme une signature électronique⁵.

¹ G'Sell (F)., « France stratégie, Les enjeux des *blockchains* », 21 juin 2018, p. 105 ; v. *Blockchain*, cryptomonnaie, ICO : les derniers rapports à lire sur la plage, Actualités du droit, 19 juill. 2018

² v. ce qui a été proposé par l'amendement n° 1317 au projet de loi PACTE relatif à la croissance et la transformation des entreprises, v. TA AN n° 1088, 2018-2019, amendement n° 1317 et Loi PACTE et preuve *blockchain* : premier petit pas vers une reconnaissance par le Parlement ?, Actualités du droit, 13 sept. 2018 ; v. également un autre amendement déposé par Jean-Michel Mis, cette fois dans le cadre du projet de loi de programmation pour la justice : TA AN n° 1349, 2018-2019, amendement n° CL380 ; cet amendement proposait de modifier l'article 1358 du Code civil en ce sens : « À cet effet, tout fichier numérique enregistré dans un dispositif électronique d'enregistrement partagé de nature publique ou privée vaut preuve de son existence et de sa date, jusqu'à preuve contraire, dès lors qu'il répond à des conditions définies par décret »).

³ <https://normalisation.afnor.org/actualites/bientot-normes-iso-blockchain/>

⁴ L'Assemblée nationale française, dans sa proposition n° 14 issue du rapport d'information sur les *blockchains* du 14 décembre 2018 (Assemblée nationale, Mission d'information sur les chaînes de blocs (*blockchain*), rapp., 14 déc. 2018, sur ce rapport, v. La *blockchain*, une technologie stratégique pour la France, Actualités du droit, 14 déc. 2018) envisage d'ailleurs une « *adaptation du régime applicable en matière de preuve électronique et de signature numérique par une révision du règlement européen n° 910/2014 du 23 juillet 2014 (...)* » (Assemblée nationale, Mission d'information sur les chaînes de blocs (*blockchain*), rapp., 14 déc. 2018, p. 92.

⁵ Tennessee, projet de loi n° 1662, 22 mars 2018, qui modifie le « Tennessee Uniform Electronic Transactions Act ». Dans le Nevada, le « Nevada Uniform Electronic Transactions Act » a été modifié par les « Nevada Blockchain Statutes » promulgués le 5 juin qui considèrent les enregistrements dans

La proposition de loi n° 237 relative à la *blockchain* adoptée le 21 décembre 2017 à Monaco qualifie juridiquement les inscriptions d'acte juridique dans la *blockchain* comme étant présumées constituer « *une copie fidèle, opposable et durable de l'original, portant une date certaine*¹ ». Par ailleurs, la problématique du décryptage de l'empreinte par le juge, soit la manière dont ce dernier sera amené à traduire la preuve *blockchain* d'un langage crypté à un langage intelligible pourrait se poser². Cependant, un juge chinois n'a pas montré de difficultés particulières pour apprécier ce type de preuve dans une décision du Tribunal de Hangzhou du 28 juin 2018³. Cette décision est la première à avoir reconnu des éléments inscrits sur la *blockchain* (concernant le protocole *bitcoin*) comme des preuves authentifiantes valables lors d'un litige. Celle-ci semble toutefois difficilement transposable au sein de nos juridictions (le Tribunal de Hangzhou nommé « *tribunal de l'Internet* » qui a rendu cette décision étant une juridiction technique spéciale)⁴.

la *blockchain* comme des documents électroniques. L'État du Vermont indique que les documents de la *blockchain* sont auto-authentifiables en vertu de la loi 902 du Vermont sur la preuve, L. 12 V.S.A. §, article 1913 promulguée le 2 juin 2016.

¹ sur ce sujet, v. Thierry Poyet, ancien Conseiller national à Monaco et président de l'association World of Blockchains Monaco : « Monaco dispose aujourd'hui de la proposition de loi la plus favorable au monde aux *blockchains* », Actualités du droit, 11 juill. 2018

² Clément Bergé-Lefranc, co-fondateur de Ledgys Solutions : « *La blockchain est une technologie très efficace pour se préconstituer une preuve* », Actualités du droit, 20 juill. 2017

³ Hangzhou Internet Court, Province of Zhejiang People's Republic of China, Case n° 055078 (2018) Zhe 0192 No. 81 Huatai Yimei/Daotong, June 27, 2018 ; Deroulez J., Blockchain et preuve : la Chine en pointe ?, Actualités du droit, 7 sept. 2018.

⁴ La France a choisi d'adopter, pour sa part, une attitude vigilante au sujet de la preuve *blockchain*. Elle ne consacre pas de cadre général⁴ aux grandes notions de preuve contenues dans la *blockchain* (signature, horodatage, empreinte *blockchain*). Elle reconnaît cette preuve, au cas par cas, en fonction des usages (minibons et titres financiers ; v. les cas des minibons et titres financiers non cotés : Ord. n° 2016-520, 28 avr. 2016 relative aux bons de caisse et Ord. n° 2017-1674 du 8 décembre 2017 relative à l'utilisation d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé pour la représentation et la transmission de titres financiers). Saluons tout de même l'assimilation par le législateur de l'inscription de la cession de minibons dans la *blockchain* à un écrit sous seing privé. L'article L. 223-12 du Code monétaire et financier indique ainsi que le transfert de propriété de minibons résulte de l'inscription de la cession dans la *blockchain* qui « tient lieu de contrat écrit ».

Le rapport La Raudière/Mis relève, d'ailleurs, les intérêts de l'horodatage *blockchain*, en raison de « *la traçabilité garantie par la fonction d'horodatage et l'immuabilité des transactions* », et indique qu'il pourrait répondre, en partie, aux spécifications du règlement eIDAS. La doctrine française ainsi que les praticiens reconnaissent également les atouts de l'horodatage *blockchain*, notamment dans le domaine des droits de propriété intellectuelle non enregistrés (v. Binctin N., Quelle place pour la *blockchain* en droit français de la propriété intellectuelle, Propr. Intell. n° 65, oct. 2017, p. 18 ; Favreau A., L'avenir de la propriété intellectuelle sur la *blockchain*, Propr. Intell. n° 67, avr. 2018, p. 16 ; v. Vincent Fauchoux, co-fondateur de BlockchainyourIp : « *En matière de propriété intellectuelle, la blockchain présente l'avantage de couvrir toute la zone de l'avant-brevet* », Actualités du droit, 18 oct. 2017. v. les cas où la preuve est apportée par tous moyens (preuve d'un fait, actes portant sur une somme inférieure ou égale à 1500 euros, preuve en matière pénale, preuve en matière commerciale). Mais en dehors de ces cas, des incertitudes – comprises par le législateur – subsistent. Le rapport La Raudière/Mis soulève, en effet, qu'« *en l'état du droit, aucun texte ne détermine la portée juridique des éléments inscrits sur un protocole technique. Dès lors qu'il ne fait pas partie des moyens de preuve actuellement reconnus au plan juridique, il appartient au juge de déterminer leur valeur probatoire, au vu des circonstances de l'espèce* » (Assemblée nationale, Mission d'information sur les chaînes de blocs (*blockchain*), rapp., 14 déc. 2018, p. 91). Le législateur travaille donc à une reconnaissance générale des données inscrites dans la *blockchain* (v., notamment, l'amendement n° 1317 au projet de loi dit « PACTE » qui prévoyait d'ajouter un 2^e alinéa à l'article 1358 du Code civil sur la liberté de la preuve en matière de fait juridique : TA AN n°

Cette analyse se retrouve dans le cadre de la transmission des candidatures et des offres par la voie électronique ou la date d'envoi ne doit pas excéder une date préfixé. En droit administratif, la date mentionnée dans l'acte n'a pas de véritable portée juridique ; en revanche, la datation des formalités externes attachées à l'acte à des conséquences juridiques intrinsèques sur le rapport de l'acte au temps, imposant l'adhésion à cette dernière solution. D'ores et déjà, des précisions législatives ont été adoptées en droit administratif pour reconnaître la valeur juridique viendront rapidement préciser les applications légales de la datation électronique¹. Des prestataires proposent de dater des documents par un système fonctionnant via l'Internet, sans déposer physiquement ces documents. Cette solution apparaît judicieuse, notamment pour les industries qui renouvellent souvent leurs créations. Elle pourrait constituer une alternative aux modes de dépôt traditionnels, tels que l'enveloppe Soleau, les registres estampillés, le dépôt auprès d'une société d'auteur, le dépôt auprès d'un huissier ou d'un notaire....d'ou la question suivante : Une date certaine par l'Internet : quelle valeur ?

B) Vers une solution technique validée par le droit :

Le présent point expose qu'elles sont les enjeux de la gestion du temps dans le droit (la, date certaine des actes juridiques) et comment cette gestion doit être considérée dans le monde des échanges électronique en recourant à des procédés de datation électronique. La notion de date certaine étant indissociable du décret des marchés publics, le pouvoir réglementaire a donné à la datation électronique une valeur juridique et les plates-formes ont développé et intégré dans leurs services des outils permettant de placer dans le temps, c'est-à-dire horodater, des événements. Que faire lorsqu'une offre électronique arrive hors délai pour cause de problèmes techniques liés à la plateforme de dématérialisation **(a)** ?, Cependant, il est à regretter que l'arsenal législatif marocain sur la sécurité des échanges, en voie de maturation pendant les dernières années n'ait pas été mis à profit. La lettre recommandée électronique est-elle recommandable ? L'accusé de réception fourni par le tiers doit-il être signé ? Horodaté ? Sans toutes ces précautions, qu'empêche aujourd'hui une personne malintentionnée, de créer un faux accusé de réception ? Quelles sont alors les conditions de validité de la lettre recommandée électronique ? **(b)**

1088, 2017-2018, amendement n° 1317 ; il était avancé l'idée que toutes données enregistrées dans la *blockchain* publique ou privée devait valoir preuve de son existence et de sa date jusqu'à preuve du contraire) et appelle à des éclaircissements pour conforter la valeur probatoire des *blockchains* (Assemblée nationale, Mission d'information sur les chaînes de blocs (*blockchain*), rapp., 14 déc. 2018, p. 90). Pour le ministère de la justice, il conviendrait de sécuriser la preuve *blockchain* en établissant une forme de « certification » des protocoles (Assemblée nationale, Mission d'information sur les chaînes de blocs (*blockchain*), rapp., 14 déc. 2018, p. 92). Celle-ci permettrait de garantir l'intangibilité des données inscrites dans la *blockchain*. De même, il pourrait être envisagé de mettre en place un système de labellisation optionnel des *blockchains* par l'ANSSI, au même titre que celui de la CNIL, en ce qui concerne la conformité des produits et procédures quant au traitement de données à caractère personnel. La possible convergence de la pensée libertarienne et du droit doit donc être mûrement réfléchie par les législateurs français et étrangers. Dans le domaine de la preuve *blockchain* « *Code with law is security* », à l'image de ces premiers textes garantissant, avec sécurité, les effets des procédés issus de la *blockchain* en tant que preuve.

¹ DEMOULIN (M.), «Aspects juridiques de l'horodatage des documents électroniques», In Commerce électronique : de la théorie à la pratique, Bruxelles, Bruylant, coll. «Cahiers du CRID», n° 23,2004. p. 68

a. Création de la preuve d'accusé de réception électronique :

En vertu des principes fondamentaux de la commande publique, le pouvoir adjudicateur ne peut attribuer le marché qu'à un soumissionnaire ayant présenté son offre avant l'expiration de la date limite de dépôt des offres, fixée dans les documents de la consultation et rappelé dans l'avis d'appel public à concurrence. Force est de constater que l'acheteur public est souvent confronté, tant aux problèmes du système (connexion sur internet), qu'au manque de diligence des entreprises. En pratique se pose donc la question du statut de ces plis mis en ligne hors délai comparativement aux autres offres, de leur traitement dans le cadre de la procédure en cours et enfin, de leur impact en termes de contentieux. D'ores et déjà, deux conséquences importantes découlent du système de l'accusé de réception : les délais de procédure¹. D'une part, les délais de recours ne sont pas opposables à l'auteur d'une demande lorsque l'accusé de réception ne lui a pas été transmis ou ne comporte pas les indications requises. D'autre part, le défaut de délivrance d'un accusé de réception n'emporte pas l'inopposabilité des délais de recours à l'encontre de l'auteur de la demande lorsqu'une décision expresse lui a été régulièrement notifiée avant l'expiration du délai au terme duquel est susceptible de naître une décision implicite. Par ailleurs on le sait, ce n'est pas la date de l'acte qui importe, mais celle de son envoi.

De manière générale, le décret des marchés publics ne prévoit pas d'obligation de certification de l'horodatage, ce qui ne dispense pas l'acheteur public de l'obligation de veiller à la conformité des informations du système. Aucune obligation n'existe sur la date de signature d'un document, seul le respect de la date de réception dans les délais prévus dans l'AAPC importe. Avec le développement des techniques de communication par internet, le pouvoir réglementaire a posé le principe de la reconnaissance juridique de la datation électronique des candidatures et des offres avec l'adoption du décret n° 2-12-349 du 20 mars 2013 relatif aux marchés publics qui dispose que le dépôt des candidatures et des offres transmis par voie électronique ou sur support physique électronique donne lieu à un accusé de réception mentionnant la date et l'heure de réception².

A l'instar, cette fois, de la loi 53.05 pris en application de l'article 65-5, l'arrêté du ministre chargé de l'économie traite de l'accusé de réception des candidatures et des offres présentées aux autorités administratives. Malheureusement, l'un comme l'autre de ces textes ne déterminent pas quel procédé doit être retenu dans le contexte électronique entre un accusé de réception délivré de façon logique « automatiquement » ou délivré par l'intervention du destinataire (agent). Cette lacune laisse la porte ouverte à des applications divergentes qui pourraient être source d'insécurité. Il convient donc de retenir que le juge administratif disposera d'un large pouvoir d'appréciation sur la question.

¹ De sorte que le législateur a posé, dans l'article 16 de la loi française du 12 avril 2000, « le principe selon lequel la date d'envoi de la formalité devient la règle dans le cadre des relations administrés – administrations ». Néanmoins, cette disposition ne concerne pas les marchés publics. À cet égard, il faut se reporter au décret des marchés publics. Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, version consolidée au 31 décembre 2015, consulter sur : <https://www.legifrance.gouv.fr>

² CANTERO (A), « des actes unilatéraux des communes dans le contexte électronique », op.cit ; p. 266.

**Réponse dématérialisée aux marchés publics parvenue hors délai :* Un pouvoir adjudicateur peut-il accepter une offre transmise par voie électronique et déposée avec 25 secondes de retard comme en atteste l'accusé de réception émis par la plateforme de dématérialisation utilisée par le pouvoir adjudicateur ? Sachant que certaines plateformes utilisées par d'autres pouvoirs adjudicateurs ne décomptent pas les secondes. Ce sont les questions qui se sont posées au tribunal administratif de Dijon dans une affaire opposant une société informatique au conseil départemental de la côte d'Or¹. Même les sociétés d'informatique peuvent se laisser surprendre par la réponse électronique aux marchés publics. Un certain nombre de précautions de bon sens s'imposent ainsi aux entreprises dont une transmission électronique des pièces suffisamment tôt.

En effet, nul n'est à l'abri de dysfonctionnements techniques, notamment pour les candidats pressés. Ainsi des aléas techniques comme : une panne de matériel, une configuration logicielle qui ne respecte plus les pré-requis, un ralentissement de la connexion Internet, un dysfonctionnement du certificat de signature électronique, une signature électronique validée pour certains fichiers et pas pour d'autres, ou même une panne de la plateforme, ... sans oublier JAVA qui peut causer beaucoup de soucis aux candidats. La liste des aléas potentiels est longue. *Ne pas attendre la dernière minute pour transmettre les pièces !* Aussi, il est prudent d'éviter de déposer son pli le jour de la date limite, cette précaution est parfois rappelée sur le profil d'acheteur mais également par les acheteurs publics via des mises en garde dans le règlement de la consultation. Beaucoup d'entreprises, notamment les grandes qui répondent de manière industrielle, sont tributaires de la réactivité des personnes chargées de la préparation de la réponse en amont, et doivent se résoudre à transmettre les plis électronique à la dernière minute.

Une solution lourde : la copie de sauvegarde ... parfois : Bien entendu, dans un cas comme celui-ci l'entreprise avait la possibilité de transmettre une copie de sauvegarde, mais celle-ci se justifie plutôt pour les marchés publics que l'entreprise considère comme « importants ». Le cas d'une candidature ou une offre électronique reçue hors délais y est prévu, sous réserve que la transmission de la candidature ou de l'offre électronique ait commencé avant la clôture de la remise des candidatures ou des offres. Le département de la Côte-d'Or a lancé une consultation en vue de la passation d'un marché public de d'informatique pour l'acquisition de postes de travail. La date et l'heure limite de remise des offres étaient fixées au 15 novembre 2018 à 17h00, or l'offre de la société Numericarchive est parvenue le 15 novembre 2018 à 17:00:25, donc hors délai, avec un retard de 25 secondes sur l'heure limite indiquée. Le département a éliminé l'offre du soumissionnaire sur le fondement de l'article 43-IV du décret du 25 mars 2016 qui dispose que « *Les candidatures et les offres reçues hors délai sont éliminées* » et dont les dispositions se retrouvent à l'article R. 2151-5 du code de la commande publique. Informée du rejet de son offre la société requérante saisit le juge des référés en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative (référé précontractuel) et demande

¹ TA Dijon, 28 décembre 2018, n° 1803328, Sté Numéricarchive.

l'annulation de la procédure. L'offre a été déposée à 17:00:25 comme en atteste l'accusé de réception émis par la plateforme de dématérialisation utilisée par le pouvoir adjudicateur, donc hors délai. Le juge écarte l'argument selon lequel « *certaines plateformes utilisées par d'autres pouvoirs adjudicateurs ne décomptent pas les secondes* » ; ceci étant sans incidence sur le caractère tardif de la remise de l'offre. Le juge rejette la requête du candidat évincé¹. En tout état de cause, la reconnaissance de principe de la datation électronique au sein des marchés publics ainsi que la règle de la réception imposent à la personne publique de se doter d'un système qui permette d'horodater la réception des documents reçus par la voie électronique et d'en accuser réception. À ce stade, un dispositif, au sein de la plate-forme, doit également empêcher les candidats de remettre les candidatures et les offres au-delà du délai maximum de réception des plis électroniques, en bloquant l'accès à l'espace virtuel de remise des plis. L'intérêt d'un tel procédé est multiple.² La loi 53.05 permet l'envoi tant attendu de courriers recommandés par voie électronique.

b. Conditions de validité de la lettre recommandée électronique:

Dans un souci d'équivalence de l'envoi d'une lettre recommandée électronique (LRE) avec l'envoi d'une lettre recommandée papier, le décret du 2013 présente les règles qui s'appliqueront. À partir de cette date, la notification de la LRE offrira des garanties avec la vérification de l'identité de l'expéditeur au moment de l'envoi et du destinataire au moment de la remise. L'article 425 du D.O.C dispose que « *lorsque la date résulte de la signature électronique sécurisée authentifiant l'acte et son signature conformément en vigueur* ». Ainsi l'article 417-3 dans son 3^{ème} alinéa mentionne que « *tout acte sur lequel est apposée une signature électronique sécurisée et qui est horodaté à la même force probante que l'acte dont la signature est légalisée et de date certaine* ».

De surcroît, l'exigence de l'accuser réception des candidatures et des offres par la voie électronique doit avoir pour conséquence pour la personne de prévoir dans son système informatique une procédure permettant aux entreprises candidates de disposer d'un accusé de réception. L'article 65.5 de la loi 53.05 prévoit que « *l'auteur de l'offre doit accuser réception, sans délai injustifié et par voie électronique, de l'acceptation de l'offre qui lui a été adressé* » ; « *l'acceptation de l'offre, sa conformité et l'accusé de réception sont réputés reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressées peuvent y avoir accès* »³. L'accusé électronique peut vouloir preuve de la réalité de la transmission et de l'existence de relation entre les parties.⁴ Dans l'attente de l'homologation des tiers horodateur par les services de l'Etat, il est préconisé que le jeton d'horodatage soit fourni par un service de

¹ <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Jurisprudence/TA-dijon-1803328-dematerialisa>

² BREBANY (Y.) et POTTIER (I), «Sécurité, authentification et dématérialisation de la preuve dans les transactions électroniques (1^{er} partie), la problématique juridique des échanges électroniques face à la preuve», Gaz. Pal., I 996, n° 3-6, p. 276.

³ NAIMI-CHARBONNEUR (M), «la formation et l'exécution du contrat électronique» op.cit, p. 155.

⁴ BREBAN (Y) et POTTIER (I), «sécurité, authentification et dématérialisation de la preuve dans les transactions électroniques, 1^{ère} partie, la problématique juridique des échanges électroniques face à la preuve», Gaz. Paul, 1996, n°3-6, p.276.

tiers de confiance (dit tiers horodatage) distinct du service de dématérialisation des appels d'offres. Cette préconisation devient une obligation lorsque la collectivité héberge ou exploite la plate-forme de dématérialisation, afin de garantir l'objectivité du service d'horodatage. La preuve de notification (accusé de réception de la notification du marché par le titulaire) doit comporter un lien indéfectible avec les documents d'origine notifiés (par inclusion ou par référence à une empreinte), le tout étant signé par le titulaire, cette signature devant contenir un jeton d'horodatage doit être stockée au sein d'une signature électronique.¹ L'envoi d'une lettre recommandée par voie électronique est désormais autorisé par la loi. Des règles précises encadrent cette pratique. La loi reconnaît désormais la validité de l'envoi d'une lettre recommandée par voie électronique, c'est-à-dire depuis son ordinateur avec les mêmes garanties qu'un recommandé papier. Le courrier peut être reçu de manière électronique ou sur papier. Cette procédure implique trois parties : l'expéditeur, le destinataire et l'opérateur qui assure l'acheminement du courrier.

**Mentions obligatoires:* Pour qu'une lettre recommandée puisse être envoyée par voie électronique, les coordonnées du tiers chargé de l'acheminement du courriel doivent être identifiées: nom, statut juridique, adresses postale et électronique...L'expéditeur doit, de son côté, indiquer son nom ou sa raison sociale ainsi que ses coordonnées postales et électroniques. Il doit par ailleurs préciser le nom et les coordonnées du destinataire ainsi que son statut (professionnel ou non). Par ailleurs, il faut préciser si la lettre comporte un avis de réception, s'il existe un contenu imprimé sur papier ou non ainsi que les garanties fournies (vol, perte...).

* refuser le courrier électronique. En revanche, s'il n'est pas un professionnel, l'opérateur doit lui envoyer un e-mail pour lui demander s'il accepte ou non la réception du recommandé électronique, sans en préciser l'expéditeur. Le destinataire dispose alors de 15 jours pour répondre. L'envoi a ensuite lieu à partir de l'acceptation. Le destinataire non-professionnel peut préférer la remise de la lettre recommandée imprimée sur papier par voie postale. L'opérateur doit alors utiliser les voies classiques de la distribution de courrier en recommandé. Ce choix peut aussi être le fait de l'expéditeur². L'article 65.5 de la loi 53.05 impose un certain nombre de conditions sur l'envoi d'un courrier recommandé électronique et notamment que celui-ci *soit acheminé par un tiers selon un procédé permettant d'identifier le tiers, de désigner l'expéditeur, de garantir l'identité du destinataire et d'établir si la lettre a été remise ou non au destinataire*. En considérant les différentes exigences mentionnées ci-dessus, examinons de plus près, les réponses apportées par le décret des marchés publics. Se limiter à la partie innovante de cette publication, à savoir la lettre recommandée électronique de bout en bout, autrement dit, acheminée vers son destinataire par voie exclusivement électronique. Car, le décret décrit également un mode « *hybride* », qui consiste essentiellement à imprimer le contenu

¹ Si la solution de dématérialisation mise en œuvre par la collectivité ne comporte pas de fonction d'horodatage et/ou le pouvoir adjudicateur n'est pas équipé pour signer électroniquement, l'acte d'engagement devra être matérialisé et notifié selon une modalité apte à donner date certaine.

² https://www.baridesign.ma/wps/wcm/connect/9e2c45e7-b3d3-4fc9-9574-5f155f0cfa2f/PC_AC_Cla

de la lettre et à l'envoyer en courrier papier par voie postale, un procédé qui ne présente qu'un intérêt limité dans le cadre d'une démarche de dématérialisation.

**Identifier le tiers*¹: Sur ce premier point, le décret est très clair : il définit une liste d'attributs permettant d'identifier le tiers, c'est dire la personne (physique ou morale) chargée de transmettre le courrier électronique : nom, prénom, adresse, forme juridique, adresse e-mail, etc. De même pour la désignation de l'expéditeur, le décret est ici aussi assez explicite. L'expéditeur doit indiquer « son nom et son prénom ou sa raison sociale ainsi que son adresse de courrier électronique et son adresse postale ». Notez bien que ces informations n'ont pas à être vérifiées par le tiers, ce qui n'était d'ailleurs pas expressément exigé par l'article initial. Soit.

**Garantir l'identité du destinataire* : A partir de là, les choses se compliquent sérieusement. En effet, le décret ne dit... rien ! Absolument rien sur la garantie de l'identité du destinataire, là où les experts s'attendaient sans doute à voir apparaître la signature électronique. Quoi qu'il en soit, il est ici regrettable que le cadre ne soit pas fixé explicitement, laissant un flou juridique substantiel. La lettre a été remise ou non au destinataire ? On peut légitimement penser qu'il s'agit là du cœur même d'un procédé d'envoi de lettre recommandée électronique. A nouveau le décret ne définit rien : si le destinataire accepte (dans des conditions non précisées), le tiers lui envoie le courrier électronique. Le courrier a-t-il été remis ? Impossible de le savoir car le décret ne fait peser sur le tiers aucune obligation de vérification. Et quand ? A-t-il été modifié pendant le transport ? Une pièce jointe a-t-elle été supprimée par un logiciel intermédiaire quelconque ? Aucun de ces points ne sont évoqués dans le décret...

Seule obligation, le tiers chargé de l'acheminement de la lettre recommandée électronique doit conserver pendant un an à compter de la date de son envoi une preuve de cet envoi comportant les informations suivantes : le numéro d'identification de l'envoi ; le nom et le prénom ou la raison sociale du destinataire, son adresse de courrier électronique la date et l'heure d'envoi de la lettre recommandée électronique... on peut considérer, qu'en l'état, un accusé de réception de courrier électronique est une attestation qu'une personne potentiellement inconnue a peut-être reçu (mais ce n'est pas sûr) le courrier en question. Dans tous les cas, le procédé utilisé par l'expéditeur doit permettre de l'identifier, de garantir l'identité du destinataire et d'établir que la lettre a été remise ou non à ce dernier². Ces exigences, imitées de la lettre papier, visent à garantir la même efficacité à la lettre recommandée électronique. De même, la date d'expédition, voire celle de réception, pourront être présumées si le procédé auquel a eu recours l'expéditeur répond aux conditions qui seront fixées par un décret en Conseil d'État³. Même en l'absence de décret,

¹ Les exigences probatoires imposent le respect des règles de vérification de la signature, de conservation et d'horodatage. Le recours à une prestation d'un tiers certificateur paraît s'imposer pour éviter les contestations.

² GRYNBAUM (L), «Les équivalents électroniques des écrits exigés ad validitatem», Comm. Com. électr., sept. 2005, p. 32.

³ Ce décret n'est pas encore paru, ni celui mentionné au dernier alinéa de l'article 1369-8 et qui précise : «Les modalités d'application du présent article sont fixées en Conseil d'Etat».

la lettre recommandée électronique n'est pas dépourvue de valeur juridique¹. La « dernière » version du décret des marchés publics va indéniablement dans le sens d'un développement des procédures électroniques de passation des marchés publics. Néanmoins, vu la multiplication des tiers de confiance sur le marché, il faut, semble-t-il, insister sur une intervention du législateur afin d'encadrer ce type d'activités.

Conclusion de la première partie

Un auteur se demandait, à juste titre, si nous n'étions pas en train de découvrir un nouveau paradigme du droit des contrats, «un paradigme propre à concevoir l'échange des consentements sous un jour nouveau, que l'on assimilera plus à un échange d'informations concordantes qu'à un accord de volontés proprement dit »². Le dogme de l'autonomie de la volonté n'est certes plus au goût du jour, rien n'empêche, cependant, que la volonté demeure le critère déterminant du contrat. L'univers électronique ne permet pas, à lui seul, de remettre en cause la théorie générale des contrats. Toujours est-il que l'organisation par le droit de la dématérialisation des conditions de formation des contrats publics est devenue une nécessité économique.

La dématérialisation de la preuve est consubstantielle de la dématérialisation des échanges, mais ne peut être assimilée à sa disparition, bien au contraire. Là encore, le législateur et le pouvoir réglementaire sont intervenus, accompagnant la mise en place de procédures dématérialisées d'une démarche méthodologique innovante alliant le droit et la technique pour que documents électroniques qui en résultent puissent satisfaire aux exigences juridiques soit à titre de validité, soit à titre de preuve.

D'ailleurs, il ne faut pas oublier que de nombreux contrats administratifs sont soumis à des règles dérogatoires, notamment, lors de leur passation. C'est justement ce type de procédures, beaucoup plus formalistes et encadrées, que peuvent résider les principaux obstacles à l'usage de l'électronique. Dès lors, la problématique des usages électroniques au travers de la procédure de passation des marchés publics doit être étudiée. Dans ce contexte de modernisation, l'usage du courrier électronique par les administrations publiques a valeur d'exemple. En effet, les réflexions menées aujourd'hui dans la plupart des administrations publiques sur un usage maîtrisé du courrier électronique, s'inscrivent dans des débats beaucoup plus fondamentaux qui concernent la notion même de service public et son organisation actuelle³.

¹ Ces conditions sont maintenant bien connues (identification de l'expéditeur, garantie d'intégrité de l'acte au moment de sa création et de sa conservation) et plusieurs offres du marché permettent d'émettre des documents signés électroniquement tout à fait fiables.

² Il reprenait à cet égard la conception de Léon Duguit en remplaçant le terme «volonté» par le terme «information» : «à elle seule, l'information est impuissante à créer des obligations; c'est la société qui, seule a ce pouvoir ; l'information n'est ainsi qu'un commutateur, donnant passage à un courant dont la source est ailleurs ». Ce faisant, le risque est de définir le consentement ou l'expression de volonté comme une simple information. THOUMYRE (L.), «L'échange des consentements dans le commerce électronique» *L'ex Electronica*, vol.5, n°1, printemps 1999, p 20.

³ MOUTON (D), «dématérialisation des marchés publics : du rêve à la réalité», la lettre de la confiance, n° 4 janvier 2004, p. 4.

Nonobstant encore un certain nombre de questionnement quant à la sécurité des réseaux, souvent par manque d'information sur le sujet, cet élan législatif et réglementaire va, incontestablement, peser dans le développement de l'économie numérique. Une fois rodée la proche technico-juridique, une fois les acteurs rassurées sur la faisabilité et mis en confiance, la dématérialisation va, enfin, pouvoir toute son ampleur pour se généraliser et atteinte dans les prochaines années, grâce à l'adhésion des deniers publics¹.

A cet égard, la dématérialisation, telle qu'elle est précisée par le décret, concerne seulement la procédure de passation des marchés publics depuis la mise en ligne des DCE jusqu'à la transmission par voie électronique au pouvoir adjudicateur des candidatures et des offres. L'exécution des marchés n'est pas traitée, ce qui n'exclut pas de l'envisager. De surcroît, étant la procédure la plus complexe, si les obstacles peuvent être levés en cette matière, cela signifie que l'intégration de l'outil électronique dans les autres procédures de passation devrait être beaucoup plus aisée².

¹ MOUTON (D), «dématérialisation des marchés publics : du rêve à la réalité», op.cit, p.6.

²www.lex-electronica.org/archives.htm.

DEUXIEME PARTIE : LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DES PROCEDURES DEMATERIALISEES D'EXECUTION DE MARCHES PUBLICS

D'abord, le droit n'est pas toujours l'obstacle à l'efficacité. Les grands principes qui fondent notre droit des marchés publics (la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats, la transparence des procédures) et leurs conséquences pratiques (l'obligation de publicité par exemple), relèvent aussi profondément, parce qu'ils visent tous à un élargissement de la concurrence et à une effectivité de la compétition entre les concurrents baissiers pour les prix, d'une logique économique favorable.

Ensuite, le droit de la commande publique évolue. Par touches successives (elles n'auront pas manqué ces derniers temps...), le décret des marchés publics se transforme, pour s'ouvrir d'avantage à la recherche de la performance l'incitation à une meilleure définition préalable des besoins, le relèvement des seuils de passation des marchés, la faculté facilitée de constituer des groupements, la diversification des critères de sélection des entreprises, la possibilité du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ont même parfois été contestés pour introduire une liberté vue comme sûrement utile à la dynamique économique de l'achat mais possiblement préjudiciable à l'intégrité, voire à la probité, de ses procédures¹.

Après la phase de contractualisation, celle d'exécution du contrat devrait entrer prochainement et le décret des marchés publics circonscrit aux « procédures de passation » l'utilisation de la voie électronique pour communiquer et échanger des informations entre acheteurs et opérateurs, ce même décret, à compter de cette échéance, semble généraliser la dématérialisation pour « toutes les communications et tous les échanges d'informations ». Cette formulation implique t'elle que la dématérialisation soit également la règle s'agissant des échanges intervenant pendant la phase d'exécution du marché.

Dans un monde dématérialisé, le contrat administratif passé par voie électronique, s'il est une convention électronique, reste avant tout un contrat de droit public, qui doit pouvoir se voir appliquer le régime des contrats administratifs. Les contrats relatifs à la commande

¹ Or il s'agit de bien plus que cela : il s'agit d'ériger les nouvelles technologies en levier d'une révolution économique de l'achat public. Car c'est bien la dématérialisation des procédures qui peut faire gagner l'achat public en performances ; permettre d'économiser jusqu'à 40% ponctuellement, sur un marché donné ; et jusqu'à 5% par an de son montant global, structurellement, en vitesse de croisière. Solution de dématérialisation des procédures de marchés publics, la salle des marchés, Foire aux questions Entreprises, télécharger sur : https://www.achatpublic.com/sdm/cgapc/aide/SDM_FAQ_Ent

publique sont les contrats pour lesquels la dématérialisation est la plus avancée : principalement, le droit des marchés publics traite du contrôle et de l'exécution des marchés dématérialisés. Ici l'idée d'une certaine spécialisation des règles applicables, comme cela était déjà le cas pour les règles de passation. D'une part, l'exécution du marché est largement placée sous le régime général du contrat administratif.

La doctrine s'est peu intéressée aux effets du contrat administratif électronique (**Titre I**). On parle plus souvent de « la conclusion des contrats du commerce électronique. » Le juge, ensuite, a lui même été souvent sollicité pour répondre à des questions qui touchent à la seule formation du contrat. Le législateur, enfin, s'est également concentré sur des difficultés qui se développent au moment de la formation du contrat : les conditions et les formes de l'acquisition du consentement, le contenu et les modalités de l'information précontractuelle...

Les textes juridiques permettant de démarrer la dématérialisation de certaines fonctionnalités de l'achat public existent¹, l'implication de ces dispositions juridiques doit être approfondie par la pratique. Toutefois, le risque juridique nul n'existe pas et il revient aux acheteurs publics de se forger leur propre opinion, sachant qu'en pratique ces procédures ont été mises en œuvre et que c'est par la pratique, voire par la jurisprudence, que ces questions progresseront, pas par la théorie des risques possibles. Dans tout état de cause, l'étude du régime d'exécution du contrat administratif dématérialisé, conduit par conséquent à s'interroger sur les instances de contrôle y afférentes (**Titre II**).

¹ Publication des documents de consultation des entreprises, réception électronique des offres, enchères inversées.

TITRE I : Les effets d'exécution des contrats de la commande publique dématérialisée

Le secteur de l'achat et de la commande publique est un secteur dynamique, sur le plan juridique - européen ou national - ainsi que sur le plan des techniques informatiques ou des offres de services des prestataires. Les solutions organisationnelles et techniques ne peuvent donc pas être figées. A plus long terme, la dématérialisation de l'achat public permet l'évolution des procédures, la réduction de leur durée, une plus grande transparence de l'achat public, une attractivité retrouvée de la commande publique et le développement du marché national. De ce fait, l'administration dispose de prérogatives exorbitantes et ceci est justifié par les impératifs liés à l'intérêt public du contrat.

Ce déséquilibre a comme conséquence que les principes régissant les obligations et les droits des parties sont différents. La règle fondamentale d'égalité entre les parties ne s'applique pas à ce niveau¹. L'administration va bénéficier de certaines prérogatives qui trouvent leur fondement dans les nécessités des services publics² mais le cocontractant bénéficie en contrepartie de certaines garanties essentiellement financières (le respect de l'équilibre financier du contrat). Ces prérogatives, qu'il s'agisse du pouvoir de direction et de contrôle, du pouvoir de modification unilatérale ou du pouvoir de résiliation, appartiennent à l'Administration même lorsqu'elles ne sont pas expressément prévues par le contrat et celle-ci ne saurait y renoncer en vertu des règles applicables aux contrats administratifs.

A ce stade, le contrat administratif électronique est considéré comme valablement formé et doit être exécuté conformément aux obligations acceptées par les parties. Ce faisant, dans le cadre de contrat à titre onéreux - essentiellement les marchés publics-, il s'agit d'automatiser les phases coûteuses à faible valeur ajoutée. Il est possible d'observer trois étapes retraçant le circuit «classique» relatif à l'exécution d'un marché public: d'abord, la passation de la commande par l'administration et la réception de celle-ci par l'entreprise et la réception des biens (s) ou service (s) et de la facture par l'acheteur public ; enfin le paiement et la réception du paiement. De façon générale, les obligations demeurent inchangées que le contrat soit exécuté hors réseau ou en ligne.

Cependant, l'étude des conditions d'exécution commande d'appréhender le double profil du contrat électronique en s'arrêtant plus longtemps sur cette seconde modalité d'exécution. En effet, l'exécution en ligne, par son caractère inédit, mérite de s'interroger

¹ https://www.achatpublic.com/sdm/cgapc/aide/SDM_FAQ_Ent.

² Le pouvoir de direction et de contrôle ; le pouvoir de modification unilatérale ; le pouvoir de sanction ; le pouvoir de résiliation unilatérale

sur sa compatibilité avec le régime de l'exécution d'un contrat administratif électronique décelables au stade de son exécution, La diversification des contrats, aussi bien civils qu'administratifs, la multiplication des obligations qu'ils engendrent en tant que sources potentielles de responsabilités ainsi que l'hétérogénéité croissante de la catégorie des tiers sont aujourd'hui des réalités qui obligent à repenser l'effet du contrat au-delà des seules parties contractantes¹. Il conviendra, dans un premier temps, d'appréhender l'influence sur les relations contractuelles que cette révolution numérique peut entraîner à l'égard des parties (chapitre I), avant de chercher, dans un second temps, à cerner les différentes problématiques de l'exécution des achats publics en ligne à l'égard des tiers (**chapitre II**).

CHAPITRE I : Droits et obligations des parties

Qu'est-ce qui justifie les prérogatives exorbitantes (les pouvoirs et droits importants) reconnues à l'administration dans l'exécution des contrats administratifs ? Si l'on reconnaît à l'administration contractante des prérogatives exorbitantes c'est pour lui permettre de mieux servir l'intérêt général, et, plus précisément, d'assurer le respect de deux lois importantes du service public: le principe de continuité et le principe de mutabilité ou d'adaptation². Les prérogatives exorbitantes reconnues à l'administration dans l'exécution des contrats administratifs trouvent leurs limites dans les exigences de l'intérêt général et dans les prescriptions du principe de la légalité. Autrement dit, l'administration doit exercer ses pouvoirs dans les limites de ce qu'exige l'intérêt général et de ce que permet la légalité.

La notion de commune intention des parties est une donnée fondamentale du droit privé contractuel. Le régime juridique du contrat repose essentiellement sur la volonté des parties. La recherche de cette volonté est la première démarche qui s'impose au juge pour déterminer le sens et la portée des obligations consenties. Le régime de l'exécution d'un contrat ne consiste pas seulement à encadrer la façon dont vont concrètement s'exécuter les obligations de chacun ; il s'agit aussi de prendre en considération les modifications contractuelles qui pourront intervenir en cours d'exécution du contrat³.

On conçoit alors que le juge administratif fasse fréquemment état de cette commune intention des parties et qu'il utilise les principes d'interprétation. Si cependant le juge administratif fait usage fréquent de la notion de commune intention des parties pour déterminer la portée des obligations formulées dans les contrats, il va beaucoup plus loin que le juge judiciaire en se fondant sur la même notion pour expliquer certaines solutions

¹ https://www.achatpublic.com/sdm/cgapc/aide/SDM_FAQ_Ent.

² <http://fsjes-toulal.blogspot.com/2015/01/droit-administratif.html>

³ Avec l'essor des nouvelles technologies comme **internet**, l'achat à distance est largement pratiqué par les consommateurs. La **vente à distance** présente l'avantage certain d'éviter tout déplacement au consommateur. Cependant, cette vente présente également l'inconvénient pour le consommateur d'accentuer les difficultés pour apprécier la qualité du produit ou de la prestation au travers de simples photos et descriptions du bien. De plus, ce mode de vente peut être un vecteur d'inquiétudes quant au respect des engagements des professionnels (**livraison** du bien dans les délais convenus, par exemple). C'est pourquoi, la réglementation a encadré l'exécution de ce type de contrat en protégeant le consommateur par le droit de **rétraction**, et en précisant les contours de l'obligation de **livraison** du professionnel. FOUILLEUL (N), «le contrat administratif électronique», op.cit, p.539.

originales qu'il a retenues dans le domaine de l'exécution des contrats. On rencontrera une telle attitude à propos de la théorie du fait du prince ou de la théorie de l'imprévision, au point que certains auteurs soutiennent qu'il est fait de la notion un usage abusif.

La jurisprudence insiste constamment sur l'obligation d'exécution qui pèse sur le cocontractant de l'administration. Celui-ci doit exécuter les obligations prévues "de manière correcte" ou "avec diligence", ou encore "de bonne foi"¹. L'administration elle aussi, de son côté, est également soumise à l'obligation d'exécuter le contrat "correctement" ou "intégralement"². Le droit administratif admet donc comme en droit privé une responsabilité contractuelle, qui est fréquemment affirmée en jurisprudence. Chacune d'entre elles doit exécuter scrupuleusement les obligations auxquelles elle a souscrit. Confrontées à une forte influence de la dématérialisation du contrat, l'administration se trouve dans l'obligation de s'adapter, et d'intégrer les nouveaux outils technologiques dans la phase d'exécution des contrats administratifs. La question qui est alors légitime de se poser, est de savoir comment les NTIC peuvent modifier la relation contractuelle ? (**Section I**), outre la possibilité de conclure un contrat administratif par voie électronique, les technologies nouvelles permettent également d'exécuter les obligations de celui-ci en ligne (**Section II**).

¹ Conseil d'État 25 mars 1925 Farman : Rec. p. 301

² Conseil d'État 27 décembre 1901 Pécarr : Sirey 1902 III p. 33

SECTION I : L'influence des faits nouveaux :

Le contrat légalement formé s'impose aux parties et doit être exécuté de bonne foi¹, il ne peut être révoqué unilatéralement, ni en principe être modifié même en cas de changement imprévu des circonstances². En effet, le régime applicable aux contrats administratifs présente de remarquables spécificités du fait de la mission d'intérêt général poursuivie par l'administration. C'est, ainsi, lui qui justifie et légitime les pouvoirs exorbitants de cette dernière. Mais, le cocontractant de l'Administration n'est pas dépourvu de prérogatives, en effet, il a droit à l'équilibre financier du contrat. Les contrats de l'administration, notamment en matière de travaux publics, font intervenir de nombreux cocontractants. La dématérialisation concerne les relations contractuelles, mais également les relations précontractuelles. L'objectif du législateur est précis, à savoir faire du support numérique l'égal du support papier dans les relations entre les organismes du secteur publics et leurs cocontractants, en s'appuyant comme déjà vu supra sur les outils d'ores et déjà utilisés en matière de dématérialisation³.

Toutefois si les possibilités existantes permettant une dématérialisation semblent être simples, il n'en demeure pas moins que des principes stricts sont prévus par la loi et doivent être respectés (§2). D'autre part, la nouveauté majeure réside dans le fait que ce nouveau moyen de transmission et de communication vient faire peser une responsabilité de taille sur les organismes financiers à l'égard de leurs clients, réside dans le fait qu'ils doivent s'assurer que la mise à disposition par voie électronique des informations et des documents est adaptée à la situation de leur client et que celui-ci est notamment en mesure d'en prendre connaissance, et cela avant d'avoir recours à un support durable. Les personnes morales de droit public dotées d'un comptable public peuvent recourir à la carte d'achat comme modalité d'exécution des marchés dans la mesure où cette modalité

¹ Article 231 du Code des obligations et des contrats (promulgué par Dahir du 9 ramadan 1331 (12 août 1913) tel que modifié par la loi n° 53-05 relative à l'échange électronique de données juridiques. Dahir (9 ramadan 1331) formant Code des obligations et des contrats (B.O. 12 septembre 1913).

² L'article 230 du DOC stipule que «les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont et ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou dans les cas prévus par la loi». Par conventions légalement formées, il faut entendre celles qui ne peuvent être frappées de nullité par suite de l'existence d'un vice de volonté (erreur, dol, violence, lésion), par suite d'un défaut de capacité, d'une absence d'objet ou d'un objet contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Si elles sont légalement formées, elles sont obligatoires entre parties : celles-ci, ayant librement contracté et apprécié les conséquences de leur acte, doivent s'y tenir.

³ comme la signature électronique, l'envoi de documents au format recommandé mais de manière électronique ou encore le recours aux nouveaux procédés en plein essor depuis quelque temps déjà, c'est-à-dire les « coffres forts » numériques ou encore plus classiquement appelés « espaces personnels sécurisés » mis à la disposition des clients sur internet, et dans lesquels l'ensemble des documents sont déposés virtuellement et mis à disposition du destinataire qui peut y accéder grâce à des codes confidentiels. <https://www.village-justice.com/articles/demat%C3%A9rialisation-des-relations-contractuelles-dans-secteur-financier,26549.html#lIWVp6gYU85kCmR0.99>

d'exécution permet la dématérialisation des échanges entre les relations contractuelles ? (§1). Pour mettre en œuvre une exécution des marchés publics par carte d'achat, l'acheteur et le gestionnaire public vont devoir s'adresser à un fournisseur de services particulier, avec lequel ils devront passer un marché d'émission de cartes d'achat. Ce fournisseur doit être une banque ou un établissement financier assimilé. À la base de tout achat réussi se trouve la connaissance du marché sur lequel évoluent ses fournisseurs. Les services en matière de carte d'achat n'échappent pas à cette règle et il importe que l'acheteur ou le gestionnaire public comprennent bien le rôle des différents acteurs qui contribuent à faire fonctionner un réseau de cartes¹.

§1- Un nouvel outil du paiement des marchés des personnes morales de droit public:

La modernisation des moyens de paiement consiste à offrir aux administrations une large palette de moyens d'encaissement des recettes et de règlement par le biais de la dématérialisation². Le recours à une telle carte³ a pour objectif de simplifier la chaîne de dépense depuis la commande jusqu'au paiement, par la dématérialisation des données de facturation et une intégration de dispositifs de contrôle et de paiement (A) force est de s'interroger par la suite sur sa légalité autant que plongeant dans la dématérialisation (B).

A) La simplification de la chaîne des dépenses :

Le législateur marocain en fait allusion à l'article 329 du code de commerce⁴ en les termes suivants : «Constitue un moyen de paiement, (...), tout instrument qui, quel que soit le

¹ <http://www.collectivites-locales.gouv.fr/files/files/chap3.pdf>

² La carte d'achat est une carte nominative d'approvisionnement et de paiement détenue par un agent. La carte d'achat permet à l'agent détenteur de la carte, de commander directement auprès d'un fournisseur titulaire d'un marché public exécuté par carte d'achat. Au Maroc, la mise en œuvre de ces moyens modernes nécessite un travail préparatoire très important. Bénéficiaire de l'expérience étrangère en matière de procédures administratives est le leitmotiv de nombreux responsables des Collectivités Locales présents au Forum International des collectivités locales. La carte d'achat public a été un des thèmes-phares débattus au cours de ce Forum. Dans un pays comme la France, la publication du décret n° 2004-1144 relatif à l'exécution des marchés publics par carte d'achat est l'aboutissement d'une réflexion de la direction générale de la Comptabilité publique concernant les circuits et les procédures d'achat de petit montant. L'usage de cette carte s'inscrit en fait dans un contexte global de professionnalisation de l'achat public et de modernisation des procédures d'achat public. Cette carte sert à payer les achats de petits montants (moins de 1.500 euros) qui représentent 70% des factures des Collectivités locales et 4% des dépenses publiques. Le nombre de commandes est en constante augmentation d'une année à l'autre et la masse des petites factures mobilise à elle seule 60% des agents. <http://www.maghress.com/fr/financesnews/2584>, «Carte d'achat public : Simplification de la chaîne des dépenses », Publié dans Finances news le 01 - 02 - 2007.

³ La carte bancaire est un document ou un moyen de paiement, sous forme de carte en plastique, équipé d'une bande magnétique et/ou d'une puce électronique, qui est remis par une banque ou tout autre organisme habilité, à un client titulaire d'un compte en banque et qui permet à ce dernier de réaliser les ou l'une des opérations suivantes : - Le paiement d'achats ou de prestations de services, auprès de fournisseurs possédant un « terminal de paiement » susceptible de lire la carte, connecté ou non à sa banque ou dans un appareil de distribution automatique ; - Le retrait d'espèce au distributeur de billets (DAB) ou au guichet automatique (GAB) ; - Le télépaiement internet ; etc. Loi n° 91-1382 du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement, consulter sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000007>.

⁴ Loi n° 15-95 formant le code de commerce (promulguée par dahir n° 1-96-83 du 15 rabii 1417 (1 août 1996), B.O n° 4418 du 19 jourmada I 1417, 3 octobre 1996, p.568.

support ou le procédé technique utilisé, permet à toute personne de transférer des fonds »; laissant ainsi la liberté aux parties de définir les modalités et les conditions d'utilisation de ces nouveaux modes de paiement¹. Chacun de ces intervenants jouit d'un certain nombre de droits et sur lui pèsent des obligations conformément à des contrats qui les lient indépendamment les uns aux autres. Le code du commerce dans son article 329, régit le système des cartes et prévoit ainsi que les conditions et les modalités de leur utilisation sont déterminés par les conventions établies entre l'établissement émetteur et le titulaire du moyen de paiement d'une part, et entre l'organisme émetteur et le commerçant adhérent, d'une autre part. Cette vision gestionnaire a prévalu à l'adoption d'un plan de généralisation de la carte d'achat dans l'administration et qui devra continuer à prévaloir pour que l'usage de cet outil de gestion se développe. Il s'agit, d'un point de vue juridique, d'envisager le champ d'application et l'utilisation de la carte d'achat (a) ainsi que son impact opérationnel (b).

a. Le champ d'application de la carte d'achat : Partage d'expérience Française

Dans le cadre de sa démarche de modernisation, un projet de carte d'achat a été développé par la direction générale de la comptabilité publique. En 2002 et 2003, l'outil de gestion que constitue cette carte a été utilisé à titre expérimental et dérogatoire au sein d'un panel représentatif d'entités publiques: services de l'Etat, collectivités locales, établissements publics. Le bilan est positif et le décret no 2004-1144 du 26 octobre 2004 relatif à l'exécution des marchés publics par carte d'achat en généralise l'utilisation². Le champ d'application de ce décret couvre la commande et le paiement de biens et services simples et récurrents effectués par des personnes morales de droit public dotées d'un comptable public désignées « entités publiques »: services de l'Etat, collectivités territoriales et établissements publics nationaux et locaux, autorités publiques indépendantes et groupements d'intérêt public dotés d'un comptable public.

Lorsque l'entité publique est dotée d'un comptable public mais n'est pas soumise au code des marchés publics, elle se conforme à la réglementation qui lui est applicable en la matière. La présente instruction a pour objet, après avoir décrit le mécanisme de carte d'achat, de préciser le rôle de conseil des comptables dans le processus d'adoption de ce dispositif puis d'aborder les conditions d'exécution par le comptable de l'opération de dépense liée à l'opération de carte d'achat. Au plan pratique, chaque agent d'une entité publique autorisé à passer des commandes par l'ordonnateur reçoit une carte d'achat avec son nom et un numéro. A chaque carte correspond un schéma d'habilitation paramétrable de sorte que l'agent porteur de la carte puisse passer directement commande auprès des

¹ 1,9 million de DH. C'est le montant des transactions réalisées par carte bancaire sur Internet pour les achats en ligne en un peu plus d'un mois. Ce volume, a été généré par 635 transactions entre le 19 novembre (date à laquelle le paiement par Internet a été rendu possible au Maroc) et fin 2007

² Décret n° 2004 du 26 octobre 2004, J.O, n° 253, 29 octobre 2004, p. 18259. Pour un commentaire, cf. KERN (B) et LAMY (E), «la carte d'achat : nouvel outil innovant de la commande publique», CP-ACCP, mars 2005, n° 42, p. 49. Ce texte «vise à porter remède aux lourdeurs de la mise en œuvre des règles de la comptabilité publique en matière de dépenses de fonctionnement courantes des personnes morales de droit public».

fournisseurs retenus conformément aux règles de la commande publique dits «fournisseurs référencés » (ex: montant maximum d'achat chez un fournisseur pour une période donnée). Lors d'une commande, l'agent précise le numéro de la carte et la référence de la commande au fournisseur par téléphone, fax, internet ou, le cas échéant, sur place. Le fournisseur saisit ces informations sur un logiciel fourni par l'opérateur technique du service. Ce logiciel procède automatiquement à une demande d'autorisation auprès du centre d'exploitation de l'émetteur de la carte. Les droits et habilitations préalablement déterminés par l'entité publique sont alors contrôlés. L'autorisation obtenue, la commande est enregistrée et le processus de livraison peut être déclenché par le fournisseur. Celui-ci peut alors procéder à la demande de règlement automatique auprès de l'émetteur. Ce dernier paye alors directement le fournisseur dans des délais très courts (4 jours en général). La créance née de l'utilisation de la carte est alors éteinte. Le montant de la créance est porté au débit d'un compte dit «technique» ouvert dans les livres de l'émetteur retraçant les utilisations des cartes d'achat. Un relevé des opérations est établi par cet émetteur au nom de l'entité publique.

Le logiciel mis en œuvre par le fournisseur peut permettre de produire simultanément des factures électroniques et de les envoyer à l'entité publique qui peut, le cas échéant, alimenter automatiquement ses systèmes informatiques de gestion et de comptabilité. L'entité publique réceptionne la livraison ou la prestation, s'assure qu'elle est conforme à sa commande. Des ordres de dépenses sont émis par l'ordonnateur compétent de l'entité publique au vu des relevés d'opérations cartes d'achat. Le relevé d'opérations doit indiquer la nature de chaque achat. Le comptable public n'est pas destinataire des factures. Il procède aux contrôles réglementaires qui lui incombent au vu des relevés d'opérations. Pour le montant des dépenses qu'il accepte de prendre en charge, le comptable procède au virement des sommes dues par crédit du compte technique de l'émetteur.

** L'adoption du dispositif carte d'achat par l'ordonnateur: le rôle de conseil du comptable :* L'adoption de la carte d'achat par une entité publique relève d'une décision qui lui est propre. Toutefois, de par la volonté du gouvernement de simplifier et de dématérialiser les procédures d'achat et de paiement, le ministère de l'économie, des finances et de l'industrie assure la promotion de la carte d'achat et joue son rôle de conseil auprès des entités publiques souhaitant l'adopter. Le Trésor public, les agents comptables ont un rôle essentiel dans cette démarche. Pour assurer cette mission, le comptable public se référera à la présente instruction ainsi qu'aux éléments figurant dans l'espace carte d'achat de Magellan.

** Le marché d'émission de carte d'achat :* La mise à disposition de cartes d'achat fait l'objet d'un contrat entre une entité publique et un émetteur de carte d'achat. Il est désigné sous le terme de «marché d'émission de carte d'achat». La passation de ce marché de services est soumise aux dispositions du code des marchés publics et respecte le principe de transparence et d'égalité de traitement des candidats. Le marché est passé par l'autorité

compétente pour le faire au sein de l'entité publique. Comme pour tout marché public, l'entité publique détermine la nature et l'étendue des besoins à satisfaire¹.

L'objet du marché d'émission de cartes d'achat est de mettre à la disposition de l'entité publique les cartes d'achat de porteurs qu'elle a désignés, de payer à l'accepteur toute créance née d'un marché exécuté par carte d'achat et de porter chaque utilisation de la carte d'achat sur un relevé d'opérations.

** Les marchés exécutés par carte d'achat :* A l'exception des cas visés à l'article 2 du décret nos 2004-1144 du 26 octobre 2004², tout marché peut être exécuté par carte d'achat, quel que soit son mode de passation, sa forme et son montant. La carte d'achat est une modalité d'exécution des marchés publics. Elle ne modifie donc en rien les règles en matière de passation de marchés publics. Une carte d'achat ne fonctionnera qu'auprès de fournisseurs préalablement référencés par l'entité publique. L'exécution par carte d'achat doit avoir une justification de gestion, cohérente avec l'outil d'exécution du marché qu'elle constitue: achats récurrents, de petits montants, besoins de délégation sécurisée du droit de commande aux agents.

** L'exécution par carte d'achat est un choix de gestion³ :* C'est par décision de l'entité publique qu'un marché est exécuté par carte d'achat. Au titre de sa mission de conseil, le comptable public peut particulièrement attirer l'attention sur certains risques. Comme tout choix relatif à un service associé à l'objet principal d'un marché, une telle exécution peut être contestée. Deux principaux arguments sont susceptibles d'être évoqués par un requérant: S'agissant d'un marché exécuté par carte d'achat, le candidat peut former un recours au motif que la nécessaire conclusion d'un contrat d'acceptation entre lui et

¹ Les dispositions du décret n° 2004-1144 du 26 octobre 2004 s'imposent de droit aux seules entités publiques. A ce titre, elles doivent vérifier si l'offre d'un candidat à un marché d'émission de carte d'achat est conforme à la réglementation, et notamment:– l'émetteur ne peut être qu'un établissement de crédit ou un organisme mentionné à l'article L518 du code monétaire et financier. Figurent en annexe 1 des éléments permettant de vérifier l'habilitation à émettre des cartes d'achat;– chaque utilisation d'une carte d'achat déclenche automatiquement un appel de l'émetteur par le système d'acceptation du fournisseur;– à chaque carte peut être associé un ou plusieurs plafonds périodiques maxima d'engagement. La carte d'achat ne permet pas de retirer d'espèces. Au sein d'un réseau d'acceptation une carte d'achat ne pourra techniquement fonctionner qu'auprès de fournisseurs préalablement référencés par l'entité publique;– le paiement du fournisseur doit être réalisé par l'émetteur ou son correspondant bancaire dans un délai inférieur ou égal à celui prévu par l'article 96 du code des marchés publics. Le fait que le réseau d'acceptation des cartes d'achat du candidat soit interbancaire ne le dispense pas de prendre des engagements sur ce point. Par ailleurs, l'article 5 alinéa 4 du décret nos 2004-1144 du 26 octobre 2004 pose que les conditions et modalités de fonctionnement du compte technique et les délais d'approbation des montants qui y sont inscrits sont fixés dans le marché d'émission de carte d'achat. L'attention de l'entité publique pourra être utilement appelée sur l'intérêt de faire figurer dans ce marché une clause de remboursement en vente à distance. Ainsi, l'entité publique pourra-t-elle en bénéficier dès lors qu'elle n'aura pas approuvé la créance. Figurent en annexe 2 les conditions généralement proposées par les émetteurs.

² L'exécution par carte d'achat des marchés de travaux est donc exclue, sauf ceux motivés par des besoins d'entretien et de réparation courants n'ayant pas fait l'objet d'un programme.

³ KERN (B) et LAMY (E), «la carte d'achat : nouvel outil innovant de la commande publique», op.cit., p. 50 : les auteurs évoquent «la mise en retrait de l'ordonnateur en tant qu'organe de décision en matière de dépense».

l'émetteur ou son correspondant bancaire constitue, par les exigences techniques de ces derniers, une entrave à la liberté d'accès à la commande publique.

L'interopérabilité et l'interbancaire des systèmes d'acceptation mises en œuvre par l'émetteur ou son correspondant bancaire limitent voire annulent le fondement d'un tel recours. Elles relèvent des émetteurs de carte d'achat et constituent donc des critères indispensables dans le choix du titulaire d'un marché d'émission de carte d'achat par l'entité publique ; la carte d'achat est un outil de gestion destinée à des commandes simples et récurrentes, désignées également sous le terme d'achats de petits montants. Le candidat pourrait valablement former un recours au motif de l'inadéquation entre l'objet principal du marché et la demande d'exécution par carte d'achat. Il importe donc que le choix d'exécuter par carte d'achat puisse être motivé par les gains de gestion que peuvent en tirer l'entité publique et l'accepteur.

** Les conditions particulières d'exécution doivent être précisées :* Dès lors qu'il est écrit, le marché doit explicitement prévoir qu'il est exécuté par carte d'achat, soit que cette exécution ait été prévue par le cahier des charges, soit que le marché en cours d'exécution fasse l'objet d'un avenant sur ce point. L'entité publique doit préciser dans son marché les modalités particulières de cette exécution par carte d'achat ainsi que ses conséquences pour le fournisseur, et notamment: – l'entité publique fait figurer les caractéristiques de la carte d'achat qu'elle utilise. Si l'exécution par carte d'achat est réalisée en vente à distance, l'entité publique fait figurer les caractéristiques du service de remboursement dont elle dispose; – un même marché peut à la fois être exécuté par carte d'achat et selon des modalités classiques. L'entité publique doit, dans ce cas, le prévoir et le détailler dans le marché, de sorte que le candidat puisse l'intégrer à l'économie générale du marché; – l'obligation d'exécution par carte d'achat s'impose au fournisseur dès lors qu'elle est prévue au marché. Il doit avoir conclu ou conclure un contrat d'acceptation avec l'émetteur ou un de ses correspondants bancaires. L'entité publique reste étrangère à ce contrat¹.

Si, la possibilité d'accepter le paiement par carte d'achat est refusée ou retirée par l'émetteur ou son correspondant bancaire, à un titulaire de marché public en raison des risques financiers qu'il présente (exemples: situation financière dégradée, procédure collective), l'entité publique doit dispenser sans pénalités, le titulaire de son obligation d'exécuter le marché par carte d'achat. Au titre de sa mission de conseil, le comptable public peut particulièrement attirer l'attention sur l'intérêt d'inclure une clause dans le marché exécuté par carte d'achat stipulant que dans le cas visé à l'alinéa précédent, l'exécution du marché sera réalisée selon des modalités classiques, mais qu'en aucune façon, des considérations commerciales liées notamment aux tarifs pratiqués par

¹ Instruction n° 05-025-M0-M9 relative à l'exécution des marchés publics par carte d'achat du 21 avril 2005 publiée au BOCF, consultable à l'adresse : <http://www.finances.gouv.fr/Tresor-public/bocf/bocppsom.htm>. ce texte vient préciser la diffusion et les modalités d'application du décret du 26 octobre 2004 relatif à l'exécution des marchés publics par carte d'achat.

l'émetteur ou ses correspondants bancaires ne peuvent former une cause de suspension de l'obligation d'exécution par carte d'achat. La principale conséquence juridique du marché d'émission de carte d'achat et de l'exécution du marché du fournisseur par carte d'achat est d'éteindre les obligations de l'entité publique vis à vis de l'accepteur, au profit de nouvelles obligations entre l'entité publique et l'émetteur. Il en résulte que l'entité publique n'est plus redevable d'un paiement à l'accepteur et que ce dernier renonce à toute forme de paiement direct par l'entité publique des créances nées ou à naître au titre du marché exécuté par carte d'achat dont il est titulaire. Aussi ne peuvent faire l'objet d'une exécution par carte d'achat les marchés faisant l'objet d'une avance forfaitaire ou facultative. Le marché exécuté par carte d'achat est rédigé en conséquence¹.

b. De nombreux impacts opérationnels :

Les impacts opérationnels pour les candidats à ce nouveau statut sont nombreux, en vue d'être en conformité dès le premier jour avec la loi. À ce stade des informations disponibles, ils sont au nombre de trois : assurer en permanence la « réconciliation » entre les fonds placés sur les comptes de paiement et les fonds cantonnés dans un établissement de crédit agréé. Le versement de toute somme au crédit du compte de paiement doit entraîner simultanément un transfert du même montant sur le compte de cantonnement, dont les fonds qui y sont inscrits réputés « insaisissables », sont affectés au remboursement des titulaires des comptes de paiement, en cas de procédure de liquidation de l'établissement de paiement.

Ceci impose une parfaite traçabilité des fonds collectés et un système d'information en interface avec celui de l'établissement de crédit partenaire; garantir à chaque utilisation de la monnaie électronique émise, que la contrepartie de « remise des fonds » n'est pas inférieure à celle-ci. Cela exige de la part de l'établissement de paiement une faculté

¹ Au titre de sa mission de conseil, le comptable public peut particulièrement attirer l'attention de l'entité publique sur le fait que l'article 2 du décret nos 2004-1144 du 26 octobre 2004 interdit l'exécution des marchés par carte d'achat faisant l'objet d'une avance forfaitaire alors que cette dernière est de droit au terme de l'alinéa 1 de l'article 87 du code des marchés publics. Lorsque la personne responsable du marché doit accorder l'avance forfaitaire, le renoncement du candidat à l'avance forfaitaire confirme l'exécution du marché par carte d'achat. A défaut le marché devra être exécuté selon des modalités classiques. • Lorsqu'un marché prévoit son exécution par carte d'achat, une clause du marché précise qu'il ne pourra être cédé ou nanti par la suite. En effet, une créance née ou à naître d'un marché exécuté par carte d'achat n'est pas payable par l'entité publique mais par l'émetteur ou son correspondant bancaire conformément à l'article 4 alinéa 2 du décret nos 2004-1144 du 26 octobre 2004. Si le cahier des charges initial ne prévoit pas une exécution par carte d'achat et si le marché fait l'objet d'une cession ou d'un nantissement, il n'est pas possible de prévoir par voie d'avenant son exécution par carte d'achat. En effet, en cédant ou nantissant une créance née ou à naître d'un marché, le fournisseur a déjà renoncé à percevoir directement le prix du marché. • Par ailleurs, le paiement direct des sous-traitants dans le cadre d'un marché exécuté par carte d'achat est possible si ces derniers sont eux-mêmes accepteurs. La complexité pratique qui en découle conduit à déconseiller une telle organisation de marché et à rédiger le marché en conséquence. Un marché non-écrit peut être exécuté par carte d'achat. Au titre de sa mission de conseil, le comptable public peut particulièrement attirer l'attention sur le fait que l'utilisation d'une carte d'achat en vente à distance dans le cadre d'un marché non-écrit ne doit être envisagée que si le fournisseur référencé par l'entité publique fait figurer dans ses conditions générales de vente des dispositions spécifiques stipulant que les entités publiques bénéficient d'un service de remboursement. <https://www.lemoniteur.fr/article/execution-des-marches-publics-par-carte-d-achat.497719>

d'interrogation en temps réel de la position minute des comptes de paiement, quel que soit l'instrument de paiement utilisé, ce que l'évolution des technologies permet de faire aujourd'hui et en particulier avec la carte ; assurer un pilotage par la mise en place d'un dispositif de comptabilité générale et de contrôle interne adapté aux risques de l'établissement de paiement. Ainsi, les établissements de paiement sont tenus de communiquer à la banque centrale marocaine leurs états de synthèse établis sur une base individuelle, consolidée ou sous-consolidée (selon ses liens capitalistiques avec une entreprise ayant son siège social au Maroc), accompagnés du rapport de leurs commissaires aux comptes¹. La carte d'achat comme une modalité d'exécution des marchés publics et fait expressément de cette dernière un outil à part entière de la commande publique. Dès lors, la carte d'achat est à la fois un outil de commande simple à utiliser pour les achats de faibles montants et une solution de paiement rapide des fournisseurs². Elle permet d'avantage: la réduction des délais d'approvisionnement et des coûts liés à la commande et à l'approbation, la consolidation des factures de plusieurs fournisseurs et la mise à disposition d'un paiement universel. Le paiement par carte bancaire est-il entièrement sécurisé ? Il se fait via une interface créée et gérée par Maroc Télécommerce et agréée par le Centre Monétique Interbancaire (CMI) et l'ensemble des banques marocaines ainsi que par les organismes internationaux VISA et MasterCard. C'est un système certifié et reconnu comme étant conforme aux normes de sécurité internationales. Lors d'un paiement en ligne, le client quitte la page d'achat et se voit redirigé vers le site de Maroc Télécommerce.

La transmission des données bancaires saisies sur le navigateur web vers la plate forme de Maroc Télécommerce se fait via un chiffrement de ces données (protocoles SSL, HTTPS) qui permet de garder leur confidentialité et empêche qu'un tiers malveillant puisse y accéder. Les données sont ensuite transmises directement au CMI qui gère les modalités de transactions entre le compte client et celui du site. Il est à savoir que les données de paiement sont utilisées de manière exclusive par la plateforme de Maroc Télécommerce et le CMI, et uniquement pour traiter la transaction validée par le client. Ni le marchand, ni le personnel de Maroc Télécommerce n'ont donc accès à ces informations. Cette garantie est basée sur des procédés et des réglementations nationales et internationales auxquelles Maroc Telecom est conforme et repose sur des technologies et des concepts reconnus et approuvés par l'ensemble des acteurs e-commerce mondiaux. Le traitement du service de paiement en ligne par carte bancaire via Maroc Telecom se fait en conformité avec la loi 09-08 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel³. Selon une enquête qualitative réalisée par le

¹ https://www.tgr.gov.ma/wps/wcm/connect/8a78c5ec-5e38-4f01-96e0-59b128cccbbb/Al_khazina_n7.pdf%2B%2B.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=8a78c5ec-5e38-4f0

² <http://www.iris.ma/content/12-securite-paiement-par-carte-bancaire-maroc-iris>

³ En effet, Maroc Télécommerce a été parmi les premières entreprises ayant entamé dès 2011 toutes les démarches de conformité par rapport à la loi 09-08 et a obtenu tous les agréments requis dans ce cadre. Ce processus géré en forte collaboration avec le CNDP a touché tous les services relatifs aux traitements des données personnelles et des données bancaires traitées par Maroc Télécommerce pour le compte des sites marchands affiliés à son service de paiement en ligne, au service DirectInfo et eRC de l'OMPIC ainsi qu'au

cabinet « Averty.ma » en 2011, 47% des personnes sondées sur leur confiance en l'achat en ligne restent méfiants à l'égard du paiement par carte bancaire. Et 7% n'ont pas des tout confiances en ce type de paiement. Pourtant, aux yeux des responsables de Maroc Télécommerce, l'organisme qui pilote les opérations du e-commerce ainsi que ceux du CMI, cette frilosité n'a pas de raisons d'être. Les premiers sont catégoriques sur la question : le paiement en ligne par carte bancaire est entièrement sécurisé. Les données bancaires sont protégées puisqu'elles sont saisies directement sur la plate-forme sécurisée de Maroc Télécommerce, sur un canal chiffré qui rend impossible leur récupération par un tiers malveillant. Ensuite, elles sont transmises via un réseau bancaire directement à la banque du client¹. Ces données ne sont jamais accessibles, visibles ou manipulables directement ou indirectement par le marchand².

B) La carte d'achat, le plongeon dans la dématérialisation :

La carte d'achat est un outil mis à disposition des structures publiques et privées qui modifie et simplifie l'acte d'approvisionnement: C'est une carte bancaire nominative et sécurisée qui permet aux agents désignés dans une structure de s'approvisionner dans des conditions strictement définies. Elle permet de dématérialiser l'acte d'approvisionnement pour les achats de faible enjeu (a). La carte d'achat dématérialise le processus de la commande publique; le bon de commande et son approbation préalable sont dématérialisés par les paramètres et les délégations qui seront intégrées directement dans la carte. Avec la carte d'achat, on peut avoir un suivi en temps réel des commandes réalisées, du détail des achats, de la bonne réception de l'intégralité des marchandises et de la conformité de la facture. Avec les données qu'elle «embarque », elle modifie les processus de gestion, passant d'une gestion papier à une gestion dématérialisée des données et des processus. En revanche, la fraude à la carte bancaire est de plus en plus fréquente du fait de l'usage croissant des cartes de paiement. Mais qui est responsable en cas de falsification, de perte ou de vol ? Le point sur la réglementation bancaire applicable en matière de remboursement (b).

a. Le rôle de la carte d'achat :

Seul un établissement financier habilité par le Code monétaire et financier est autorisé à délivrer des cartes d'achat. Les établissements financiers jouent un rôle prépondérant dans la mise en place des solutions de carte d'achat. Il s'agit en effet d'une offre commerciale, que leurs clients soient des entreprises, des collectivités locales ou des établissements publics. Parlant donc de banque émettrice, d'émetteur ou d'opérateur de carte d'achat. L'administration qui souhaite mettre en place un programme de carte

service d'inscriptions à sa newsletter. Maroc Télécommerce a obtenu ainsi en 2012 trois autorisations du CNDP : Autorisation n° D-W-43/2012, autorisation n° D-W-42/2012 et autorisation n° D-NL-44/2012. A rappeler que pour assurer son rôle d'opérateur de paiement, Maroc Télécommerce, en plus d'être certifiée pour l'acceptation des cartes bancaires VISA, MasterCard, Discover et Dinners, et certifiée conforme 3D-Secure (VBV et SecureCode en 2007) , a été certifiée par le Centre Monétique Interbancaire en 2007 pour le traitement des données bancaires locales et internationales

¹ <http://www.iris.ma/content/12-securite-paiement-par-carte-bancaire-maroc-iris>

² <https://www.maroctelecommerce.com/>

d'achat conclut un marché public avec une banque émettrice dans le cadre d'un contrat définissant notamment¹: - les conditions et procédures à respecter pour acheter avec une carte; - les délais de règlement pour les transactions effectuées et acceptées; - les conditions de tarification. Par ailleurs, pour qu'une carte d'achat puisse être utilisée, elle doit également être reconnue et acceptée par les fournisseurs. Ceux-ci doivent conclure un contrat avec une banque dite acquéreur. Il faut noter que ce contrat passé entre deux personnes de droit privé est donc soumis au droit commercial classique. La collectivité ou l'établissement public local y restent donc étrangers. Néanmoins, l'acheteur public ne peut totalement se désintéresser des conditions juridiques et techniques de l'acceptation. Conformément aux principes de la commande publique, il n'est évidemment pas question d'exclure de fait un fournisseur d'un marché parce que les opérateurs de carte auraient des exigences auxquelles il ne pourrait raisonnablement répondre ou si, par exemple dans le cas d'une très petite entreprise, il lui serait imposé d'ouvrir un compte bancaire dans une nouvelle banque. L'acheteur public doit être relativement vigilant quant au caractère interopérable ou interbancaire de la solution proposée par son opérateur de carte d'achat. Ces liens entre acquéreur et émetteur relèvent d'accords existants et de certains usages dans la profession bancaire, sur une base d'ailleurs comparable à celle permettant à un particulier d'utiliser une carte bancaire chez l'ensemble des commerçants, indépendamment des banques respectives des uns et des autres.

Les établissements bancaires ou assimilés émetteurs de cartes d'achat constituent des intermédiaires à la fois technique et financier entre les fournisseurs et les collectivités locales. Leur rôle commun est d'exploiter un réseau en essayant d'en accroître le périmètre d'utilisation, de faire évoluer les exigences techniques et les procédures d'utilisation pour apporter un meilleur service. La capacité d'un opérateur de carte d'achat à mettre en relation acheteurs et fournisseurs constitue un critère de sélection tout à fait logique dans le choix d'un prestataire de services. Concept de base, la carte d'achat constitue un outil de la politique d'achat pour une personne morale de droit public. Son utilisation conduit à envisager le déroulement des dépenses dans une entité publique. Délivrée dans le cadre d'un marché public d'émission de carte d'achat passé entre un émetteur (banque) et une entité publique, cet outil de commande publique est confié à l'utilisateur final, qui peut l'employer comme une carte bancaire courante², aussi bien pour un règlement sur place que pour des achats à distance, quel que soit le mode de commande. Autrement dit, l'acheteur public ne peut commander qu'auprès de fournisseurs inclus dans une liste définie de prestataires. Cette liste établie par le service «achats» et tous les agents doivent s'y référer.

¹ <https://www.maroctelecommerce.com/>

² Il faut néanmoins souligner quelques particularités notoires de la carte d'achat public. C'est une carte qui fonctionne avec cercle fermé de fournisseurs. C'est une carte à autorisation systématique : à chaque utilisation, deux éléments sont contrôlés : est-ce que le commerçant fait partie du cercle fermé de fournisseurs de la carte et le budget pour commander est-il disponible? Enfin, dès lors que le fournisseur s'équipe d'un matériel un peu plus sophistiqué qu'un terminal de paiement électronique, des informations supplémentaires (notamment les références de la commande) apparaissent sur le relevé. <https://www.maroctelecommerce.com/>

En effet, le décret des marchés publics pose le principe que la signature du marché - au sens du choix de l'attributaire- relève de la seule compétence du pouvoir adjudicateur. L'utilisation d'une carte d'achat chez le fournisseur non référencé est donc proscrite puisqu'elle conduit le porteur à choisir l'attributaire. En conséquence, les dépenses par carte d'achat sont possibles exclusivement chez des fournisseurs référencés par l'acheteur, pour des catégories définies de produit. Le parti pris de la carte d'achat est de déléguer l'approvisionnement aux agents ayant besoin de biens et de services pour leur activité professionnelle. Cette délégation est source de réactivité, de simplification et de responsabilisation. Couplé à un système de reporting efficace¹, un tel outil permet d'améliorer le contrôle de l'utilisation des fonds. Les achats de faibles enjeux se comprennent alors comme des achats pour lesquels la délégation est jugée utile à l'activité professionnelle de l'agent et source d'efficacité. Le fonctionnement de l'outil carte d'achat repose sur les principes suivants; - La contractualisation : la carte porte des budgets prédéterminés, et elle est utilisable chez des fournisseurs référencés par l'entité. Elle est paramétrée de manière à éviter les risques de franchissement de seuil; La délégation: l'agent détenant une carte d'achat se voit déléguer un droit d'approvisionnement. De ce fait, il est placé au cœur du système de validation du service fait; Le contrôle a posteriori : la hiérarchie contrôle les reporting globaux. Cela étant dit, qui est responsable en cas de problème ou d'utilisation frauduleuse de la carte ?

b. L'exécution en vente de proximité présente certaines particularités

En vente à distance (courrier, téléphone, fax, internet...), le porteur n'utilise pas physiquement sa carte et ne fait que donner son numéro de carte au fournisseur. Il s'identifie mais ne s'authentifie pas. Par conséquent, en l'absence de service fait ou en cas d'erreur de liquidation, si la créance née d'un marché exécuté n'est pas approuvée, elle n'est pas payée. Le marché d'émission de carte d'achat en prévoit les conditions. Pratiquement, les entités publiques de grande taille se font plutôt livrer par les fournisseurs et se rendent rarement physiquement chez leurs fournisseurs. La vente à distance est le mode d'utilisation principal de la carte d'achat. La vente de proximité se distingue de la vente à distance. En vente de proximité, le porteur utilise physiquement sa carte, signe une facturette ou compose un code secret sur un système d'acceptation (terminal de paiement électronique, automate de vente...). Il s'identifie et s'authentifie.

L'approbation de l'achat est tacite, c'est-à-dire que l'entité publique devra créditer dans tous les cas le compte technique du montant de l'opération initiée par son porteur. De ce fait, l'utilisation physique de la carte par un agent en vente de proximité n'est possible que si aucune contestation ne peut intervenir ultérieurement; le contrôle du service fait et du calcul de liquidation doit pouvoir être réalisé de manière concomitante à la remise par le fournisseur de la commande, à l'agent porteur de carte². Aussi l'article 5 du décret nos 2004-1144, alinéa 2 pose que l'utilisation physique de la carte par son porteur n'est

¹ KERN (B) et LAMY (E), «la carte d'achat : nouvel outil innovant de la commande publique», op.cit., p. 50-51.

² <https://www.collectivites-locales.gouv.fr/files/files/annexe3.pdf>

possible que lorsque l'accepteur remet les fournitures ou services commandés en présence du porteur, et que la commande n'est pas effectuée dans le cadre d'un marché conclu aux conditions prévues par une convention de prix. Pratiquement l'achat est effectué dans un magasin (supermarchés, commerces de proximité...) par le porteur, au prix public affiché. Au titre de sa mission de conseil, le comptable public peut particulièrement attirer l'attention sur le fait que l'utilisation physique de la carte d'achat en vente de proximité ne dispense pas l'entité publique de référencer préalablement les fournisseurs chez lesquels la carte d'achat sera utilisée et que le choix de ces fournisseurs nécessite de respecter les principes de transparence de l'achat public et d'égalité de traitement des candidats.

**Désignation et habilitations des porteurs de cartes d'achat :* Une carte d'achat est délivrée par l'émetteur à un agent sur instruction de l'entité publique. Le comptable pourra utilement appeler l'attention de l'entité publique sur l'intérêt que l'agent soit placé sous l'autorité hiérarchique du représentant de l'entité publique, de sorte qu'en cas de non-respect des conditions d'utilisation de la carte d'achat, le porteur puisse être sanctionné dans des termes définis par un règlement interne. L'agent porteur de la carte d'achat reste étranger au marché d'émission; il n'a aucune obligation au titre de ce marché. Les relations entre les agents et leur entité sont régies par un règlement interne qui définit les règles d'utilisation des cartes d'achat; elles peuvent découler du marché d'émission de carte d'achat mais l'agent n'est responsable que devant l'entité publique¹.

La désignation, par l'ordonnateur ou son délégataire, d'un porteur vaut autorisation pour celui-ci d'engager l'entité publique, dans les conditions fixées par le paramétrage de la carte d'achat et selon les dispositions d'un règlement intérieur. Le porteur n'a pas à être délégataire de signature car il ne passe pas de marchés; il exécute un marché dans des conditions prédéfinies². Admettant de recourir à la dématérialisation dans le cadre de la passation de marchés publics, le décret a reconnu un principe général d'exécution dématérialisée. Ce principe trouve donc sa source principale dans la lettre même du décret des marchés publics. Mais, il n'en reste pas moins que certains textes peuvent aussi être inclus dans le champ de l'exécution dématérialisée. Ce sont donc ces sources textuelles qu'il faut déterminer pour la dématérialisation de l'ensemble du processus transactionnel, avant de voir la valeur juridique et la portée de ce principe.

¹ Dans tous les cas, précise l'instruction de la DGCP, les paramètres de la carte d'achat doivent permettre: 1. De limiter son utilisation aux fournisseurs préalablement référencés par l'entité publique ; 2. De définir un plafond périodique maximum d'engagement par carte.

² <http://www.uprt.fr/mesimages/fichiers-uprt/av-achats-vente/av-netheque-pdf/av-charlet-carte-achats.pdf>

§2- Pratiques relationnelles et commande publique : Enjeux et perspectives

Les commandes publiques s'appuient sur des règles formelles d'équité et de rigueur. Qu'en est-il de la réalité ? Quel poids faut-il accorder à la relation des individus au sein des centres d'achats et entre les partenaires ? Dans quelles mesures l'évolution de la réglementation va modifier les pratiques actuelles ? Comment peut-on améliorer des relations entre partenaires fournisseurs-acheteurs dans un monde dématérialisé ? Naturellement, un système dématérialisé ne doit pas remettre en cause des droits et obligations. Pourtant, la dématérialisation modifie ou, plutôt, redéfinit certains d'entre eux (réduction de certains délais, nouvelles responsabilités, nouveaux acteurs, nouvelles procédures) ¹. Associer pratiques relationnelles et commande publique peut sembler paradoxale ou cynique. En effet, les échanges relationnels sont généralement liés aux notions de fidélité, de confiance, d'engagement, de dialogue et de personnalisation des rapports entre les acteurs du processus achat. Au contraire, le droit des marchés publics est fondé sur les principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats. Il valorise les procédures formelles et limite les possibilités de négociation. Dans certaines collectivités publiques, les services achats se contentent d'appliquer strictement les procédures. Ils refusent toute interaction avec les fournisseurs ou les autres acteurs intéressés par la décision d'achat. Inversement, beaucoup de fournisseurs et d'élus essaient de personnaliser leurs échanges et de créer des relations de confiance durables. Ils tentent parfois de contourner les règles en vigueur... Parmi les principaux contrats administratifs, le marché public de travaux² fournit une parfaite illustration de ce qu'est une convention «pluri-relationnelle» dans la mesure où interviennent, outre les signataires du contrat, de nombreux acteurs liés à l'exécution même du marché³.

L'efficacité dans l'action publique réside dans la capacité des acteurs intervenant à chaque niveau de la chaîne d'exécution, de gestion et de décisions, à s'approprier les exigences liées à leurs rôles et responsabilités ainsi que les réflexes à acquérir pour l'objectivité et la célérité dans la mise en œuvre de cette action (A). La procédure du marché public numérique connaît l'intervention de plusieurs organes depuis la préparation de la consultation jusqu'à la conclusion du marché. Il est ainsi intéressant d'arrêter les attributions de chacun ? Les problématiques soulevées par l'exécution du contrat administratif électronique à l'égard de seules parties sont abordés tout au long de ce titre. Mais, pour le moment, il convient de s'interroger sur l'éventuelle dématérialisation des relations à l'égard des autres intervenants (B).

¹ Une mission de service peut consister en la construction commandée par une personne publique d'immeubles privés : TC, 28 mars 1955, «EFFIMIEFF», Rec., p. 617 ; JCP, 1955, II, p.8786, note BLAEVOET ; RA, 1955, p.285, note LIET-VEAUX ; AJDA, 1955, LL, p. 332, note J.A.

² On rappellera que le marché de travaux publics est toujours un contrat administratif il s'agit d'un contrat administratif par détermination légale (loi du 28pluviose an VIII, art.4). Voir DUFAU (J), Le marché de travaux publics », JC Administratif, fasc. 520- 521 et 523 ; EL-ATTAR (F.A), le marché de travaux publics, thèse paris, 1953 ; PRIEUX (H), Traité pratique du droit des travaux et des marchés publics, paris, éd. Du Moniteur des travaux publics, 4^o vol. 1968 ; GRELIER-WYCKOFF (P), le mémento des marchés publics de travaux, paris, Eyrolles, 3^{ème} éd ; 2007

³ Article 4 alinéa a de décret 20 mars 2013, précité, p. 2.

A) Les organes du marché public: Intervenants, rôles et responsabilités

La réussite d'un projet repose sur une définition claire et précise des rôles et des responsabilités de chacun des acteurs. C'est précisément là que le marché public, ne se limite pas aux signataires ; il comprend de nombreux acteurs. Cet outil peut également être utilisé pour définir les rôles des acteurs dans un processus ou une activité. Un moyen bien pratique et opérationnel pour décrire ce que font les intervenants dans une procédure. Il permet, en effet, de s'assurer que toute activité possède un responsable (a). Enfin, il est peut-être mis à profit pour déléguer des tâches (b). Chacun connaît ainsi son périmètre d'action et de responsabilité.

a. Les acteurs de l'opération contractuelle:

Ils sont nombreux et divers, personnes publiques ou privées, personnes physiques ou morales¹, ils sont identifiés en fonction du rôle qu'ils jouent dans la procédure de passation et non pas selon leur nature ou leurs qualités juridiques. Il y a ceux qui seront parties aux contrats, c'est à dire ceux qui continueront les relations contractuelles dans le cadre de l'exécution des obligations négociées et inscrites au marché. Mais ils ne participent pas seuls à la procédure de passation. Ils sont accompagnés, plus ou moins étroitement, par des commissions d'appel d'offres, dont la composition et le rôle peuvent varier : commission dite classique à caractère permanent ; une commission prévue dans le cadre du dialogue compétitif ; une commission composée comme un jury de concours.

* *La notion de pouvoir adjudicateur* : est une notion issue d'une directive du droit communautaire. Elle vise, entre autre, expressément, les collectivités territoriales, catégorie parfaitement balisée par le droit marocain, parmi quatre types de pouvoirs adjudicateurs. La qualité de pouvoir adjudicateur est intangible : *quelles que soient la mission exercée par celui-ci ou la nature de l'activité dans le cadre de laquelle le contrat est passé, un organisme est qualifié de pouvoir adjudicateur par définition*. Les entités adjudicatrices sont les pouvoirs adjudicateurs exerçant une des activités d'opérateurs de réseaux dans les secteurs de l'énergie, des transports. Toutefois, la notion de «personne responsable du marché» disparaît. La qualité de personne responsable du marché est exclusivement administrative et fonctionnelle. Si les documents contractuels font souvent référence à la personne responsable du marché, il s'agit du représentant légal de la personne morale qui passe le marché ou de la personne physique qui est désignée par le représentant légal à cette fin. Cette personne physique est l'interlocuteur du titulaire du marché. Le rôle du pouvoir adjudicateur est de choisir la procédure d'achat approprié et de la mener à bien sous sa responsabilité. La responsabilité découlant de l'exécution du marché est assumée par la personne morale². Pour le comptable public son rôle s'inscrit dans le cadre des réformes initiées par le Ministère en charge de l'Economie et des Finances et permet de renforcer l'efficacité de la chaîne d'exécution des dépenses publiques et, par ricochet, la pertinence de l'action publique en la matière. Le comptable

¹ <http://www.wikiterritorial.cnfpt.fr/xwiki/wiki/econnaissances/view/Notions-Cles> le 25/06/2013

² LEMOINE (A), «Le cadre général des marchés publics: les principes fondamentaux, les acteurs, la notion de besoin et leur évaluation», consulter sur : <http://www.wikiterritorial.cnfpt.fr/xwiki/wiki/econnaissances/>

public a pour attributions d'exécuter, au nom d'un organisme public, des opérations de dépenses ou de maniement de titres, soit au moyen de fonds dont il a la garde soit par virements internes d'écritures, soit encore par l'entremise d'autres comptables publics, ou de comptes externes de disponibilité dont il donne et surveille les mouvements¹. Ainsi, les acteurs budgétaires et les clients de l'Administration publique seront amplement informés des traitements effectués dans le circuit financier sur les dossiers relatifs à l'acquisition des biens et services, à la réalisation des travaux, ainsi que les délais à respecter au regard de la nature du dossier à traiter et de l'étape à laquelle il se situe. Le non respect des délais et des procédures sera, dès lors, opposable aux acteurs concernés. Les personnes publiques ont parfois avantage à se regrouper pour réaliser leurs commandes, dans le but d'obtenir des prix plus bas et de développer plus de transparence en matière de procédure de passation. Il s'agit de rationaliser et d'optimiser l'achat public. Au sein d'un pouvoir adjudicateur, il est possible de coordonner les commandes de plusieurs services disposant de l'autonomie financière. Deux possibilités sont offertes². Par ailleurs, des groupements de commandes peuvent être constitués afin d'obtenir de meilleurs prix et d'abaisser les coûts de gestion. Ils sont dépourvus de personnalité morale et permettent aux acheteurs publics de réaliser des économies d'échelle. Plusieurs maîtres d'ouvrage peuvent aussi se regrouper pour choisir le ou les mêmes prestataires. Bien que ce dispositif soit particulièrement bien adapté aux marchés de fournitures courantes, tous les types de marchés sont concernés. Cela permet de répondre à deux situations spécifiques et parfois problématiques³. Le groupement peut être créé par des collectivités territoriales, par des établissements publics locaux, avec d'autres personnes morales de droit public. Les groupements sont distingués comme suit: - Dits «homogènes», c'est-à-dire réunissant des personnes publiques soumises au même régime, au regard du décret des marchés publics; - Dits «mixtes », c'est-à-dire regroupant des membres soumis à des régimes juridiques différents, au regard du décret, ou non soumis aux dispositions du décret.

Toutefois, l'utilisation de cette technique d'achat doit obéir aux prescriptions du décret : Chaque membre du groupement devra définir ses besoins. Il est possible que le

¹ Est comptable public, tout fonctionnaire ou agent ayant qualité pour exécuter au nom d'un organisme public des opérations de recettes, de dépenses ou de maniement de titres, soit au moyen de fonds et valeurs dont il a la garde, soit par virements internes d'écritures, soit encore par l'entremise d'autres comptables publics ou de comptes externes de disponibilités dont il ordonne ou surveille les mouvements, article 3 du décret royal n° 330-66 du 21/04/1967 (10 moharrem 1387) portant règlement général de comptabilité publique. B.O. n° 2843 du 26/04/1967, p. 452.

² - La passation d'un seul marché: un service centralisateur est désigné et peut passer un marché, dans le cadre duquel les autres services émettent des bons de commandes; - La passation de plusieurs marchés distincts: le service centralisateur conclut une convention, fixant le prix des prestations à réaliser, et un marché type, qui définit les prescriptions administratives et techniques à respecter pour toutes les conventions à venir. Chaque service passe ensuite son propre marché, aux conditions prévues par la convention de prix et le seul marché type. Les règles applicables à la passation des marchés types et aux conventions de prix sont celles prévues par le code des marchés publics. La passation des marchés coordonnés ne peut donc être l'occasion de modifications ou de renégociations. Ibid.

³ La réalisation, grâce à la conclusion d'un seul contrat, de travaux ayant une unité géographique commune à plusieurs personnes morales de droit public : par exemple, pour un tunnel sur le territoire de deux départements ; - La réalisation de travaux dans des opérations complexes associant, sur un même lieu géographique, des personnes publiques à des entreprises privées ou à des promoteurs.

coordonnateur, ou l'une des parties, soit lié aux autres membres du groupement par une convention à titre onéreux la chargeant d'évaluer les besoins tous les membres du groupement. Une convention sera obligatoirement passée entre les membres du groupement, afin de définir ses modalités de fonctionnement.

Cette convention constitutive doit faire l'objet d'une autorisation des assemblées délibérantes des personnes publiques membres et d'une transmission aux autorités de contrôle. L'acheteur public peut décider de ne pas procéder lui-même aux procédures de passation des marchés en ayant recours à une centrale d'achat à condition que cette dernière respecte elle-même les règles de publicité et de mise en concurrence imposées par le décret. Une centrale d'achat est un pouvoir adjudicateur remplissant les conditions relatives à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation à des règles de publicité et de mise en concurrence. La centrale d'achat peut se voir confier plusieurs types de missions, qui vont de la mise à disposition de fournitures et de services jusqu'à la passation des marchés pour le compte des acheteurs¹. Pour les acteurs à dominante technique sont divers et variés ; créés sur l'impulsion du législateur, ces personnes offrent au maître d'ouvrage, à travers leurs missions et leurs expériences, des garanties essentielles. Intervenant au cours de l'exécution d'une même opération de travail public, l'aspect relationnel et organisationnel est primordial pour la bonne conduite du chantier et l'efficacité de la commande publique. Il suffit de définir la fonction de ces acteurs pour comprendre que les technologies de l'information et de la communication sont un facteur indispensable à leur quotidien².

* Le «maître d'œuvre» : Tout organisme public habilité à cet effet ou toute personne morale ou physique de droit privé désigné par le maître d'ouvrage et qui a la responsabilité de la conception et/ou du suivi de l'exécution du projet à réaliser³ ;et qui, en raison de sa compétence technique, est chargée par le maître de l'ouvrage ou son mandataire, afin d'assurer la conformité architecturale, technique et économique de la réalisation du projet objet du marché, de diriger l'exécution des marchés de travaux, de lui proposer leur règlement et de l'assister lors des opérations de réception ainsi que pendant la période de garantie de parfait achèvement. Les documents particuliers du marché mentionnent le nom et l'adresse du maître d'œuvre. Si le maître d'œuvre est une personne morale, il désigne la personne physique qui a seule qualité pour le représenter, notamment pour signer les ordres de service⁴.

¹ Le décret des marchés publics prévoit qu'elle peut : Acquérir des fournitures ou des services destinés à des pouvoirs adjudicateurs ; passer des marchés publics ou conclure des accords-cadres de travaux, fournitures ou services destinés à des pouvoirs adjudicateurs. Depuis 2013, le pouvoir adjudicateur qui a recours à une centrale d'achat est considéré comme ayant respecté ses obligations en matière de publicité et de mise en concurrence, pour autant que la centrale applique, pour la totalité de ses achats, les dispositions du décret des marchés publics. <https://www.marchespublics.gov.ma/pmmp/>

² <https://www.marchespublics.gov.ma/pmmp/>

³ Article 2 du décret n° 2-99-1087 du 29 moharrem 1421 (04/05/2000) approuvant le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux exécutés pour le compte de l'Etat. B.O. n° 4800 du 01/06/2000.p. 418.

⁴ Ibid. Article 3 du décret n° 2-99-1087 approuvant le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux exécutés pour le compte de l'Etat, précité.

* L'assistant au maître de l'ouvrage : Le conducteur de l'opération est une personne publique ou privée agréée par l'Etat, qui met son expérience en exécution de travaux au service du maître de l'ouvrage public. Il apporte une assistance « générale à caractère administratif, financier et technique ». D'une manière générale, le conducteur d'opération est, sur le plan des relations contractuelles, l'unique interlocuteur « public » des architectes, des ingénieurs et des entrepreneurs. Cette personne, liée par un contrat avec le maître de l'ouvrage, n'en reste pas moins tiers au marché. De ce fait, l'entrepreneur, destinataire d'un courrier du conducteur d'opération, devra s'adresser au maître d'œuvre et informer le maître de l'ouvrage.

* Le contrôleur technique : A pour objet de contribuer à la prévention des différents aléas techniques rencontrés dans la réalisation des ouvrages. Obligatoire dans le cadre de certaines constructions (établissements recevant du public, immeubles de grande hauteur,...), l'intervention du contrôleur technique peut être sollicitée par le maître de l'ouvrage dans n'importe quel type de construction. Lié conventionnellement au maître de l'ouvrage, le contrôleur technique¹ lui adresse ses avis. Il est soumis à la garantie décennale. Ici encore, l'entrepreneur doit informer le maître d'œuvre des courriers que lui a adressés le contrôleur technique.

* Le responsable OPC : Une personne morale ou physique dont les missions composent son appellation. «O» pour «ordonnancement» : cet acteur de l'analyse des tâches élémentaires, de la définition du chemin critique (ordre logique des opérations) et de la création des plannings. Ensuite, «P» pour «pilotage» : applications pratiques sur le chantier des mesures théoriques qu'il a prises. Enfin, «C» pour «coordination» : il doit articuler les interventions des différents entrepreneurs sur le chantier, dans l'espace et dans le temps. Lorsqu'il s'agit d'un organisme distinct du maître d'œuvre, l'entrepreneur devra informer ce dernier des courriers que lui aura adressé cet OPC. Le coordonnateur SPS : il s'agit d'un coordonnateur «sécurité et protection de la santé», (CSPS), personne physique ou morale, sa fonction consiste à mettre en œuvre les principes de prévention destinés à assurer la sécurité et la protection de la santé des travailleurs intervenant sur le chantier. A ce titre, le maître de l'ouvrage passe un contrat avec le coordonnateur qu'il a désigné, dans lequel il définit, entre autres, les moyens et l'autorité qu'il souhaite lui confier, en particulier par rapport aux autres intervenants dans l'opération de construction. Pour ce faire, le CSPS élabore un plan de coordination et de protection de la santé ainsi qu'un dossier sur les interventions ultérieures sur les ouvrages. Or la complexification des relations contractuelles peut provenir des entreprises qui font appel à des sous-traitants ou, tout simplement, à des fournisseurs. L'entrepreneur est le partenaire du maître de l'ouvrage dans le contrat d'entreprise. Il réalise les travaux en mettant en œuvre les moyens en personnel, matériaux et matériel. Vis-à-vis du maître de l'ouvrage, il a un rôle de conseil et une obligation de résultat se caractérisant par la livraison de l'ouvrage.

¹Il s'agit, plus précisément, de cabinets de contrôles techniques agréés par le ministère de l'Équipement.

b. L'exécution d'une partie du marché public :

Le recours à la sous-traitance est une pratique largement utilisée par les moyennes et grandes entreprises dans le monde entier. Mais sous-traite une partie de ses activités pour se concentrer sur son cœur de métier est une opération délicate¹. La sous-traitance se conçoit comme un partenariat mais qui engendre nécessairement des dépendances. L'arrivée d'un nouveau partenaire peut être déclencheur de nombreuses réactions aux conséquences difficilement mesurables. Le donneur d'ordre peut perdre totalement ou partiellement le contrôle sur sa production et peut ainsi se trouver en situation de dépendance, une position qui peut s'avérer inconfortable lors du renouvellement du contrat de sous-traitance.

La mondialisation impose de plus en plus la division de travail et « la spécialisation dans la spécialisation ». Les entreprises sont devenues contraintes de pratiquer la sous-traitance et déléguer une part des travaux à une ou plusieurs entreprises. Mais en même temps, il est fort regrettable de voir parfois la sous-traitance utilisée à 100% réduisant ainsi l'entreprise principale à un simple intermédiaire entre le maître d'ouvrage et la société sous traitante. De ce fait, le sous traitant réalise les travaux du projet entièrement en place et lieu de l'entreprise principale dont le rôle se réduit à la collecte d'une commission. D'ailleurs, c'est pour cette raison que les marchés publics marocains ne permettent la sous-traitance qu'à hauteur de 50 % du montant des travaux de l'entreprise principale (ou même l'interdire pour certains travaux)². Hormis le décret n° 2-12-349 du 20 mars 2013 relatif aux marchés publics qui a consacré un seul article à la sous-traitance et d'ailleurs d'une façon sommaire et générale, la législation marocaine est restée muette à ce sujet aussi important que celui de la sous- traitance³ qui s'engage exclusivement sur la conformité de son exécution par rapport aux directives du donneur d'ordre. Le sous traitant ne peut être engagé que par l'acceptation du maître d'ouvrage⁴. A noter, le sous-traitant d'un marché

¹ C'est en vue d'atteindre un niveau respectable de productivité dans la production ainsi qu'un bon niveau de qualité dans la réalisation des travaux, de minimiser les coûts et délais. La stratégie de production et de construction exige de l'entreprise de recourir à l'engagement d'autres entreprises pour la réalisation de tâches ponctuelles ou une partie des travaux. Cette pratique de sous traitance est devenue courante tant dans l'exécution des travaux que dans le domaine de prestation de service (principalement dans le secteur de l'ingénierie). BENNOUNA (M.J), «Responsabilité civile et assurance des constructeurs au Maroc. Limites et carences de la législation», université de Perpignan Via Domitia, Faculté Internationale Droit Comparé des États Francophones- Master en droit, octobre 2012, p. 35.

² Pour l'application de cette disposition le cahier des prescriptions spéciales doit indiquer, parmi les composantes de la prestation, celles qui constituent le corps d'état principal, ainsi que les prestations qui ne peuvent faire l'objet de sous-traitance.

³ Selon l'article 158 relative à la sous-traitance, cette dernière est définie³ comme un contrat écrit par lequel le titulaire confie l'exécution d'une partie de son marché à un tiers. Article 158du décret de 20 mars 2013, précité.

⁴Dans la pratique, il existe trois types de sous-traitance :- Sous-traitance de spécialité : l'entreprise ne disposant pas du savoir-faire nécessaire pour fabriquer le produit ou le réaliser et donne l'ordre à une autre entreprise de le faire; - Sous traitance de capacité : l'entreprise est dans l'incapacité financière, technique ou d'organisation de répondre; à un moment donné; à produire des commandes supplémentaires; - Sous traitance de marché : une entreprise confie à une autre entreprise un marché conclu avec un maître d'ouvrage. Le contrat met donc en relation le maître d'ouvrage, l'entreprise en tant que donneur d'ordres, et le sous-traitant. <https://www.marchespublics.gov.ma/pmmp/>

public bénéficie du même régime financier que l'entrepreneur titulaire en termes d'avances, de variation des prix et de délais de paiement. La sous-traitance est couramment et librement pratiquée dans le secteur privé, alors que dans le secteur public, sa pratique demeure à ce jour subordonnée à une autorisation préalable du maître d'ouvrage au bénéfice du titulaire d'un marché public (donneur d'ordres), conformément aux dispositions de l'article 24 du décret des marchés publics marocain. Le sous-traitant (preneur d'ordres) n'entretient aucune relation contractuelle ou aucun rapport juridique avec le maître d'ouvrage. Le sous-traitant peut rester dans l'anonymat, s'il le souhaite, puisque seul le titulaire du marché public demeure responsable vis-à-vis de l'Etat. En l'absence d'une norme législative à cet effet, le sous-traitant ne dispose d'aucune action directe contre le maître d'ouvrage et inversement, celui-ci ne peut engager sa responsabilité contractuelle ou contrôler ses activités.

Le recours à la sous-traitance est aussi important dans les PME et les PMI que dans les grandes entreprises, même si le poids de celles-ci est plus important dans les travaux confiés par le secteur public. Le code des marchés publics du 30 décembre 1998 consacre à ce mode de gestion déléguée, l'article 78 qui définit la sous-traitance en tant que «contrat écrit par lequel le titulaire d'un marché public peut confier l'exécution d'une partie de ce marché à un tiers». Une condition cependant s'impose au titulaire du marché public: notifier au maître d'ouvrage la nature des prestations qu'il envisage de sous-traiter en sa qualité d'adjudicataire des travaux ou prestations objet du marché dont il est officiellement titulaire.

Ainsi donc, le titulaire d'un marché public (le délégant ou adjudicataire) peut librement céder certaines obligations à autrui et ne conserver qu'une partie, à condition d'avoir l'autorisation du maître d'ouvrage et de fixer toutes les conditions nécessaires de la sous-traitance à travers un contrat autonome, distinct du marché dont il est adjudicataire tel que le droit de donner des instructions au sous-traitant et contrôler les modes d'exécution des obligations. Le même article précise sans équivoque que le maître d'ouvrage ne se reconnaît aucun lien juridique avec le sous-traitant, sachant que le contrat passé entre le titulaire du marché et le sous-traitant obéit aux seules règles générales. En effet, la sous-traitance n'est pas en soi une catégorie de contrats avec des normes propres. Elle n'est qu'une modalité d'exécution des obligations par un contractant¹. Dans ce domaine, toutes les obligations peuvent être cédées à autrui à condition de remplir les obligations de l'article 25 du décret des marchés publics. Dès lors, le titulaire du marché public n'aurait qu'une obligation de résultat et non de moyens envers son contractant initial. Conformément au même décret, la cession du marché est interdite sauf dans les cas de cession de la totalité ou d'une partie du patrimoine de l'entreprise titulaire, à l'occasion d'une fusion ou d'une scission. Dans ce cas, le marché ne peut être cédé que sur une autorisation expresse de l'autorité compétente. Sur la base de cette autorisation, un avenant au marché doit être conclu et les cessionnaires doivent satisfaire aux conditions requises des concurrents, prévues à l'article 25 du décret. De plus, le sous-traitant est tenu

¹ <https://www.cndp.ma/fr/responsabilites/mentions-types/sous-traitance.html>

d'une obligation de résultat vis-à-vis de l'adjudicataire du marché initial. Il engage sa responsabilité en cas de non-exécution de ses obligations et il peut être condamné, à titre de dommages et intérêts, à payer le montant des pénalités supportées par ce dernier en application du marché le liant au maître d'ouvrage.

En guise de conclusion, nous pouvons affirmer que malgré les risques, non négligeables, encourus par les sous-traitants et la prédominance du donneur d'ordres, la sous-traitance demeure un phénomène très répandu dans le monde des affaires et de l'industrie. Grâce à ce système, la plupart de nos entreprises ont pu honorer leurs engagements et échapper à la faillite. De même que la majorité de nos PME et PMI ont pu se perfectionner en dépit des difficultés de tous genres et sont devenues elles-mêmes donneurs d'ordres. Créatrice d'emplois, efficace et innovante, la sous-traitance doit être encouragée par les pouvoirs publics dans le cadre de la politique de mise à niveau de l'entreprise marocaine. Un petit tour d'horizon des décisions rendues par les juridictions administratives permettra de clarifier la distinction fournisseur / sous-traitant.

Doit être considéré comme un fournisseur - et non comme un sous-traitant - l'entreprise qui a conclu avec le titulaire d'un marché public un contrat qui n'implique pas une obligation de faire, mais une simple obligation de vendre, de transférer la propriété. Le fournisseur est, « *au titre d'un contrat de vente, charg[é] seulement de la livraison, après fabrication éventuelle, de matériaux, produits ou composants de construction ne comportant pas de spécifications exceptionnelles fournies par l'acquéreur*¹ ». Tel est le cas de l'entreprise qui fournit : Des pavés ordinaires²; de simples équipements sans travaux de pose³ ; du béton prêt à l'emploi⁴; des canalisations et des pièces de fabrication courante⁵.

Il en est de même d'un loueur qui met à la disposition du titulaire d'un marché public de travaux des nacelles élévatrices que ce dernier utilisera pour exécuter les travaux dont il a la charge⁶. De tels contrats ne peuvent en effet être regardés comme confiant au fournisseur « *l'exécution* » en sous-traitance « *d'une partie du marché public* », les prestations fournies dans ce cadre relevant de simples fournitures. Sont d'ailleurs sans incidence sur la qualification du contrat de fournitures : Le fait que le fournisseur ait participé à certaines réunions de chantier⁷ ; le fait que le fournisseur prenne en charge le coût des essais, le remplacement ou la réparation des produits défectueux, ainsi que les frais de pose et de dépose correspondants⁸, voire même ait fait l'objet d'une acceptation et

¹ Instruction n°77-35/B/1/MO du 9 mars 1977 concernant la réforme du régime de la sous-traitance dans les marchés publics).

² CAA Lyon, 3 juillet 2003, Société d'exploitation des grès de Molières, req. N°97LY02986

³ Pour des menuiseries et des volets roulants, CAA Douai, 3 juin 2002, Société Isoplas, req. n°99DA00234 ; pour une charpente, CAA Bordeaux, 31 juillet 2003, SA Charles et Mouysset, req. n°99BX00765.

⁴ CE, 26 septembre 2007, Département du Gard, req. n°255993

⁵ CAA Nantes, 30 décembre 1999, Société Biwater, req. n°96NT02356.

⁶ TA Rouen, 19 juin 2000, Société Hek, req. n°961110.

⁷ CAA Bordeaux, 31 juillet 2003, SA Charles et Mouysset, précité.

⁸ CAA Nantes, 30 décembre 1999, Société Biwater, précité.

d'un agrément de ses conditions de paiement par l'acheteur public¹. A noter toutefois, si le fournisseur du titulaire d'un marché public de travaux ne peut se voir reconnaître la qualité de sous-traitant et n'a donc pas droit au paiement direct, il peut bénéficier d'un droit de paiement préférentiel ou « privilège de pluviôse » dans les conditions fixées le décret des marchés publics 2013.

B) Le contractant de l'acheteur public :

Pour répondre au mieux aux spécificités des appels d'offres et assurer de manière plus judicieuse et possible l'exécution de leurs obligations contractuelles, les cocontractants de l'Administration peuvent décider de se regrouper (a). Aux côtés des textes régissant la commande publique, il existe un certain nombre de réglementations qui gouvernent spécifiquement la dématérialisation et dont le champ d'application pourrait être étendu aux procédures dématérialisées des échanges entre les différents acteurs du marché (b).

a. Les cocontractants interdits :

Ne sont pas admises à concourir aux marchés publics les personnes physiques ou morales en état de liquidation judiciaire, les personnes physiques dont la faillite personnelle a été prononcée ainsi que les personnes faisant l'objet d'une procédure équivalente régie par un droit étranger².

* *Les cocontractants regroupés* : Les entreprises privées peuvent toujours décider de se grouper au sein d'institutions spécifiques dotées de la personnalité morale pour affronter la concurrence sur les marchés. Les formes juridiques susceptibles d'être empruntées sont multiples : société commerciale, groupement d'intérêt économique,...etc. Alors, pour la sélection des entreprises, le maître d'ouvrage prend en compte la capacité de chacun des membres du groupement à exécuter le marché. Le groupement est conjoint lorsque chacun des prestataires membres du groupement s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché. Il y a juridiquement indépendance entre les contrats conclus avec chacun des membres du groupement même si, matériellement, il n'y a qu'un seul document contractuel, sur lequel figure l'ensemble des membres du groupement conjoint avec désignation du mandataire. Le groupement est solidaire lorsque chacun des prestataires membres du groupement est engagé pour la totalité du marché et doit pallier une éventuelle défaillance de ses partenaires. Le choix du caractère solidaire ou conjoint du groupement n'est pas sans incidence.

En effet, il est établi que les membres d'un groupement d'entreprises qui se sont engagés solidairement à exécuter des travaux peuvent voir leur responsabilité contractuelle recherchée par le maître de l'ouvrage, alors même qu'ils n'ont pas matériellement participé à la réalisation des ouvrages concernés, à moins qu'une convention, dans laquelle le maître d'ouvrage est partie, fixe la part revenant à chaque entreprise dans l'exécution des travaux. Un même groupement ne peut être à la fois solidaire et conjoint. Dans les deux formes de

¹ CE, 26 septembre 2007, Département du Gard, précité.

² BENNOUNA (M.J), «Responsabilité civile et assurance des constructeurs au Maroc. Limites et carences de la législation», op.cit, p. 36.

groupements, l'un des prestataires membres du groupement, désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire, représente l'ensemble des membres et coordonne les prestations des membres du groupement.

b. vers la généralisation des échanges numériques :

La généralisation des échanges électroniques est aujourd'hui une réalité concrète pour l'ensemble des entreprises. TPE, ETI, PME, grands comptes, organismes publics, toutes les structures sont concernées et voient leurs traditionnels échanges papiers passer à l'électronique. Dans ce contexte, la dématérialisation n'est plus un choix, mais une obligation qui nécessite d'être pensée dans une logique réellement globale pour fonctionner correctement. C'est aussi un de ces rares cas où les efforts consentis pour passer à la dématérialisation amènent rapidement des retours positifs en termes de : traçabilité documentaire (minimisation des pertes), rapidité d'accès à l'information, sécurité des échanges et surtout économies à court terme. Un premier point à prendre en compte tient tout simplement à bien analyser l'ensemble des flux et des documents qui seront gérés de manière dématérialisée. En effet, en fonction de leur nature, différents processus voire obligations seront nécessaires : contrats, factures, documents RH, etc., sont autant de cas d'usage différents. Attention donc à avoir une vue d'ensemble de tous les documents qui seront numérisés et échangés électroniquement en considérant également leur criticité et leur devenir.

Avec l'élargissement du support documentaire pour les actes juridiques aux documents numériques, les lois et décrets poussent vers la généralisation de la dématérialisation des échanges. Le document constitue l'intermédiaire privilégié entre l'entreprise et son client : c'est le moyen de communication par excellence. Quelle que soit sa forme, il est omniprésent dans l'entreprise. L'entreprise doit optimiser les processus de création, de production et de distribution des documents destinés aux clients. La restitution des données est aujourd'hui aussi importante que leur traitement¹. Le document devient un assemblage dynamique de composants (textes, données, images...) fixes ou issus du système d'information, stockés dans un dictionnaire unique pour toute l'entreprise. L'objectif est la personnalisation de la relation client, le document doit pouvoir être produit immédiatement, sur mesure, et sans augmentation de coût. Savoir gérer les documents est un atout crucial. L'éditique est devenue stratégique!

La gestion efficace de la communication clients a un effet immédiat sur la fidélisation et représente pour les entreprises un axe majeur de croissance de revenus. Plus que jamais, la maîtrise des coûts liés à la relation clients tout en améliorant l'efficacité doit rester un enjeu et un impératif pour les entreprises. Le système de gestion des documents doit être cohérent et ce quel que soit le canal de diffusion de l'information, l'interlocuteur, la période de la journée, le type de document. Les architectures éditiques doivent donc intégrer tout cela et évoluer pour aborder la diffusion du document en adéquation avec les modalités et les technologies de restitution. Lorsque l'information est véhiculée sous une

¹ <https://www.docaufutur.fr/editorial/editique/>

forme électronique, les outils informatiques traditionnels disposent des fonctions nécessaires pour assurer la capture et le contrôle de l'acheminement vers les environnements de gestion. Les entrepreneurs ont compris qu'ils devaient changer leurs habitudes pour rester compétitifs.¹ De ce fait, les personnes publiques sont de plus en plus nombreuses à imposer l'utilisation d'un outil de gestion de projet pour gagner en productivité. Cette contrainte se transforme ensuite en besoin pour les entreprises qui ont ainsi découvert la pertinence des échanges électroniques.

Tous les documents qui sont échangés dans le cadre professionnel ont été en papier pendant des siècles. Ils devaient faire l'objet de précautions particulières pour ne pas être endommagés aussi bien pendant leur manipulation que pendant leur envoi ou pendant leur archivage. L'arrivée des technologies numériques a révolutionné la gestion documentaire des entreprises, des organisations et des professionnels. Des documents sont numérisés et les échanges sont dématérialisés. La dématérialisation des échanges de documents consiste à numériser les documents concernés d'une part, et à les diffuser via des canaux dédiés (e-mail, sms, mms, etc.). Le choix de ces derniers dépendra essentiellement des besoins et des objectifs de l'entreprise, mais également des destinataires.

**Comment ça marche et quels en sont les avantages?* Les échanges dématérialisés commencent par la dématérialisation des documents. Ce procédé consiste à transformer tous les documents en papier dont se sert l'entreprise dans le cadre de ses activités en document numériques, facile à manipuler, faciles à trouver puisque stockés pour être à portée de clics, et faciles à gérer. Les documents produits par la numérisation sont en effet plus faciles à exploiter et à gérer grâce au grand nombre de logiciels proposés par les professionnels. De plus, ils sont plus faciles à stocker, en interne ou en externe si besoin est, et plus faciles à retrouver en cas de souci. Pratiquement tous les documents professionnels peuvent être dématérialisés : factures, bon de commandes, bon d'envoi, quittances, etc. Aucun secteur de l'économie n'échappe à la règle actuelle mettant en priorité la réduction des dépenses et le gain de productivité. En entreprise, la dématérialisation est un des premiers facteurs permettant une augmentation de l'efficacité et du rendement. Avec un réel apport en matière d'accessibilité, de fiabilité, d'espace et de temps, la dématérialisation et les échanges dématérialisés sont aujourd'hui, à juste titre, une des priorités de la majorité des entreprises². En procédure adaptée, l'acheteur doit tenir compte «notamment de la nature et du montant des travaux, fournitures ou services en cause». Si les caractéristiques du marché l'autorisent, la messagerie électronique (ou courriel) peut être utilisée, par exemple pour la remise d'une offre. L'acheteur doit alors

¹ Les entreprises qui n'utilisent pas les TIC pour répondre rapidement aux demande de devis, pour éviter toutes les erreurs de transcription de la chaine de facturation, pour gagner du temps, pour gérer leurs stocks et commandes, pour travailler en temps réel avec les autres corps de métiers et les donneurs...seront disqualifiées. BENNOUNA (M.J), «Responsabilité civile et assurance des constructeurs au Maroc. Limites et carences de la législation», op.cit, p. 40.

² DE RICHOUFFETZ (PH), «Marchés publics au Maroc : les enjeux des nouvelles clauses administratives générales pour les entrepreneurs» Publié le 11 décembre 2014.voir sur <http://www.usinenouvelle.com/article/marches-publics-au-maroc-les-enjeux-des-nouvelles-clauses-administratives-generales-pour-les-entrepreneurs>, n° 302745

prévoir les conditions de son utilisation dans son règlement de consultation (ou, à défaut, dans l'avis d'appel à la concurrence). Si l'acheteur a déjà un profil d'acheteur, il est recommandé d'utiliser cet outil. En procédure formalisée, l'usage du profil d'acheteur s'impose : cet outil offre des conditions de confidentialité et de sécurité optimales. L'usage de la messagerie est donc exclu. Il revient à chaque acheteur de mettre en place un niveau de sécurité et de confidentialité proportionné à la nature et au montant de son marché. L'utilisation du courriel pour des MAPA¹ de faible montant peut offrir un niveau de sécurité suffisant. L'acheteur doit prévoir l'envoi d'un accusé de réception indiquant la date et l'heure de réception. Des précautions particulières doivent être prises pour assurer la confidentialité des documents reçus. L'utilisation d'un profil acheteur permet de garantir que seules les personnes habilitées ont accès aux informations communiquées par les entreprises dans le cadre de leur offre. Dans le cas de l'utilisation d'un courriel en dehors d'un profil d'acheteur, la confidentialité est plus difficile à garantir ; il est donc conseillé à l'acheteur public de mettre en place une boîte spécifique qui ne doit être accessible qu'à un nombre limité de personnes pour la réception des offres. En pratique, l'utilisation du courriel, non signé électroniquement, conduit à la matérialisation des documents du marché après acceptation de l'offre, ce qui implique une signature manuscrite.

Outre, la rationalisation de la circulation d'information impliquant une réduction des coûts intrinsèques à la réexpédition sur une multitude de sites, la mise en place d'un service courrier sans papier influe directement sur les coûts engendrés par la perte ou la détérioration de document et, également, sur le traitement du papier lié au stockage physique des documents. La numérisation rend plus fiable la traçabilité du document tout au long de son cycle de vie. Ce point est d'autant plus essentiel dans une arène professionnelle hautement régulée et devant gérer de nombreux litiges. L'utilisation des technologies de l'information et de la dématérialisation des échanges inscrivent le bâtiment et les travaux publics dans la modernité de l'économie actuelle. Cela nécessite de ce penché sur la question de l'exécution des achats publics en ligne et les modifications électroniques que pourra connaître un contrat administratif électronique. Dans le cas d'un contrat initial soumis à des règles spéciales², la liberté contractuelle se heurte aux principes de transparence et de concurrence dans l'activité administrative. La conclusion du contrat s'est réalisée dans des conditions économiques sur lesquelles la concurrence s'est opérée. Cet état de la concurrence ne doit pas, être dévoyé par des modifications substantielles en cours d'exécution du contrat. C'est pourquoi, si elles sont évidemment admises³, les possibilités de modification par avenant des marchés publics ou des conventions de délégations de service public sont, en revanche, très encadrées.

¹ MAPA ou MPA - Marchés passés selon la procédure adaptée. BENNOUNA (M.J), «Responsabilité civile et assurance des constructeurs au Maroc. Limites et carences de la législation», op.cit, p. 42.

² Il s'agit essentiellement, des contrats soumis à des formalités de publicité et de mise en concurrence à l'instar des marchés publics, des délégations de service public ou, encore, des contrats de partenariat.

³ Très tôt, le juge a posé le principe selon lequel aucune loi ou aucun règlement ne s'opposaient à ce que les parties à un contrat modifiant d'un commun accord les clauses d'un marché au cours de son exécution: CE, 22 novembre 1907, «Coste», Rec., p. 849.

SECTION II: Les dispositions réglementaires applicables à l'achat public à distance.

L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins. Le décret des marchés publics donne une grande importance à l'obligation de cette définition. Cette notion est un véritable principe fondamental de l'achat public¹. A ce point le cybermarchand doit informer l'acheteur sur les étapes à suivre pour conclure le contrat (comment sélectionner le produit ou service retenu, les modes de paiement proposés.) et sur les moyens techniques permettant de corriger les erreurs possibles lors de la saisie des données. Pour être valable, le contrat électronique doit permettre au client de vérifier en ligne le détail de sa commande (nombre de produits ou services achetés, description) ainsi que le prix total de la facture, et de corriger d'éventuelles erreurs. Le vendeur doit ensuite accuser réception de la commande rapidement; en pratique, un courriel de confirmation est envoyé, généralement accompagné d'une adresse électronique permettant de suivre la commande.

La nécessité croissante de maîtriser les dépenses publiques et de développer une stratégie d'achat public plus cohérente et plus efficace favorisent le métier, en pleine expansion, d'acheteur public, qui allie l'opérationnel et l'expertise juridique. L'acheteur public a pour mission principale de contribuer à l'efficacité de la commande publique et d'assurer la sécurité juridique des procédures de passation des contrats publics. Il est donc détenteur d'une expertise juridique qui doit être mise à jour en permanence en fonction de l'évolution constante de la réglementation.

Aujourd'hui, ce métier évolue vers le management des achats qui s'étend de la définition des besoins à la programmation, jusqu'à la négociation et l'exécution des marchés. Outre la possibilité de conclure un contrat administratif dématérialisé, les technologies nouvelles permettent également d'exécuter les obligations de celui-ci électroniquement. Or tous les contrats administratifs électroniques ne pourront donner lieu à une exécution en ligne; tout dépend de son objet. Un contrat de marché de travaux ou de fournitures «matérielles» ou, encore, un contrat de délégation de service public ne pourront s'effectuer en ligne. Tous les contrats administratifs électroniques s'exécuteront comme n'importe quel contrat administratif. Avec l'essor des nouvelles technologies comme internet, l'achat à distance est largement pratiqué par les entreprises. L'achat à distance présente l'avantage certain d'éviter tout déplacement. Cependant, il présente également l'inconvénient pour l'administration d'accentuer les difficultés pour apprécier la qualité du produit ou de la prestation au travers de simples photos et descriptions du bien. De plus, ce mode de d'achat peut être un vecteur d'inquiétudes

¹ La définition des besoins, est donc un préalable indispensable qui conditionne le déroulement ultérieur de la procédure et la bonne exécution du marché, dans le respect de la bonne utilisation des deniers publics. Les besoins sont, en premier lieu, liés au fonctionnement propre de la personne publique. Ils résultent aussi de ses activités d'intérêt général et de service public. L'analyse des besoins fonctionnels des services, sur la base, par exemple d'états de consommation ; la connaissance aussi approfondie que possible des marchés et des fournisseurs ; la distinction, y compris au sein d'une même catégorie de biens et d'équipements, entre achats standard et achats spécifiques ; et lorsque cela est possible : l'adoption d'une démarche en coût global, prenant en compte non seulement le prix à l'achat, mais aussi les coûts de fonctionnement et de maintenance qui seront associés à l'usage du bien ou de l'équipement acheté. Ibid. p. 409.

quant au respect des engagements des professionnels (livraison du bien dans les délais convenus, par exemple). C'est pourquoi, la réglementation a encadré les modalités d'exécution des pouvoirs de garanties dudit achat (§2) en précisant les contours des nouvelles obligations contractuelles (§1).

§1- Les spécificités de l'exécution de l'achat public en ligne :

Toutefois, parce qu'il s'effectue dans l'univers virtuel, des règles spécifiques et/ou une adaptation des règles de l'univers matériel vers celui de l'immatériel s'imposent. La vente par Internet efface les frontières ; dès lors se posent des problèmes relatifs à l'application des règles dans l'espace et à l'effectivité de la protection du cocontractant. La complexité juridique s'en trouve accrue. En clarifiant les conditions de l'achat en ligne et en renforçant les droits du cyberconsommateur, la LCEN organise une sécurité juridique déterminante au profit de l'acheteur en ligne¹. Comme dans tout contrat, l'exécution du contrat administratif se fait conformément aux stipulations contractuelles. Avant d'examiner l'exercice des pouvoirs de l'administration visant garantir la bonne exécution des obligations contractuelles (A), doivent être, préalablement, définis le lieu, le délai et la preuve de l'exécution du contrat en ligne (B).

A) L'exercice des pouvoirs de l'administration visant garantir la bonne exécution des obligations contractuelles

La question de la détermination du lieu d'exécution de la prestation prend toute une importance (a), eu égard à certaines caractéristiques du contrat, les questions de la preuve et du délai d'exécution devront être envisagées dans la mesure où les règles générales qui leur sont applicables constituent les modalités d'exécution de tout contrat (b).

a. Détermination du lieu applicable lors d'exécution du contrat en ligne.

L'importance de la détermination du lieu d'exécution de la prestation tient au fait que c'est le lieu d'exécution qui va souvent déterminer le tribunal territorialement compétent. En l'espèce, l'exécution en ligne aboutit à ce que la prestation s'effectue simultanément dans deux lieux géographiques différents : le lieu du prestataire et le lieu désigné par la personne publique. En l'absence de règles fixant légalement le lieu d'exécution d'une prestation immatérielle, on peut légitimement considérer que le lieu d'exécution est le lieu qui doit bénéficier de la commande ou bien, encore, le lieu désigné dans le contrat².

Cependant, l'examen des dispositions du décret de 2013 qui prévoit que les litiges relatifs aux marchés, contrats, quasi-contrats ou concessions relèvent de la compétence du tribunal administratif dans le ressort duquel ces marchés, contrats, quasi-contrats, ou concessions sont exécutés. Si leur exécution s'étend au-delà du ressort d'un seul tribunal administratif ou si le lieu de cette exécution n'est pas désigné dans le contrat, le tribunal administratif compétent est celui dans le ressort duquel l'autorité publique contractante ou

¹ LELERCO (P), «le commerce électronique des produits immatériels», Comm. Com.élect., février 2000, p. 9.

² LELERCO (P), «le commerce électronique des produits immatériels», op.cit, p. 13.

la première des autorités publiques dénommées dans le contrat à signé le contrat, dans le contrat a signé le contrat, sans que, dans ce sens, il y ait à tenir compte d'une approbation par l'autorité supérieure, si cette approbation est nécessaire. C'est le lieu de la signature du contrat par la personne publique qui va déterminer la compétence du tribunal administratif¹.

Dans l'univers électronique, il s'agira alors du lieu dans lequel la signature électronique du document est intervenue (ou, encore, le lieu du « double-clic »). En somme, univers papier et univers électronique sont, sur ce point, relativement proches puisque le lieu de la signature électronique est celui où l'autorité compétente a utilisé son ordinateur pour conclure le contrat. Le problème de la détermination du lieu de l'exécution de la prestation électronique peut donc être occulté, tout du moins provisoirement, en passant par le critère d'attribution de compétence du lieu de la signature du contrat. L'exécution en ligne n'est possible, faut-il le rappeler, que dans le cas où le contrat aurait pour objet la fourniture d'un bien ou d'une prestation considérés comme immatériels². Il convient à présent de voir dans quel délai le contrat électronique doit être exécuté et comment prouver cette exécution en ligne.

b. Modalités d'exécution :

Le principe de force obligatoire des contrats légalement conclus implique, dans le cadre d'un marché public, que l'opérateur économique doit procéder à l'exécution de ses obligations conformément aux prévisions du contrat, que ces obligations se traduisent en termes de travaux, de fournitures ou de services. Il peut aussi recourir à des sous-traitants pour leur réalisation. Le contractant est tenu d'exécuter ses obligations dans les délais convenus, En cas de silence du contrat et des textes, la jurisprudence considère qu'il existe une « durée normale » d'exécution, dans lequel le cocontractant doit exécuter son obligation, appréciée selon les circonstances, les capacités du contractant, la pratique des contrats analogues, l'intention vraisemblable des parties³. Le CCAG fourniture et service indique que le délai d'exécution part de la date de notification du marché. Il prévoit quand à lui, la date d'expiration du délai d'exécution en distinguant deux situation : en cas de livraison ou d'exécution des prestations dans les locaux de la personne publique, la date d'expiration du délai d'exécution est la date de la livraison ou de l'achèvement de la prestation ; en cas de réception dans les locaux du titulaire, la date d'expiration est la date qu'il a indiqué pour l'admission.

L'exécution des marchés publics constitue la phase critique de mise en œuvre de tous les éléments préparés lors de la passation du marché ; c'est aussi la période de gestion administrative, financière et technique des événements prévus ou non lors de la mise en œuvre du contrat. Son régime a été amplement modifié à l'occasion de la réforme des

¹ <http://karimamoustaid.over-blog.com/article-le-contrat-electronique-au-maroc-84774025.html>

² LELERCO (P), «le commerce électronique des produits immatériels», Comm. Com.élect., février 2000, p.13.

³ CE, 7février 1951, «Ville de Paris», Rec., p. 76

marchés publics¹. Sur ce point, le CCAGT applicable aux marchés de fournitures courantes et de services dispose que si le marché ou le bon de commande n'a pas précisé le délai d'exécution de la commande en fonction de la quantité fixée par ledit bon de commande, le délai d'exécution est celui qui est d'usage dans la profession. A ce propos, le décret des marchés publics énonce que la durée d'un marché est fixée en tenant compte de la nature des prestations. Bien entendu, la durée de l'exécution du contrat en ligne étant quasi-immédiate, les juges devront en tenir compte puisque c'est un des principaux arguments du «réseau»².

L'article 65-4 de la loi 53.05 dispose : *«Quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens, la prestation de services ou la cession de fonds de commerce ou l'un de leurs éléments met à disposition du public les conditions contractuelles applicables d'une manière permettant leur conservation et leur reproduction. Sans préjudice des conditions de validité prévues dans l'offre, son auteur reste engagé par celle-ci, soit pendant la durée précisée dans ladite offre, soit, à défaut, tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait. L'offre comporte, en outre : 1 - les principales caractéristiques du bien, du service proposé ou du fonds de commerce concerné ou l'un de ses éléments ; 2 - les conditions de vente du bien ou du service ou celles de cession du fonds de commerce ou l'un de ses éléments ; 3 - les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique et notamment les modalités selon lesquelles les parties se libèrent de leurs obligations réciproques ; 4 - les moyens techniques permettant au futur utilisateur, avant la conclusion du contrat, d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ; 5 - les langues proposées pour la conclusion du contrat ; 6 - les modalités d'archivage du contrat par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé, si la nature ou l'objet du contrat le justifie ; 7- les moyens de consulter, par voie électronique, les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre. Toute proposition qui ne contient pas l'ensemble des énonciations indiquées au présent article ne peut être considérée comme une offre et demeure une simple publicité et n'engage pas son auteur »*³.

C'est dans cet esprit que la LCEN⁴ est venue imposer, à la charge du professionnel, une obligation d'archivage électronique de certains contrats conclus par voie électronique⁵. Ce

¹ <https://www.eyrolles.com/Droit/Livre/execution-des-marches-publics-9782281132106/>

² Toutefois, la question de la durée de l'exécution du contrat n'est plus essentielle dans l'univers électronique (instantané), en revanche, elle se déplace vers celle de la date de la réception de la notification de marché - point de départ du délai- ou, plutôt, de la connaissance de cette date par le cocontractant et de sa preuve.

³ Article 65-4 ajouté par l'article 3 de la loi n° 53-05 précitée.

<http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/fr/Nouveautes/L'%C3%A9change%20%C3%A9l%C3%A9ctronique%20des%20donn%C3%A9es%20juridiques.pdf>

⁴ Article 25 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN), précitée.

⁵ En droit français, lorsque le contrat est conclu par voie électronique et qu'il porte sur une somme égale ou supérieure à un montant de 120€, le contractant professionnel assure la conservation de l'écrit qui le constate pendant un délai de 10 ans, et il en garantit à tout moment l'accès à son cocontractant si celui-ci en fait la

faisant, il conviendra de mettre en place une politique d'archivage des contrats en cas de litige. Mais il est légitime de s'interroger aussi sur la disposition des moyens juridiques et techniques pour archiver les documents électroniques¹ des professionnels du commerce en ligne?

B) Les fortes prérogatives justifiées par la satisfaction de l'intérêt général de dans l'exécution du contrat à distance:

Dans l'exécution des contrats administratifs, l'administration dispose de divers privilèges, qui ont parfois été expressément prévus mais qui ont aussi un caractère de droit commun, c'est-à-dire qu'ils existent en dehors de toute stipulation². Ce sont des privilèges d'ordre public auxquels l'administration n'a pas le droit de renoncer. Les contrats administratifs présentent des particularismes notamment s'agissant de leur exécution. L'administration dispose en effet d'importantes prérogatives sur son cocontractant. Les conditions dans lesquelles sont exécutés les contrats administratifs dénotent un fort déséquilibre entre les parties, au profit de l'administration.

Toutefois, ce déséquilibre est en partie compensé par la reconnaissance de garanties reconnues aux cocontractants privés de l'administration³. L'administration contractante dispose d'un certain nombre de prérogatives qu'elle peut exercer sur son cocontractant : pouvoir d'exiger l'exécution personnelle du contrat, pouvoir de contrôle et de direction, pouvoir de sanction et pouvoir de modification et de résiliation unilatérale. Ce qui nous intéresse, dans les développements qui vont suivre, ce sont les pouvoirs de contrôle (a) et de sanction (b) dont l'administration est susceptible de faire usage, parfois même en l'absence de dispositions express dans le contrat.⁴

L'administration peut vérifier à tout moment que son cocontractant privé se comporte conformément aux clauses du contrat en ligne. Elle peut ainsi exiger que celui lui fournisse tous les renseignements qui lui permettent d'effectuer ces vérifications. Aussi l'administration peut infliger des sanctions à son cocontractant privé en cas d'inobservation, par celui-ci, des clauses du contrat ou des instructions reçues.

demande. Décret n° 2005-137 du 16 février 2005 pris pour l'application de l'article L. 134-2 du code de la consommation, J.O n° 41, 18 février 2005, p. 2780.

¹ CAPRIOLI (E.A), «les ventes en lignes de plus de 120euros gardées en mémoire», JDN, 1^{er} mars 2005, disponible sur www.journaldunet.com; BERANGER (A.L), «l'e-commerce serein face à la LCEN», JDN, 15mars 2005, disponible à la même adresse.

² Conseil d'État 6 mai 1985 Association Eurolat: AJDA 1985 p. 610

³<http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/fr/Nouveautes/L'%C3%A9change%20%C3%A9l%C3%A9ctronique%20des%20donn%C3%A9es%20juridiques.pdf>

⁴ Si le pouvoir de sanction n'est pas contesté comme faisant partie des «règles générales applicables aux contrats administratifs» (dans la mesure où il englobe le pouvoir de résiliation unilatérale), il n'en est pas de même pour le pouvoir de contrôle qui n'a jamais été consacré comme tel par la jurisprudence. En effet, ce sont les prises de positions d'une partie de la doctrine qui poussent à considérer le pouvoir de contrôle comme existant en dehors de toutes stipulations contractuelles : voir JEZE (G), «les contrats administratifs» paris, Giard, t. II, 1932, p.p. 365-366 ; PEQUIGNOT (G), «Contribution à la théorie générale du contrat administratif», Thèse Montpellier, 1945, p.p. 306-307.

a. Le pouvoir de direction et de contrôle :

Le plus souvent en droit privé, le contractant exécute ses prestations avec une certaine indépendance et une certaine liberté. En droit administratif, on reconnaît à l'administration un droit de contrôle et de direction dans l'exécution du contrat. On considère que l'administration a le pouvoir de vérifier en cours d'exécution que le cocontractant exécute les dispositions du contrat. Il s'agit d'une faculté de surveillance qui peut se traduire par des actes matériels ou des actes juridiques. La jurisprudence considère ce pouvoir comme un pouvoir normal, mais elle l'assortit cependant de limites. Elle a ainsi décidé qu'en matière de concession, l'exercice de cette faculté ne devait pas aboutir à une dénaturation du contrat, à la substitution de l'administration au cocontractant. De même, l'exécution électronique d'une prestation n'empêche pas l'exercice d'un pouvoir de contrôle, que celui-ci soit électronique ou «physique».

Prenons l'exemple d'une prestation de construction de site internet. La personne publique pourra prévoir des modalités lui permettant de suivre la construction du site, via une connexion internet, sur la plate-forme de travail du prestataire. Il s'agit bien alors d'un contrôle effectué, par voie électronique, sur une prestation qui s'exécute, elle aussi, électroniquement. De ce fait, le pouvoir de contrôle peut parfaitement s'exercer dans le cadre d'un contrat électronique, que celui-ci s'exécute de manière électronique ou traditionnelle¹. Là encore, on considère que cette faculté de contrôle est un droit mais aussi une obligation. L'administration doit exercer son contrôle, notamment en matière de transport. Les usagers de transports peuvent demander à l'administration de faire respecter les clauses du contrat de transport².

Le pouvoir de contrôle³ de l'administration appartient à l'Administration même lorsqu'elle n'est pas expressément prévue par le contrat et celle-ci ne saurait y renoncer en vertu des règles applicables aux contrats administratifs. Le CE a estimé que ces pouvoirs (direction, contrôle, résiliation, sanction...) que l'Administration tient des contrats existe même en l'absence de clauses qui les lui confèrent pour qu'ils existent" en vertu règles applicables aux contrats administratifs⁴". L'administration peut vérifier que le cocontractant exécute bien le contrat, lui donner des instructions sur les modalités d'exécution du contrat, même en dehors des prescriptions du marché. Elle peut imposer l'ordre des opérations à accomplir ou l'emploi de certains procédés de réalisation des prestations. Ce pouvoir se manifeste par des ordres de service que le cocontractant est tenu d'exécuter. L'originalité de la règle administrative est plus marquée encore. Les sanctions de droit privé, qui impliquent le recours au juge, se révèlent inadaptées aux exigences de la vie administrative. On a ainsi dégagé un véritable pouvoir administratif de sanction ainsi que des sanctions très spécifiques.

¹ Ibid. p. 358.

² Conseil d'État 21 décembre 1906 Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli.

³ DEBBACH (CH), «droit administratif», op.cit, p. 542.

⁴ Arrêt CE du 02.03.1983 - Union des Transports Publics Urbains Régionaux.

b. Le juge du contrat et son pouvoir de sanction du cocontractant de l'administration

Le pouvoir de sanctionner les manquements du cocontractant à ses obligations contractuelles a été consacré par l'arrêt du Conseil d'Etat Déplanque de 1907, afin d'assurer en toutes circonstances la protection de l'intérêt général¹. Dans le cadre de l'exécution d'un contrat administratif, l'administration détient, notamment en cas de faute du cocontractant comme une négligence, des retards, toute une gamme de sanctions orientées vers l'exécution effective de l'obligation contractuelle. Cette palette de mesures coercitives peut être décidée unilatéralement par l'administration, sans qu'un juge intervienne.

Depuis une jurisprudence traditionnelle de 1970² (le juge refuse même d'être saisi pour faire condamner le cocontractant défaillant. Selon cette décision, "*L'administration tenant des principes généraux applicables en matière de marchés de travaux publics le pouvoir, après mise en demeure, de procéder d'office aux opérations nécessaires pour assurer l'exécution du marché, c'est à bon droit que le juge des référés, qui est compétent pour ordonner toute mesure nécessaire pour assurer la continuité du service public, s'est refusé à se substituer à elle et à user des pouvoirs qu'il tient de l'article 24 de la loi du 22 juillet 1889*").

Enfin, la jurisprudence estime de manière traditionnelle que les pouvoirs de sanction de l'administration existent de plein droit même en l'absence de précision du contrat (CE, 31 mai 1907, Delplanque). En pratique, il n'existe aucun obstacle juridique à l'exercice d'un pouvoir de sanction sur une prestation effectuée en ligne, d'autant que la sanction peut prendre la forme d'une décision individuelle «papier». Sur ce dernier point, il n'y a pas, de besoin de parallélisme des formes entre la décision de sanction et le contrat administratif. Il existe trois types de sanctions :

* Les sanctions pécuniaires : Le cocontractant peut avoir à payer des pénalités, calculées de façon forfaitaire car elles ne font que constater que le retard pris dans l'exécution du contrat. Il doit aussi verser des dommages et intérêts pour réparer le préjudice causé de son fait.

¹ CE, 31 mai 1907, Deplanque, Lebon p.513, concl. J. Romieu Considérant que, par traité en date du 11 novembre 1897, le sieur Deplanque a été déclaré concessionnaire de l'éclairage électrique dans la ville de Nouzon ; que la ville se plaint et qu'il est établi par les pièces du dossier qu'il n'a pas rempli les obligations qui lui étaient imposées par son cahier des charges ; que, notamment, le suivi des lampes a été insuffisant, les appareils mal entretenus, et que les lampes n'ont pas été allumées aux heures réglementaires ; que, si aucune sanction de ces faits n'est expressément prévue au cahier des charges, ils n'en constituent pas moins, de la part de l'entrepreneur, l'inexécution de ses obligations, et sont de nature à motiver l'allocation d'une indemnité à la ville de Nouzon, à raison du préjudice qui en est résulté pour elle ; Considérant que la somme de 1 000 fr., allouée par le conseil de préfecture à la ville de Nouzon est destinée à compenser la privation des avantages que la ville était en droit d'attendre de la complète exécution des clauses du contrat ; que le requérant n'établit pas que cette indemnité était exagérée (rejet).

² CE, 21 juillet 1970, n° 80345, Ministre de l'équipement.

*Les sanctions coercitives: Elles visent à surmonter la défaillance provisoire du cocontractant : mise en régie dans les marchés de travaux, achat par défaut dans les marchés de fourniture, mise sous séquestre dans les concessions¹.

Une entreprise est substituée à l'entrepreneur initial qui supporte cependant les risques de l'opération. La résiliation unilatérale: en cas de faute grave du cocontractant. Cette sanction est impossible dans les concessions car des investissements trop considérables sont en jeu: seul le juge peut prononcer la rupture du contrat de concession. Sauf en matière de pénalités, le prononcé des sanctions, qui doit être motivé, doit être précédé d'une mise en demeure d'exécuter. Si existe des zones d'ombre s'agissant de la forme que peut prendre l'acte de sanction, il peut être admis juridiquement que le pouvoir de sanction s'exerce à l'encontre d'une prestation effectuée en ligne.

§2 - Les obligations contractuelles liées au transfert d'un bien immatériel :

Les contrats ont force de loi pour les parties : les obligations nées d'un contrat s'imposent avec la même force que si elles étaient édictées par une loi. Lors de l'exécution d'un contrat, les parties sont liées entre elles par des obligations contractuelles interdépendantes et réciproques entre elles. Le contrat est de ce fait appelé *synallagmatique*². Par conséquent, si l'une des parties n'exécute pas une de ses obligations essentielles, le principe de l'exception d'inexécution peut être invoqué par l'autre partie comme moyen de pression et de défense, en vue de s'exonérer de l'exécution de ses propres obligations contractuelles ou à contraindre l'autre partie cocontractante à exécuter son obligation. On ne peut refuser d'exécuter une obligation pour manquement à une obligation accessoire. Le régime juridique de l'exécution du contrat administratif comporte d'autres aspects problématiques au regard de l'exécution électronique.

Il est donc légitime de s'interroger sur la pertinence du maintien de la trilogie classique et sur l'opportunité de proposer un renouvellement ou une modernisation de la classification des obligations lors de l'exécution du contrat en ligne (**A**). Le droit des obligations, depuis les Romains, s'est toujours caractérisé par sa très grande stabilité, ce qui explique qu'il soit si difficile de le réformer, même si les désirs sont importants. La question ici posée est de savoir si le bouleversement majeur dans la vie économique, que constitue l'échange électronique de données, a ou non une incidence sur l'exécution du contrat de droit public à distance et l'encadrement juridique qui doit être le sien (**B**).

¹ CE, 17 novembre 1944, Ville d'Avallon, Rec., p. 294 : en dehors des prévisions contractuelles, seul le juge administratif prononce la rupture des contrats de concession ou de ceux qui y sont assimilés en raison des investissements considérables qui sont en jeu.

² Concrètement, dans le cadre d'un contrat engageant deux cocontractants, chacune des deux parties est redevable d'une prestation envers l'autre partie et, à ce titre, l'exécution d'une obligation contractuelle de l'une ne vaut que si l'autre exécute sa propre obligation et ce de manière réciproque. Conformément à l'article 2 du DOC marocain et notamment son alinéa 1 qui dispose : «*Les éléments nécessaires pour la validité des obligations qui dérivent d'une déclaration de volonté sont une capacité de s'obliger*». A titre d'exemples : un vendeur peut refuser de livrer la chose tant que l'acheteur n'a pas payé le prix, un client peut refuser de payer son vendeur s'il n'a pas été livré dans le délai convenu. GUETTIER (CHR), «droit des contrats administratif» op.cit, p. 335.

A) L'exécution forcée du contrat dématérialisée :

S'agissant du droit de rétractation, l'article 36 de la loi n°31-08 relatif à la vente à distance¹, permet au consommateur d'exercer son droit de rétractation dans un délai de sept jours et d'un délai de trente jours si le fournisseur n'honore pas son engagement de confirmer par écrit les informations prévues dans les articles 29 et 32 de ladite loi. Les textes sur le démarchage semblent moins contraignants que ceux relatifs à la vente à distance. En effet, la disposition majeure qui réside dans le droit de rétractation de sept jours n'a pas le même impact sur le contrat. Ce délai commence à courir « à compter de la commande »² pour le démarchage alors qu'en matière de vente à distance ce délai court à compter de la réception du bien ou à compter de l'acceptation de l'offre pour les services³, ce qui fragilise encore plus le contrat mais protège mieux le consommateur. L'opposition classique entre fournisseur et service est beaucoup moins nette lorsque le contrat électronique porte sur des objets immatériels pouvant être transférés en ligne. Le transfert de technologie est caractérisé par des relations contractuelles complexes et différenciées. Le contrat, qui formalise l'action future et les volontés des agents en jeu, est le cadre dans lequel s'insère le transfert de technologie. L'analyse des contrats peut être faite en examinant les clauses restrictives et leur impact sur le développement de la société et du pays d'accueil.

Cette analyse, utile pour déterminer un cadre juridique prohibant ces clauses "abusives" est dans son ensemble très défensive, puisqu'elle ne s'intéresse qu'aux aspects négatifs des clauses, sans observer le transfert de technologie en lui-même⁴. Si le transfert d'un bien peut certes donner lieu à litige, notamment quant à la détermination du moment précis où il intervient, jamais la jurisprudence n'a été saisie de l'exécution d'une obligation classifiée selon l'objet de la prestation du débiteur de donner **(a)** ou de se faire **(b)** de transférer la propriété. Les litiges ne peuvent porter que sur l'exécution d'une prestation ou sur l'accomplissement d'un acte dont le transfert de la propriété sera une conséquence. Un dernier point, pour faire retour à la théorie générale des obligations : est-ce que les règles d'interprétation des contrats devraient être différentes dans le monde immatériel ? A priori non, L'exécution en ligne d'un marché de fourniture adopte, en effet, les mêmes caractéristiques qu'une prestation de services. Le fournisseur a une obligation générale d'information en vertu de laquelle il doit fournir au consommateur tous les renseignements susceptibles de lui permettre de faire un choix rationnel. Dans le cadre de la vente à distance, le consommateur doit recevoir la confirmation desdites informations.

¹ Dahir n°1-11-03 du 14 Rabii I 1432 (18 février 2011), loi 31/08 édictant des mesures de protection du consommateur, B.O n° 5932 du 7 avril 2011, p.347.

² Article 49 de la loi n° 31-08 édictant des mesures de protection du consommateur, Il s'agit du décret n° 2-12-503 promulgué le 11 septembre 2013 pris pour l'application de certaines dispositions de la loi n° 31-08 édictant des mesures de protection du consommateur. Le nouveau décret est publié au Bulletin Officiel n° 6192 du 03 Octobre 2013 en version arabe et au B.O n° 6192 dans l'édition de traduction officielle.

³ Article 39 de la loi n°31-08 édictant des mesures de protection du consommateur, précitée.

⁴ Gonod (P), "Matériaux pour de nouvelles politiques du transfert technologique" in Kahn, 1977

a. Nouveau modèle d'obligation de donné contractuels :

Un bien immatériel est un bien qui n'est pas tangible, c'est-à-dire qui ne peut être touché, contrairement à un bien physique, un objet.¹ L'obligation de donner peut porter sur un corps certain, soit sur une somme d'argent, soit sur une chose autre qu'un corps certain ou une somme d'argent². Le tribunal précisera que faute par le débiteur de signer l'acte, le jugement en tiendra lieu et sera transcrit pour servir à l'acquéreur de titre de propriété. En pratique, il s'agit essentiellement d'un bien immobilier dans lequel un vendeur voudrait rompre après le compromis de vente. S'il s'agit de l'obligation de donner une somme d'argent, l'exécution en nature est toujours possible. Si le débiteur ne paie pas, le créancier peut toujours saisir ses biens, les vendre et se faire payer sur le prix. Le seul obstacle pour le créancier est l'insolvabilité du débiteur. Le contrat électronique de ce fait peut porter aussi bien sur un objet corporel qu'immatériel. Sur ce point, la nature du bien à transférer a non seulement des conséquences sur l'exécution du contrat, mais affecte également sa qualification.

A la différence d'une exécution hors réseau où seule la formation du contrat a lieu par voie électronique, (le contrat électronique est, alors, exécuté de façon traditionnelle par le transfert physique de la chose à l'acheteur), l'exécution en ligne du contrat suppose que le bien puisse être transféré par voie électronique. Or seuls les biens immatériels peuvent être exécutés de cette manière. Contrairement à l'économie des biens matériels et des services³, l'économie numérique responsable des biens immatériels n'a pas besoin de la notion de marchés car le créateur d'un bien est l'unique producteur par la diffusion sur Internet. L'auteur garde toujours un monopole sur ses œuvres. Il n'existe pas non plus de

¹ Les données informatiques (fichiers, enregistrements de base de données, mémoire électronique) comme un morceau de musique, une photo ou un article vu sur écran sont des exemples de biens immatériels. Dans notre monde fortement numérique, les biens immatériels jouent un rôle de plus en plus important dans l'économie. Tout contenu qui peut être enregistré sur l'Internet peut être considéré comme un bien immatériel. Dans le sens commun, un bien immatériel ne doit pas être confondu avec un service, car un bien reste un objet qui est créé, stocké, existe ensuite sans nécessiter d'effort externe et subit éventuellement une destruction tandis qu'un service est un travail, borné dans le temps
https://fr.wikipedia.org/wiki/Bien_immat%C3%A9riel.

² Si elle porte sur un corps certain, il s'agira d'un transfert de propriété et, dans ce cas, elle s'exécute de façon quasi automatique. Cette obligation est parfaite par le seul échange de consentement des parties. Si le contrat contient une clause retardant la transmission, cette clause n'empêchera pas une exécution quasi automatique à l'arrivée du terme. L'obligation de donner emporte de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison. Or, l'obligation de livrer est une obligation de faire. Cette obligation doit s'exécuter en nature. Le créancier a le droit d'être mis par la force en possession de ses biens. Cette règle a pour fondement le respect de la propriété. En matière mobilière, on procédera à une saisie-revendication. L'exécution aura lieu par équivalent si par la faute du débiteur la remise de la chose s'avère impossible. Si l'obligation de donner porte sur autre chose qu'une somme d'argent ou un corps certain, c'est à dire si elle porte sur une chose de genre, s'il en est ainsi, le transfert de propriété n'a lieu qu'une fois la chose individualisée. Si cette individualisation est l'œuvre du créancier, l'exécution en nature ne présentera pas de difficulté. Si l'exécution et l'individualisation dépend du débiteur, l'obligation de donner se double d'une obligation de faire. Mais le créancier a la possibilité de se procurer les marchandises dans le commerce aux frais du débiteurs. Si le débiteur a le devoir de se prêter à la rédaction d'un acte instrumentaire (notarié, par exemple) qui tiendra lieu à l'acquéreur de titre de propriété, et s'il refuse, la pratique a organisé un procédé d'exécution directe.

³ Traité d'Economie Pure, Maurice Allais 1943,1988.

concurrences entre producteurs dans la mesure où un bien est acquis comme prototype irremplaçable. Un prix de vente trop élevé peut annuler l'intention d'achat, mais l'abandon se fait très rarement au profit d'un autre bien immatériel moins cher. Dans un système à prix de vente décroissant¹, l'arbitrage de l'acheteur sur le prix consiste à différer son achat, pour attendre que le bien désiré soit à un prix qu'il juge acceptable, prix pouvant aller vers la gratuité quand le bien passe dans le domaine public. Si effectivement le prix d'un bien immatériel tend vers zéro dans le temps, ce n'est pas par observation des effets d'une libre concurrence qui imposerait une vente au coût marginal (comme dans l'économie classique), de ce fait nul, mais par un choix de modèle d'échange/partage qui soit le plus démocratique possible. Aussi est-il légitime de se demander, à l'instar des juristes de droit privé², si cette catégorie particulière d'œuvres constitue un bien pouvant faire l'objet d'un marché public de fournitures ou si leur exécution en ligne affecte la nature même du contrat qui pourrait être qualifié de prestation de services. Acquérir en ligne la forme numérique d'une œuvre de l'esprit, c'est disposer d'un support électronique représentant celle-ci, sans en posséder les droits qui y sont attachés³. Il a été démontré précédemment que, lorsque le transfert de la propriété est différé, il est toujours l'effet instantané, soit d'un fait de l'une des parties, soit d'une situation objective (arrivée du terme, comme dans l'hypothèse de la fiducie). Il ne constitue jamais l'objet direct et immédiat d'une obligation.

On en veut pour preuve qu'il n'existe pas de contentieux significatif portant exclusivement et directement sur l'exécution d'une obligation de donner, la seule mention d'une telle obligation dans les arrêts, souvent par simple reproduction d'un article du code, étant à l'évidence par elle-même dépourvue de signification. Il faut donc approuver les avant-projets précités qui font silence sur l'obligation de donner. Mérite en revanche d'être traitée par ailleurs la question du transfert de propriété. Le principe du transfert *solo consensu* répond à un choix législatif⁴. D'autres systèmes législatifs, comme celui de l'Allemagne, ont fait un choix différent. Ce choix doit donc être exprimé par une disposition du Code civil, assortie, le cas échéant, de la mention des exceptions.

¹ https://fr.wikipedia.org/wiki/Bien_immat%C3%A9riel#cite_ref-13

² TABAKA (B), «les nouvelles technologies et la consommation : bilan de la conférence», un petit blog sur le e-commerce, 28 avril 2006, accessible sur www.Tabaka.blogspot.com ; NAIMI-CHAR (M), «la formation et l'exécution du contrat électronique », op.cit, p.166.

³ Dahir n° 1-05-192 du 15 moharrem 1427 (14 février 2006) portant promulgation de la loi n° 34-05 modifiant et complétant la loi n° 2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins, B.O n° 5400, 1 safar 1427, (2mars 2006), p.325. Dans ce sens voir : IHRAI (O), «La propriété intellectuelle à l'ère de l'économie numérique», Série Thèses, Université Mohammed V- Souissi, presses de l'institut universitaire de la recherche scientifique, p.273. A cet égard, la tendance européenne est de considérer que les œuvres de l'esprit, protégées par le droit d'auteur, doivent faire l'objet d'une licence en ce qui concerne le droit de reproduction, de communication au public, de mise à la disposition au public et de distribution. Voir les articles 2, 3.1, 3.2,4 et considérant n° 30 de la directive n° 2001/29/CE du parlement européen et du Conseil du 21 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, JOCE, n° L 167, 22 juin 2001, p.10.

⁴ Il fait d'ailleurs périodiquement l'objet de critiques. Pour l'heure, la loi y déroge ponctuellement pour les valeurs mobilières et autres titres figurant sur un compte d'instruments financiers, pour lesquels le transfert de propriété résulte de l'inscription en compte (C. monét. et fin, art. 211-17).

Mais il n'est nul besoin d'une référence à une obligation de donner. Tel est le parti, qui mérite approbation, pris par la Chancellerie dans la dernière version de son avant-projet : « Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou d'un autre droit, le transfert s'opère en principe dès la conclusion du contrat [al.1er]. Toutefois, ce transfert peut être différé par la volonté des parties, une disposition de la loi ou la nature des choses [al. 2] ». Telle est aussi la solution retenue par le Code civil québécois, qui admet comme le Code civil français, le principe du transfert de la propriété solo consensu. Son article 1373 mentionne simplement les obligations de faire et de ne pas faire, alors que l'article 1058 de l'ancien Code civil du Bas-Canada reproduisait la trilogie classique « faire, ne pas faire, donner ¹ ».

Par conséquent, l'exécution en ligne de biens immatériels à, bel et bien, une influence sur la qualification du contrat administratif électronique. La question se pose également s'agissant des biens culturels². Même si le décret des marchés publics ne s'applique pas aux marchés qui ont pour objet l'achat d'œuvres d'art, il convient de se demander si la réception en ligne de la forme numérique d'un bien culturel ne s'apparente pas à la fourniture d'un service ? Par ailleurs, lorsque le contrat électronique porte sur un marché de fournitures, le fournisseur est tenu de délivrer une chose conforme aux stipulations contractuelles.

Les obligations du cocontractant ont, en effet, leur source dans les stipulations du contrat, qu'elles soient contenues dans un document de portée générale que les parties ont intégré à leur contrat ou qu'elles soient propres à celui-ci (cahier des clauses administratives, catalogue électronique, descriptif, bon de commande...). L'obligation de délivrance d'une chose conforme au contrat concerne autant sa qualité que la quantité convenue. En cas de défaut de conformité, outre les mesures coercitives dont elle dispose, l'administration peut demander en justice la condamnation à la mise en conformité, soit par réparation, soit par échange. Le contrat administratif a été au fil de ces dernières décennies très imprégné par l'ère de la dématérialisation. Cependant, plusieurs questions restent aujourd'hui sans réponses faute d'un arsenal juridique complet rassemblant les diverses lois applicables en la matière.

¹ La doctrine québécoise s'interroge pourtant sur la survie latente du concept d'obligation de donner, voir : Didier Lluellas et Benoît Moore, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, n° 86 et suiv. qui, traitant de l'obligation de donner, reprennent l'idée d'une obligation qui « n'aura existé qu'un milliardième de seconde... et encore ! ».

² Définis comme (tout objet qui, pour des raisons religieuses ou profanes, présente une importance au plan historique, artistique ou scientifique), in EVRAT (V.), «Les ventes aux enchères à l'heure de la net économie», *Cahiers Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, n° 108, août-septembre 2000, E, p.26.

b. La notion de résultat intrinsèque aux contrats administratifs en ligne :

**L'obligation de faire ou de ne pas faire :* Les manuels concernant le droit des obligations sont généralement édités dans le cadre de collection réservée au droit privé. Aucune restriction qui permette de conférer au juge judiciaire l'exclusivité du droit des obligations. Le juge administratif s'est donc emparé du droit des obligations en essayant de l'adapter au droit administratif. Bien que l'obligation de résultat puisse trouver un fondement son fondement dans la loi, elle reste à l'origine contenue dans le contrat. L'obligation est le lien de droit qui lie un créancier à un débiteur, ce créancier s'engageant à exécuter une prestation. C'est l'objet de cet engagement qui permet de distinguer entre les obligations de faire, de ne pas faire. Dans le cadre du droit civil : L'obligation de faire s'entend de l'obligation pour le débiteur d'accomplir un fait positif. Il s'agit de la plus large catégorie d'obligations. Elle regroupe l'ensemble des services et s'entend au delà¹. L'obligation de ne pas faire est au contraire l'obligation pour le débiteur de s'abstenir de faire certains actes.

Enfin, l'obligation de donner correspond à l'obligation de transférer un droit réel, notamment la propriété², que ce soit à titre gratuit ou onéreux. Cette classification transversale a pour mérite de venir identifier l'obligation de résultat. Les obligations de ne pas faire, trouvent leur exécution par une abstention. A titre d'exemple lorsque le juge administratif énonce le principe général du droit d'interdiction de licencier une femme enceinte¹. Ce type d'obligation se retrouve dans les contrats de prestations de services formés sur internet.

Bien entendu, la formation, comme l'exécution d'un contrat de prestation de services, peut être réalisé par voie électronique. Les modalités sont prévues par les parties et dépendent des obligations qui leur sont imparties. L'exécution en ligne n'affecte nullement la nature du marché de services². Le jeu de la classification transversale, permet désormais d'énoncer que les obligations de donner et de ne pas faire sont des obligations de résultat. Cette définition semble cependant incomplète. Il faut poursuivre la démarche autour de l'obligation de faire. Tout le débat sur la présence d'une obligation de résultat se cristallise autour de cette obligation. Afin de déterminer les obligations de faire qui peuvent être qualifiées d'obligations de résultat, il est préférable de mettre en place un faisceau d'indices. C'est une méthode intéressante dont l'avantage est de créer une grille de lecture, un prisme au travers duquel il est possible de qualifier l'obligation.

Mettre en place des critères pour identifier une notion n'a rien d'exceptionnel dans le cadre d'un travail de recherche. La finalité est la construction d'un appareil scientifique qui permet une lecture de l'objet étudié. Il n'existe pas de travaux de recherche dont la vocation serait d'établir des critères afin d'identifier une obligation de résultat en droit administratif. Cette démarche doit s'effectuer sous l'angle de la complémentarité entre le

¹ CE, Ass. 8 juin 1973, Dame Peynet, rec. p. 406, concl. Mme Grévisse

² L'obligation de faire s'entend de l'obligation pour le débiteur d'accomplir un fait positif. Il s'agit de la plus large catégorie d'obligations. Elle regroupe l'ensemble des services et s'étend au-delà. L'obligation de ne pas faire est au contraire l'obligation pour le débiteur de s'abstenir de faire certains actes.

droit civil et le droit administratif. L'observation de la jurisprudence démontre qu'il est possible de dégager une série de critères afin d'évoquer une obligation de résultat. Il convient de voir successivement ces différents indicateurs. Ce qui prime c'est l'interprétation de la lettre de l'acte qui contient l'obligation, l'aléa¹, la charge de la preuve et la cause exonératoire².

**La charge de la preuve imputée au créancier³* : C'est un indice qui témoigne de la complémentarité existant entre le droit civil et le droit administratif. Dans le cadre du droit des obligations, une différence est notable, celui de la charge de la preuve. Dans le cadre de l'obligation de moyens, c'est au débiteur de l'obligation d'apporter la preuve qu'il a mis en place tous les moyens nécessaires pour exécuter l'obligation. Dans le cadre de l'obligation de résultat, c'est au créancier de l'obligation d'apporter la preuve que le résultat de l'obligation n'est pas atteint. Dans la plupart des obligations de résultat rappelées par le juge administratif, c'est bien le créancier qu'il soit administré, ou cocontractant qui fournit la preuve que le résultat n'est pas atteint. L'identification d'une obligation de résultat peut donc revêtir un intérêt pratique dans le cadre de la charge de la preuve.

** La cause exonératoire* : Une fois encore la complémentarité entre le droit administratif et le droit civil ne peut être sous estimée. Lorsque le débiteur de l'obligation de résultat voit sa responsabilité engagée suite à l'inexécution de l'obligation, il ne peut s'exonérer de ce lien d'obligation qu'en démontrant un cas de force majeure. Par conséquent, si l'on transpose la notion qu'est l'obligation de résultat, il faut en transposer le mécanisme qui tend à en atténuer les effets. Cela démontre que l'obligation de résultat engendre un rapport d'automaticité quant à l'engagement de la responsabilité. C'est donc l'exonération de la responsabilité qui est recherchée par la cause exonératoire et non la suppression de l'obligation. Cette dernière continue son existence, mais ses effets sont atténués. La dichotomie entre les services immatériels exécutés en ligne et ceux, plus classiques, exécutés en dehors du réseau apportent un début de réponse. Certaines obligations de faire peuvent être des obligations de résultats et d'autres de moyens.

** La preuve du non exécution de l'obligation*: Les habitués des contrats dits informatiques comprendront mieux le problème ainsi posé. Dans les contrats BtoB relatifs à des prestations complexes (hypothèse consubstantielle aux contrats de nouvelles technologies), le client comme le prestataire ont intérêts à clarifier le débat dans le contrat qu'ils s'apprêtent à signer. Si un prestataire de service s'engage à accomplir les prestations à sa charge "*dans le cadre général d'une obligation de moyens*" a titre d'exemple le jugement du TC Nanterre 2 mai 2014 concernant un contrat de licence plus maintenance qui incite à rappeler l'importance du back up des données, surtout

¹ Cass. Civ. 20 mai 1936, S. 1937. I. 321, note Breton, D.P 1936.1.88, note E.P., rapp. Josserand, concl. Mattei.

² Le Calonnec (J), « Le progrès technique et la distinction des obligations de résultat et obligations de moyens », Revue Judiciaire de l'Ouest, 1986, vol. 10, n°2 p. 189.

lorsque une entreprise fait intervenir un prestataire pour la maintenance des applications logicielles qu'elle utilise. Et au passage, celle des clauses limitatives de responsabilité, sujettes à de fréquentes négociations contractuelles. Les faits de l'espèce sont simples et très éclairants, et la solution du tribunal assez logique¹, cela veut dire que si la prestation n'est pas rendue, quelle qu'elle soit, il appartient au client d'apporter la preuve que le prestataire n'a pas fait correctement son travail.

N'oublions pas les hypothèses où la loi règle le problème. C'est le cas par exemple de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique qui stipule dans son article 15 que : «*Toute personne physique ou morale [qui propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services] est responsable de plein droit à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services... Toutefois, elle peut s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable, soit à l'acheteur, soit au fait, imprévisible et insurmontable, d'un tiers étranger à la fourniture des prestations prévues au contrat, soit à un cas de force majeure*». Oui, le commerçant en ligne est tenu par une obligation de résultat à l'égard du consommateur ! Comme il s'agit d'une loi protectrice du consommateur, il n'est pas possible de déroger contractuellement à cette disposition... Ou alors la clause sera "réputée nulle et non écrite"...

Aussi l'article L. 121-20-3 du code de la consommation² est complété par deux alinéas ainsi rédigés : Le professionnel est responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat conclu à distance, que ces obligations soient à exécuter par le professionnel qui a conclu ce contrat ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci. «*Toutefois, il peut s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable, soit au consommateur, soit au fait, imprévisible et insurmontable, d'un tiers au contrat, soit à un cas de force majeure*». Aux termes de la loi, force est d'admettre que nous sommes bien en présence d'une responsabilité objective ou d'une obligation de résultat de source légale à la charge des opérateurs du commerce électronique pour tous les contrats conclus en ligne. Ce faisant, un auteur s'interroge sur les intérêts pratiques attachés à cette responsabilité de plein droit³. Face aux éventuels «déboires» que peut rencontrer un acheteur réalisant un

¹ Le jugement du 2 mai 2014 du Tribunal de commerce de Nanterre concernant un contrat de licence plus maintenance ; consulter sur : <http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&>

² Article L.121-20-3 modifié par loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 - art. 28 , abrogé par loi n°2014-344 du 17 mars 2014 - art. 9 (V). Voir sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle>.

³ BRUGUIERE (J.M), «l'exécution du contrat électronique», in HALLOUIN (J.CI) et CAUSSE (H) (dir), le contrat électronique au cœur du commerce électronique, actes des journées d'études du 18 mars 2004 et du 10 mars 2005 à Poitiers, Tome 10, Paris, LGDJ, coll. Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2005, p. 83.

achat en ligne¹, la loi - en établissant cette responsabilité de plein droit à l'encontre des professionnels du commerce électronique précisément destinée à répondre aux difficultés d'exécution- contribue, mais n'est-ce pas là son objet, à gagner la confiance des usagers du web. En effet, «peu importe l'éventuelle faute du transporteur qui n'a pas respecté le délai annoncé, le consommateur va pouvoir s'adresser à son vendeur pour obtenir satisfaction²». Dans le cadre des marchés publics, les deux parties (administration et titulaire) sont liées par un contrat. Ce marché peut prévoir que tout ou partie des fournitures prévues sont remises par voie électronique. Partant du postulat selon lequel le classement (obligations de moyens et de résultat) qui a cours sur le sujet en droit civil est transposable en droit administratif, cette responsabilité de plein droit des professionnels du commerce électronique devrait jouer en faveur des personnes publiques.

En tout état de cause, on ne voit pas pourquoi il en irait autrement ; ce qui est vérifié en droit civil l'est également en droit administratif. Lorsque le résultat convenu n'est pas atteint, la responsabilité du prestataire est engagée de ce seul fait et indépendamment de toute faute commise. Dans cette hypothèse, la faute est présumée et il n'incombe pas à la personne publique de la démontrer pour engager la responsabilité du prestataire. L'utilisation de l'obligation de résultat en droit administratif n'est donc pas le fruit d'une hybridation entre le droit civil et le droit administratif. Elle n'est pas le résultat d'une convergence vers un socle commun mais une divergence qui partirait d'un socle commun le code civil. Elle est témoin d'une prise de conscience par le juge administratif de l'utilisation des principes posés par le code civil. Il est question de droit des obligations, et non du droit des obligations civiles. La notion pourrait donc être développée par le juge administratif.

B) Une transposition de contrat productif de l'obligation contractuelle confortée par les influences de l'univers électronique :

Le transfert de propriété s'effectue normalement dès la conclusion du contrat à moins que ce transfert soit subordonné à l'exécution d'une condition ou d'un terme. L'acheteur devient immédiatement propriétaire de l'objet du contrat et conséquemment les risques liés à cet objet sont transférés sur sa personne. Le nouveau propriétaire devant immédiatement les assumer. Conformément à l'article 491 du DOC et à une jurisprudence de la cour d'appel de rabat ³ : « *l'acheteur acquiert de plein droit la propriété de la chose vendue, dès que le contrat est parfait par le consentement des parties* »⁴. Et conformément

¹ Il s'agit notamment des retard ou défaut de livraison. Sur ce point, cf. le rapport du forum des droits sur l'internet, premier rapport de l'observatoire de la cyberconsommation, mars 2004.

² BRUGUIERE (J.M), «l'exécution du contrat électronique», op.cit, p.83.

³ Cour d'appel de Rabat, 21 MARS 1951 revue des arrêts de la cour d'appel de Rabat, p. 49, consulter sur : <http://jurismaroc.vraiforum.com/t140-Jurisprudence-datant-du-Protectorat-jusqu-aux-annees-60.htm>

⁴ La vente est le prototype des contrats translatifs de propriété et l'instrument par excellence de transfert de richesses, le transfert de propriété est l'effet essentiel de la vente et il se réalise en principe dès qu'il y a consentement des parties cf. à l'article 488 D.O.C mais par exception les parties sont libre de modifier la date de transfert de propriété ;En pratique c'est à l'occasion de transfert de marchandises d'un lieu à un autre par n'importe quelle voie que le transfert de propriété peut se réaliser ultérieurement (par le biais des incoterms).

à l'article 492 : « Dès que le contrat est parfait¹ l'acheteur peut aliéner la chose vendue, même avant la délivrance, le vendeur peut céder son droit au prix, même avant le paiement, sauf les conventions des parties... ».

Au-delà des exigences juridiques de la loi, l'archivage numérique est soumis, dans la sphère publique, à des obligations générales que seule la pratique quotidienne est à même de révéler. Ainsi, l'administration juridiquement compétente est tenue d'assurer la pérennité des documents numériques produits ou reçus, avec la capacité de les restituer sous une forme exploitable et intelligible (a). La législation relative aux données à caractère personnel et au secret professionnel doit être respectée et des moyens de sécurité physique et organisationnelle doivent être mis en place, d'où l'établissement de procédures d'autorisation, d'habilitation, de contrôle d'accès et de traçabilité des opérations de communication, de migration et d'élimination, sous le contrôle technique et scientifique de l'administration des archives.

La pratique révèle toutefois que l'adaptation de ces règles à l'environnement numérique est nécessaire, ne serait-ce que parce que la notion de dépôt recouvre une réalité physique difficilement transposable à l'identique dans le contexte électronique. Tout est encore assez obscur en la matière et l'intervention du législateur sur ce point sera la bienvenue. Si la mutation des échanges a rendu l'archivage numérique incontournable, celui-ci doit apporter un certain nombre de garanties. Quelles sont les nouveaux défis de ce transfert dans l'ère numérique (b).

a. Le transfert de la chose en ligne, une condition du transfert de propriété :

La notion de propriété est la première fois exposée en droit romain, et s'est vue de tout temps admise au rang de « pilier du droit »². Selon le paragraphe 903 du BGB³, le propriétaire d'une chose peut en disposer librement et exclure les tiers de toute influence sur la chose. Ce droit absolu qu'est la propriété est opposable aux tiers. Or comment le contrat de vente (par exemple) passé entre un vendeur et un acheteur peut-il transférer à ce dernier un droit opposable aux tiers alors que ceux-ci n'ont pas été partis au contrat ? La résolution de ce problème en droit romain est la création de deux opérations juridiques : tout d'abord le contrat, opération entre les deux parties, créant seulement des obligations entre elles, notamment l'obligation pour l'aliénateur de transférer la propriété de la chose et de la livrer à l'acquéreur. Une autre opération, à caractère solennel, distincte du contrat, permet de rendre le transfert de propriété opposable aux tiers. La séparation en deux actes juridiques de l'acquisition d'une chose, s'est dessinée à fur et à mesure de l'évolution juridique. Cela vaut en particulier pour la vente, pour laquelle la forme de la vente au

1 Voir le mémoire pour l'obtention d'un D.E.S en droit privé soutenu par mademoiselle BELAGUIDE Nezha sous le thème «La perfection de la vente en droit civil marocain» FSJES Casablanca année universitaire 1984-1985 cote DES- pr /034. Dans lequel elle estime que la perfection du contrat de vente se fonde sur la réalisation du consentement.

² SERIAUX (A), «Manuel de droit des obligations», Presses universitaires de France, Paris 2006, p. 200.

³ BGB : Bürgerliches Gesetzbuch, " Code civil Allemand ; dans la version publiée le 2 Janvier 2002 (Journal officiel fédéral I, p 42, 2909, 2003 I, p 738), modifiée en dernier lieu par l'article 1 de la loi du 20 Novembre 2015 (I, p. 2018) a été modifié.

comptant était à l'origine la seule connue. «Ce n'était pas un contrat, c'est- à-dire un accord de deux volontés productifs d'obligations réciproques, mais simplement un acte translatif de propriété, mancipation ou tradition»¹ , l'échange d'une chose contre une somme d'argent². Alors de nos jours ; le Vendeur exerce une activité de commerce électronique et propose un service de vente de produits en ligne sur le site Internet.

Au Maroc, le contrat de vente est régi par le Dahir des obligations et des contrats. Le transfert de propriété peut s'effectuer dès l'échange du consentement des parties. Le contrat de vente est défini par l'article 478 du D.O.C: il s'agit d'un "*contrat par lequel l'une des parties transmet la propriété d'une chose ou d'un droit à l'autre contractant contre un prix que ce dernier s'oblige à lui payer.* " L'article 488 précise que la vente est parfaite dès qu'il y a consentement des contractants l'un pour vendre, l'autre pour acheter et qu'ils sont d'accord sur la chose, sur le prix et sur les autres clauses du contrat. Il n'y a pas d'obligation d'avoir un contrat écrit, à part pour certaines ventes spécifiques, comme le contrat de cession de fond de commerce.

La clause de réserve de propriété, pour être valable, doit être contenue dans un écrit et doit être acceptée par l'acheteur au plus tard au moment de la livraison. La vente a connu un très grand développement avec l'apparition des moyens de télécommunication qui se développent chaque jour, ce qui a attiré l'attention des juristes sur le cadre juridique approprié à la vente en ligne.

Les droits internes avaient comme inconvénient la lenteur qu'ils ne sont pas compatibles avec les exigences du commerce international et les attentes de la communauté des acheteurs et vendeurs³. Le Maroc n'est pas partie à la Convention de Vienne régissant la vente internationale de marchandises⁴, quel est alors le droit qui gouverne cette opération ? En fait ce sont les règles du droit international privé qui vont s'appliquer et donc le droit marocain dans les cas où les règles du D.I.P qui vont mener à l'application de ce droit. C'est à ce moment que vont apparaître les prémices de problèmes juridiques et dont les opérateurs doivent en résister. Par ailleurs, les obligations du marché dépendent du contenu du contrat. Le décret des marchés publics énumère les mentions obligatoires qui doivent figurer dans les pièces constitutives du marché, sous peine de nullité, notamment, «les conditions de réception, de livraison ou d'admission des prestations».

¹ SERIAUX (A), «Manuel de droit des obligations», op.cit, p. 294.

² CARBONNIER (J), «Droit civil, Les biens», 19^{ème} édition, Dalloz 2005, p.273

³ L'enjeu est très considérable vu que ce sont des fonds colossaux qui sont mis en jeu et ce sont des relations d'affaires qui ne sont pas recommandées de les détruire.

⁴ Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, 1980 (CVIM). La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM) a pour objet de fournir un régime moderne, uniforme et juste pour les contrats de vente internationale de marchandises. Elle contribue ainsi de manière considérable à la sécurisation des échanges commerciaux et à la réduction du coût des opérations.

En laissant le choix au pouvoir adjudicateur de décider d'y faire ou non référence et précise, au titre des documents particuliers (CCAG¹ et CCTP²), que su le pouvoir adjudicateur décide de faire références aux documents généraux, les documents particuliers comportent, le cas échéant, l'indication des articles des documents généraux auxquels ils dérogent³. Le pouvoir adjudicateur garde alors la possibilité d'exclure du marché certaines clauses figurant dans les documents généraux constitues du CCAG et du CCTG. Les articles aux quelles le marché déroge, devront être spécifiés clairement dans le CCAP et le CCTP. Lorsqu'elles auront été convenues entre les parties, ces modalités devront être scrupuleusement respectées.

En cas de réclamation, il sera plus aisé de déterminer les responsabilités résultant de l'utilisation de produits litigieux. Le transfert de propriété de fournitures est réalisé par l'admission, si la remise à la personne publique est postérieure à l'admission, le titulaire assume dans l'intervalle les obligations du dépositaire. C'est bien l'admission qui opère le transfert de propriété, et non le paiement intégral du prix (sauf accord écrit différent), contrairement à ce qui est souvent avancée. Le transfert de la propriété n'équivaut pas au transfert de la possession. Mais le transfert de la propriété entraine le transfert des risques. Le transfert des risques est le corollaire du transfert de propriété autrement dit les transferts de propriété entraine celle des risques.

b. Effet translatif dans L'ère du numérique: les nouveaux défis

Le transfert des risques est en principe lié au transfert de propriété en sorte que les risques suivent la propriété de la chose, c'est l'application de l'adage latin *resperit domino*⁴. La rigueur de la loi est différente au niveau des choses de genre car le transfert des risques ne s'opère qu'après individualisation. La question de détermination quand est ce qu'il y a transfert des risques est très importante pour le vendeur et l'acheteur car chacun d'eux va essayer de trouver un moyen de se défendre pour ne pas exécuter son obligation, c'est pour cette raison que la loi est intervenue pour déterminer quand est ce qu'il y a transfert des risques et quels sont ses conséquences sur les parties⁵. Pour une meilleur protection de l'acheteur, les aménagements conventionnels peuvent limiter le risque de l'acheteur, c'est

¹ Les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) fixent les dispositions applicables à chaque catégorie de marchés. Dans un marché, l'administration peut si elle le souhaite brider le CCAG en précisant des clauses particulières dans le CCAP (Cahier des Clauses Administratives Particulières).

² Le cahier des clauses techniques particulières est un document contractuel qui rassemble les clauses techniques d'un marché public ; Il est rédigé par l'acheteur et fait partie des pièces constitutives du marché public. Il est intégré au dossier de consultation des entreprises.

³ Ainsi, les CCAG ne sont pas, en, théorie, indispensable à la réalisation du marché, mais il est rare que la personne publique renonce à y recourir. Des dérogations œuvrent y être apportés si elles sont clairement délimitées et précisées par écrit.

⁴ En matière de transfert des risques : L'adage latin qui signifie que le propriétaire de la chose suppose le risque de sa perte, cet adage a été adopté par la législation française en l'intégrant dans son code de commerce sous l'article 100 qui dispose que la marchandise sortie du magasin du vendeur ou de l'expéditeur, voyage s'il n'y a convention contraire, aux risques et périls de celui à qui elle appartient. Mais dès l'échange du consentement sur les éléments essentiels, l'acheteur est propriétaire même si la chose n'est pas encore délivrée. SERIAUX (A), «Manuel de droit des obligations», op.cit, p. 295.

⁵ En se basant sur la règle fondamentale du droit civil qui dispose qu'une obligation sans cause est une obligation non avenue.

l'exemple de la clause de réserve de propriété qui a pour rôle de retarder le transfert de propriété jusqu'au paiement complet par l'acheteur, ainsi vendeur et acheteur supportent les risques de la chose à partir du moment où matériellement ils disposent de la chose.

A cet égard, un marché correctement rédigé mentionne expressément les effets juridiques de la date de livraison et/ou de réception et les conditions de la vérification de l'état des équipements et de leur fonctionnement. Doivent être également décrites des notions fréquemment utilisées en pratique sans toujours faire l'objet d'une définition opposable telles que les périodes probatoires ou d'essai, de validation, de vérification d'aptitude et, bien évidemment, la date de transfert des risques. A défaut de vigilance sur la rédaction de ces dispositions, le contentieux se compliquera inutilement en cas de défaillance technique du matériel pendant les périodes de découverte de l'administration. Juridiquement, la réception définitive s'accompagne du transfert de propriété et des risques. Face aux risques, les entreprises peuvent adopter différentes stratégies de couverture. La première option consiste à conserver l'exposition en l'absence de toute couverture ; ce choix peut être favorisé par l'inexistence ou le coût excessif des solutions de couverture. À l'opposé, la seconde option consiste à transférer tout ou partie des expositions initiales au moyen d'instruments linéaires – swaps et contrats à terme en particulier – combinant simplicité et bonne liquidité.

Ces stratégies peu sophistiquées ne permettent toutefois qu'un choix restreint entre conservation et transfert de tout ou partie du risque. Dès lors, l'acheteur qui devient propriétaire du bien assume aussi les risques en cas de perte ou de détérioration. En cas de mauvaise manipulation, la responsabilité de la personne publique sera engagée si la faute est commise par une personne relevant du service public. Si la faute commise par cette personne est «détachable du service», sa responsabilité personnelle sera impliquée, solidairement avec celle de la personne publique¹. En revanche, à l'inverse des options, ces stratégies ne permettent pas de conserver les expositions aux évolutions favorables des marchés tout en plafonnant le risque de perte. Ce premier ensemble de stratégies de

¹ La CAA de Nantes a jugé que le fournisseur des équipements informatiques livrés à une collectivité publique doit supporter les conséquences dommageables de l'incendie qui détruit ces équipements dans les locaux de la collectivité. Dans cette affaire la ville de Blois avait confié à la société I.C.L. l'exécution de certains lots d'un marché portant sur la fourniture et l'installation de matériels et logiciels informatiques destinés à équiper les services municipaux. Alors qu'une partie des prestations avaient été réalisées et que les équipements avaient commencé à fonctionner, un incendie détruit le serveur central et certains micro-ordinateurs. A la date du sinistre, les équipements faisant l'objet des lots attribués à la société, au nombre desquels figurait le matériel endommagé, n'avaient pas fait l'objet d'une décision d'admission par la collectivité locale, l'installation de l'ensemble du système informatique étant toujours en cours. La cour a considéré que la ville ne saurait être regardée comme ayant eu la garde du matériel déjà utilisé par ses services dans la mesure où l'entreprise, qui disposait de la compétence technique nécessaire et de la connaissance des équipements concernés, n'a apporté notamment aucun élément relatif aux conditions dans lesquelles s'était produit le dommage et susceptible de faire regarder celui-ci comme ayant une cause étrangère à une défectuosité du matériel ou à un défaut d'installation. La cour dégage en conclusion la responsabilité de la commune en se plaçant sur le terrain de la responsabilité extracontractuelle. CAA Nantes, 25 avril 2003, «Société I.C.L.», req. n° 99NT01046, commenté in actualité jurisprudentielle de la cour administratif d'appel de Nantes, n°6, mai 2003, p.7, téléchargeable sur le site de la cour à l'adresse suivante : <http://www.caa-nantes.juradm.fr/caa/nantes/pdf/nantes6.pdf>.

couverture cède donc progressivement le pas à des techniques de gestion plus sophistiquées intégrant des instruments optionnels permettant la sélection et la conservation des seules expositions potentiellement favorables.

Dans le sillage des réformes des normes comptables d'une part, et des règles de gouvernance d'autre part, les entreprises sont amenées à faire état de leur exposition aux différentes catégories de risque selon des exigences renforcées. Par ailleurs, la tendance à l'intensification de la concurrence à l'échelle internationale a également poussé les entreprises à définir les politiques de couverture de leurs risques adaptées au degré de sophistication et de tolérance au risque qui leur est propre...

Si les questions de champ d'application, d'approche et de niveau de technologie doivent être tranchées par chaque pays en fonction de ses propres besoins, le changement culturel indispensable au sein de l'administration publique pose les mêmes défis à tous les pays¹. De fait, ceux qui sont en train de se doter d'une fonction publique peuvent se trouver avantagés dans la mesure où ils peuvent incorporer de nouveaux modèles de gouvernance notamment dans leur système de fonction publique et dans leur système juridique plutôt que de s'efforcer de réinventer des modèles anciens. Ceci dit, les problèmes de gestion importants posés par la fourniture de service intégrés montrent que le brouillage de la ligne de démarcation entre les rôles et les fonctions (du fait des échanges d'informations et du partage des tâches) rend beaucoup plus difficile l'identification des responsabilités au sein de l'administration publique.

Avant d'adopter des modèles de gestion publique très élaborés, les pays devraient s'assurer qu'ils disposent d'un nombre suffisant de gestionnaires du secteur public bien formés. Des modèles de développement pour les partenariats public-privé et le partage des risques, la suppression des cloisonnements ou les dispositions prises pour empêcher leur apparition, et le maintien de la transparence et de la responsabilité sont quelques-uns des problèmes auxquels les gouvernements ont à faire face². Par ailleurs, à mesure que le commerce électronique parvient à maturité, l'administration électronique suit dans son sillage, en s'appuyant sur les technologies éprouvées, la baisse des coûts des micro-circuits intégrés, les infrastructures progressivement mises en place et la nouvelle confiance des consommateurs dans les transactions électroniques. Les pouvoirs publics commencent à mieux comprendre que l'utilisation des TIC apporte une réelle valeur ajoutée; mais la nécessité d'évaluations fondamentales des avantages et des coûts, des risques et des possibilités demeure entière³.

¹ Cf. pour un plus grand développement, MALAURIE (Ph) et AYNES (L), «droit civil, les contrats spéciaux», Paris, éd. Cujas, 1999, p.p. 401et 402.

² GUETTIER (Chr), «droit des contrats administratifs», op.cit, p. 483.

³ HOURCADE (J.-CH), LALOË (F) et SPITZ (E), «Longévité de l'information numérique - les données que nous voulons garder vont-elles s'effacer?», mars 2010, p. 34.

CHAPITRE II : L'intervention du tiers à l'exécution de la commande publique dématérialisée

Le tiers en droit administratif n'existe pas. La doctrine n'a pas établi de synthèse de cette notion ; seules des articles présentant le tiers dans des domaines spécifiques ont été écrits¹. Ainsi, s'il n'existe pas une définition du tiers, il existe des définitions du tiers. De ce point de vue, le tiers en droit administratif se rapproche du tiers en droit civil : il est délicat de réaliser une synthèse globale de la notion, mais il est plus évident d'établir des définitions éparses permettant d'exprimer spécifiquement une situation dans un domaine déterminé. Cependant, s'il est possible de trouver des éléments communs entre le tiers en droit civil et le tiers en droit administratif, la comparaison doit s'arrêter là.

La spécificité du droit administratif est de présenter des relations triangulaires lors de contentieux : l'usager peut demander à une autorité publique déléguant un service public d'imposer le respect de ses obligations à la personne gestionnaire du service ; le candidat à un marché public va contester le contrat conclu entre l'autorité publique et son cocontractant... Dans ces exemples, nous sommes en présence de relations s'établissant entre trois parties différentes, mais ces trois parties en contact au contentieux, ne l'étaient pas avant la formation du litige. Avant la formation du litige, une de ces personnes était « tiers » à la relation formée.

Pour les administrations et pour les entreprises, ce sont aussi bien les dossiers et les fichiers des clients et des fournisseurs que les stocks, la comptabilité, les procédés de fabrication, ou les documents administratifs, qui sont concernés. Funeste erreur ! Un rapport récent de l'Académie des sciences et de l'Académie des technologies vient de révéler que les supports numériques couramment utilisés (disques durs, bandes magnétiques, disques optiques, etc.) ne garantissent pas une conservation au-delà de quelques années, car ils se dégradent rapidement.

En raison de la valeur probante des marchés publics électroniques, le pouvoir adjudicateur est tenu de définir une politique spécifique pour assurer leur restitution. Comment déterminer cette politique ? Quelles sont les bonnes pratiques à respecter en la matière (**Section II**) ? Les documents liés aux marchés publics sont des documents à forte valeur juridique puisqu'ils concernent tous les contrats d'une collectivité. De plus, ils sont très riches en informations puisque, telles les études et autres documents techniques, ils renseignent sur les modalités concrètes de l'action publique. L'archivage portant sur les marchés publics ne peut donc se faire à la légère. Après avoir étudié les règles générales présidant à l'archivage électronique nous aborderons les dispositions propres aux marchés publics dématérialisés (**SECTION I**).

¹ V. pour exemple : J. BENTZ, Le tiers à l'acte administratif, *RPDA* 1958, n° 11, p. 164, n° 12, p.1 ; A. BOCKEL, Sur le rôle de la distinction du tiers et de l'usager dans le droit de la responsabilité publique, *AJDA* 1968, I, p. 437 ; F. MODERNE, La distinction du tiers et de l'usager dans le contentieux des dommages de travaux publics, *CJEG* 1964, chron., p. 154 ; M. UBAUB-BERGERON, Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat, in *Mélanges M. Guibal*, t. 1, Presses de la Faculté de Montpellier, 2006, p. 575.

SECTION I : Mettre en œuvre un projet d'archivage électronique des marchés publics dématérialisés

L'archivage doit faire partie de la politique de maîtrise des risques de l'administration. Ce système est-il envisageable pour les archives publiques¹ et, plus précisément, pour les pièces d'un contrat administratif électronique? Ces opérations ne sont pas sans soulever d'épineuses questions juridiques, relatives à la preuve (§2), au respect de certaines règles de conformité, voire à l'application des règles anglo-saxonnes de l'e-discovery.

Dans le cadre de la dématérialisation des marchés publics, la majeure partie des pièces contractuelles est créée avec des logiciels de bureautique. Dans la pratique, ces pièces sont soumises aux mêmes sauvegardes informatiques que les autres documents électroniques réalisés quotidiennement par les services informatiques. Alors que toute l'attention se focalise sur la remise obligatoire des offres par voie électronique, une phase essentielle de cette transformation numérique semble être oubliée : l'archivage électronique des marchés publics. Même si aucun texte ne l'impose, la mise en œuvre de l'archivage électronique est incontournable, d'une part pour des raisons probatoires et, d'autre part, pour parachever une dématérialisation de bout en bout de la commande publique. C'est un sujet essentiel qui nécessite qu'on lui alloue du temps et un budget spécifique. Cette analyse vise à étudier les spécificités de l'archivage électronique et les bonnes pratiques à respecter pour sa mise en place tout en identifiant les obligations en matière d'archivage électronique des marchés publics (§I).

§1- Les acteurs de l'archivage électronique durant le temps de la durée d'utilité administrative :

Pour les marchés de l'État et de ses établissements publics, les services sont chargés, sous le contrôle des services publics d'archives, de l'archivage électronique des dossiers de marchés. A l'issue de cette DUA, les services publics d'archives prennent en charge l'archivage des documents destinés à être conservés définitivement. Les services qui ne peuvent pas prendre en charge l'archivage peuvent faire appel, sous le contrôle et avec l'autorisation des services publics d'archives, à des sociétés privées d'archivage. Face aux nombreuses questions juridiques qui subsistent lorsque les entreprises entendent faire archiver leurs messages électroniques, utiliser les services d'un tiers prestataire de services nous paraît être une solution intéressante dans la mesure où les informations conservées doivent non seulement pouvoir être restituées ou consultées ultérieurement²,

¹ Article 3 de la loi la loi n° 69-99 relative aux archives, « Les archives publiques sont : - les documents qui procèdent de l'activité de l'Etat, des collectivités locales, des établissements et des entreprises publics, dans l'exercice de leurs activités ; - les documents qui procèdent de l'activité des organismes privés chargés de la gestion d'un service public pour la partie de leurs archives découlant de l'exercice de ce service public ; - les minutes et répertoires des notaires et adouls, les registres de l'état civil et de l'enregistrement. Les archives publiques sont imprescriptibles et inaliénables. Toute personne privée, physique ou morale détentrice d'archives publiques à quelque titre que ce soit, est tenue de les restituer, pour conservation, à l'organisme qui les a produit ou aux «Archives du Maroc» prévu à l'article 26 de la loi la loi n° 69-99 relative aux archives, précitée.

² Article 6 «écrit» de la loi-type de la C.N.U.D.C.I sur le commerce électronique, précitée.

mais encore être conformes à leur contenu et forme initiale. Cela recouvre les caractères de fidélité et de durabilité, à l'image d'un instantané photographique intangible. L'intervention d'une tierce partie contribuera à apporter la confiance quant à la paternité et la véracité des enregistrements informatiques conservés, certes au premier chef pour le compte d'un client contre rémunération, mais aussi au service de l'intérêt général. C'est l'ensemble des personnes (publiques et privées - cocontractants – juge - agents de l'Etat et des organismes sociaux, etc....) affectées par une relation juridique quelconque qui doivent avoir la certitude que le document servant de référence n'a pas été modifié ou altéré depuis sa création, ou à tout le moins, depuis son enregistrement en vue d'une reproduction ou restitution. L'administration a la possibilité alors de confier l'archivage électronique à une entreprise privée **(B)** ? Outre leur obligation de se conformer aux usages et pratiques professionnelles de ce secteur, il apparaît également que ces tiers auront également une obligation de conseil quant aux délais de conservation que leurs clients doivent respecter.

En l'occurrence ils seront censés être les hommes de l'art, des professionnelles ! Ne devraient-ils pas, garantir que les procédures de conservation qu'ils suivent, respectent les obligations légales, et qu'à ce titre, ils prennent un engagement de résultat. En tout état de cause, pour ce qui touche aux comptabilités informatisées, le risque peut facilement être évalué. L'intérêt d'un tel professionnel qui conseil et fournit ses services aux petites et moyennes entreprises est évident : il garantit la conservation des informations et leur sécurités. Mais comme dans n'importe quelle activité de service ou de louage d'ouvrage, le tiers assumera des obligations et des responsabilités. **(A)**

A) Documents numériques: réglementation marocaine et externalisation

Au Maroc, il existe deux textes réglementaires principaux qui régissent la relation des organisations privées et publiques aux archives : la Loi 69-99 relative aux archives et son Décret d'application n° 2-14-267 fixant les conditions et procédures associées¹. Les organisations souhaitent de plus en plus faire appel à des experts pour la maîtrise de leur patrimoine informationnel, car elles ont bien pris conscience que les informations contenues dans leurs archives et leurs documents sont source de productivité si elles sont bien exploitées. Les entreprises et organismes marocains doivent se conformer à la réglementation non pas à cause des dispositions pénales qu'elle prévoit, mais par ce qu'elle apporte d'excellents outils qui leur permettraient d'améliorer leur gestion documentaire, à savoir trouver l'information instantanément (ou ne plus perdre du temps à

¹ La Loi n° 69-99 relative aux archives donne la définition suivante : « Les archives sont l'ensemble des documents, quels que soient leur date, leur forme et leur support matériel » ; cela veut dire en d'autres termes que le document papier et la clef USB comportant des fichiers sur votre bureau sont des archives. Précisément, trois âges définissent les archives : courant, intermédiaire et définitif : 1. Archives courantes : couramment utilisées, 2. Archives intermédiaires : utilisées occasionnellement, 3. Archives définitives : documents qui ne sont plus utilisés par l'organisation, triés et éliminés (cas prévus par la réglementation) et qui sont à conserver sans limitation de durée vu leur intérêt scientifique, historique ou statistique. Dahir n° 1-07-167 du 19 kaada 1428 portant promulgation de la loi n° 69-99 relative aux archives. B.O. n° 5588 du 20 décembre 2007.

la rechercher) et protéger les documents (et donc l'information). Ces outils permettent d'exploiter l'information à plusieurs fins, dont la productivité et l'aide à la décision. L'archivage est une fonction stratégique, d'où l'importance de faire appel à des professionnels du métier.

Dans quels cas recourir à l'externalisation ? Attention « les administrations de l'État, des collectivités territoriales, des établissements et des entreprises publiques, ainsi que les organismes privés chargés de la gestion d'un service public... » Doivent «... les conserver dans leurs propres dépôts... » Faites une étude archivistique et juridique avant de décider d'externaliser les documents physiques. La bonne marche de l'organisation en dépend. L'expérience a montré qu'il est préférable d'opter pour une externalisation totale et locale si l'administration souhaite externaliser la gestion de ses archives. Ainsi, elle ne gardera que l'essentiel dans ses locaux et elle aura à sa disposition une entreprise experte qui prendra soin de ses archives. L'espace alloué aux archives physiques et électroniques est limité, leur croissance quant à elle ne l'est pas. Seule une bonne gestion permettra de les maîtriser et d'accroître la productivité. En principe, le contrat prévoit les fonctions de l'archivage et les obligations du tiers.

A titre simplement illustratif, ce dernier est généralement soumis aux obligations suivantes: disposer d'une capacité de stockage suffisante, assurer la fiabilité du système, garantir l'intégrité des données, permettre la restitution des archives, informer le client du déroulement de la mission confiée, prendre une assurance contre les risques d'archivage, ne communiquer les documents archivés qu'aux destinataires désignés dans le contrat, permettre un accès direct et sécurisé au client. Il s'agira presque toujours d'obligations de moyens, étant entendu que les parties peuvent stipuler des obligations de résultats¹.

A côté de ces obligations contractuelles, le tiers archiveur sera soumis à des obligations légales relatives au contenu des archives. Ainsi sera-t-il tenu de respecter les prescriptions de la loi du 6 janvier 1978 sur la protection des données personnelles. En cas de non respect de ces prescriptions, il sera soumis aux sanctions pénales prévues. Il semble que le tiers archiveur ne pourrait être soumis à une obligation de surveillance des informations archivées. A raisonner dans ce cas par analogie avec la règle de l'article 6, 2° et 3°, de la LCEN². Il en ressort en effet que les professionnels assurant en ligne *«le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des*

¹ Dans le premier cas, la charge de la preuve de l'inexécution reposera sur la tête du client en cas de litige. Par contre, dans l'hypothèse d'obligations de résultats, la faute du tiers archiveur est présumée dès que le résultat attendu n'est pas atteint. Pour s'en décharger, il devra prouver l'absence de faute de sa part.

² LCEN, art. 6, 2 : «Les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible». Selon le 3° du même art., les personnes précédemment visées ne pourront également voir leur responsabilité pénale engagée que dans les mêmes conditions.

destinataires de ces services » ne peuvent être responsable civilement ou pénalement du contenu stocké qu'à certaines conditions strictes. Il faut qu'ils aient eu une connaissance effective du caractère illicite de ces contenus ; ou alors qu'il y ait eu des indices d'illicéité. Leur responsabilité ne pourra non plus être engagée lorsque, « *dès le moment où [ils] en ont cette connaissance, [ils] ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible* ». Cette règle devrait trouver application à l'archivage électronique. Concernant la responsabilité des tiers, il semble important de souligner que la viabilité du système dépendra en grande partie des garanties de fiabilité et de sécurité des systèmes utilisés, d'une part, et financières, d'autre part. Si le droit commun de la responsabilité s'applique (contractuelle et délictuelle), les clients contractants auront intérêt d'étudier soigneusement les obligations que les tiers auront souscrites et les responsabilités qu'ils auront écartées ou limitées.

Pour assurer la sécurité et la confidentialité des informations conservées, il semble probable que les tiers utiliseront des moyens et prestations de cryptologie. Et selon la législation applicable¹, l'usage de ces techniques fera plus ou moins l'objet d'un contrôle imposé par l'Etat. La sanction encourue serait le retrait de l'autorisation en cas de défaillance grave ou de fraude caractérisée. La conservation portera sur l'intégralité des données numériques transmises dans leur format d'origine (d'où la nécessité d'utiliser des standards) ; le tiers établira une liste à la fois séquentielle et chronologique de l'ensemble des flux d'information (entrée et sortie) pour chaque client. Les fonctions exercées emporteront obligation pour le tiers de contracter une assurance couvrant les risques d'exploitation de cette activité nouvelle.

Des obligations naîtront du respect des mesures de sécurité techniques répondant aux besoins de fidélité et de durabilité requis par les différents textes applicables et variables selon les domaines juridiques. Cela entraînera obligation de restituer les données archivées de façon lisible par l'homme et compatible avec le système d'information du client, voire de l'administration. En cas de cessation d'activité, le tiers doit s'engager, à l'image de ce qui existe dans la réglementation marocaine pour les tiers séquestres de clés de chiffrement, à remettre les données numériques à un autre professionnel de l'archivage (ou leurs clients), de sorte que ce dernier puisse continuer les prestations de service. Bien évidemment, ces quelques réflexions ne tiennent pas compte d'éventuelles dimensions internationales².

¹ «Les moyens de cryptographie ont notamment pour objet de garantir la sécurité de l'échange et/ou du stockage de données juridiques par voie électronique, de manière qui permet d'assurer leur confidentialité, leur authentification et le contrôle de leur intégrité. On entend par moyen de cryptographie tout matériel et/ou logiciel conçu(s) ou modifié(s) pour transformer des données, qu'il s'agisse d'informations, de signaux ou de symboles, à l'aide de conventions secrètes ou pour réaliser l'opération inverse, avec ou sans convention secrète. On entend par prestation de cryptographie toute opération visant l'utilisation, pour le compte d'autrui, de moyens de cryptographie». Au Maroc, le régime juridique de la cryptologie établi par l'article 12 de la loi 53-05 relative à l'échange électronique de données juridiques, précitée.

² La loi sur les archives au Maroc, rapport du CMF mena, publié le 18 octobre 2012 : voir sur : <http://fr.slideshare.net/SaidEssoulami/la-loi-sur-les-archives-au-maroc-rapport-du-cmf-mena>

Certaines questions demeurent en suspens. Tel sera le cas en matière probatoire, lors de la mise en jeu de la responsabilité contractuelle : la charge de la preuve, pèsera-t-elle l'archiviste ou son client ? A priori, en sa qualité de maître du système, nous opterons volontiers pour ce soit le tiers archiviste. Quand est-il alors pour les documents administratifs dématérialisés ?

B) La conservation des documents par un tiers archiviste :

Le tiers archiviste est la personne physique ou morale qui se charge pour le compte de tiers, d'assurer et de garantir la conservation et l'intégrité de documents électroniques. Le mot « tiers » pose un problème dans la mesure où la preuve qu'il fournit en cas de litige peut être remis en cause par un juge. Pour le moment le statut légal de cette profession n'est pas défini au Maroc, alors qu'elle l'est dans d'autres pays comme la Belgique. Peut-être verra-t-elle le jour dans les années futures. Pour le moment les sociétés qui proposent des services d'archivage doivent sans cesse investir pour offrir un service qui ne pourra être remis en cause par un juge le jour où un litige apparaîtra. Les administrations peuvent traiter l'archivage électronique en interne ou faire appel à un Tiers Archiviste ? Ce dernier est un tiers hébergeur qui garantit l'application de la politique d'Archivage électronique. Le Tiers archiviste garantit la confidentialité et l'accès sécurisé aux documents.

Lors du processus de conservation électronique des documents, le Tiers archiviste fournit aux utilisateurs l'ensemble du système d'archivage numérique tel que la sécurité (Intégrité, traçabilité, authenticité et non répudiation) et la réglementation juridique (contenu accessible et saisissable comme preuve dans le cadre d'une procédure légale). Outre des dispositions contractuelles trouver dans certains modèles d'accord d'E.D.I.¹, au sujet de la conservation des informations contenues dans des messages électroniques, force est de constater qu'il n'existe aucune règle internationale générale (ou européenne) qui permette d'atteindre un degré d'uniformité acceptable, sauf sans doute, la loi-type de la C.N.U.D.C.I. sur le commerce électronique. Ne fut-ce que parce qu'il pourrait nourrir la réflexion des législateurs, l'article 10 de la loi-type sur le commerce électronique, intitulé «conservation des messages de données», se fonde sur l'intervention de la personne elle-même ou d'une tierce personne².

¹ L'article 8 du modèle européen (TEDIS) propose de fixer à trois ans minimum les délais de conservation des documents, et en outre, qu'il convient aussi de conserver tout les matériels nécessaires à la restitution des messages, (J.O.C.E. n° L 338 du 28 décembre 1994, p.p. 978-979) V. égal: Rapport TEDIS destiné à la Commission européenne sur l'authentification, la conservation et l'utilisation des codes dans les messages E.D.I, publié en 1994. Le modèle international des Nations Unies (WP.4), article 5, s'il fournit des indications sur les procédures à respecter, ne dit mot sur les délais ; les parties doivent préciser les aspects de la conservation dans leur annexe technique, v. Recommandation n° 26 adoptée par le groupe de travail de la facilitation des procédures du commerce international, Genève, mars 1996, ECE/TRADE/208, TRADE/WP.4/R.1133/Rev.1 (Edition 96.1).. Caprioli (E.A) et Sorieul (R), «Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales», art. préc, p.362-363.

² Article 10 de la loi-type sur le commerce électronique: «1. Lorsqu'une règle de droit exige que certains documents, enregistrements ou informations soient conservés, cette exigence est satisfaite si ce sont des messages de données qui sont conservés, sous réserve des conditions suivantes : a) L'information que contient le message de données doit être accessible pour être consultée ultérieurement; b) Le message de

Alors que la nouvelle loi du 15 juillet 2008¹ permet de faire appel à l'externalisation à un tiers archiveur uniquement pour les archives qui n'ont pas encore fait l'objet d'un tri, soit les archives courantes et intermédiaires. Cette démarche nécessite cependant la compétence d'un professionnel pour le cahier des charges et le suivi du travail des prestataires. Cependant les personnes privées amenées à gérer des archives publiques doivent au préalable être agréées par l'administration des archives. La collectivité qui souhaite recourir à un prestataire privé doit en faire la déclaration auprès des archives départementales et conclure avec la société privée un contrat de dépôt dont les clauses minimales sont imposées dans l'article 5 de la nouvelle loi². La plupart des pays démocratiques ne se sont pas dotés de lois imposant la transparence du travail administratif³.

En somme, concernant les pièces des marchés publics dématérialisés, le pouvoir réglementaire considère que, pour les marchés de l'Etat et les services de l'Etat, l'administration est chargée elle-même, sous le contrôle des services publics d'archives, de l'archivage électronique des dossiers de marchés durant le temps de la DUA ; puis à l'issue de cette DUA, pour les documents destinés à être conservés définitivement, ce sont les services publics d'archives qui prennent en charge cet archive. Cependant, durant la période de la DUA, les services, qui ne pourraient pas prendre en charge cet archive, peuvent faire appel, sous le contrôle et avec l'autorisation des services publics d'archives, à des sociétés privées d'archivage⁴. Au regard de ces éléments, étudier les contours juridiques de l'intervention d'un tiers archiveur ne paraît pas anachronique, au contraire, le recours à de tels prestataires de services semble naturel. Ce tiers détiendrait, en quelque sorte, une parcelle de la mémoire collective.

Constatant que les incertitudes mises en exergue lorsque naissent de nouvelles institutions juridiques, peuvent toujours être précisées par les méthodes classiques : interprétative, conventionnelle (usages, pratiques et contrats) et législative (et réglementaire). Alors

données doit être conservé sous la forme sous laquelle il a été créé, envoyé ou reçu, ou sous une forme dont il peut être démontré qu'elle représente avec précision les informations créées, envoyées ou reçues; c) Les informations qui permettent de déterminer l'origine et la destination du message de données, ainsi que les indications de date et d'heure de l'envoi ou de la réception, doivent être conservées si elles existent. 2. L'obligation de conserver des documents, enregistrements ou informations conformément au paragraphe 1 ci-dessus ne s'étend pas aux informations qui n'ont d'autre objet que de permettre l'envoi ou la réception du message de données. 3. L'exigence visée au paragraphe 1 peut être satisfaite par recours aux services d'une autre personne, sous réserve que soient remplies les conditions fixées aux alinéas a, b et c de ce paragraphe.

¹ Loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives, Version consolidée au 27 février 2016. Voir sur <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019198529>

² «Le dépôt fait l'objet d'un contrat qui prévoit les conditions de sécurité et de conservation des documents déposés, ainsi que les modalités de leur communication et de leur accès, du contrôle de ces documents par l'administration des archives et de leur restitution au déposant à l'issue du contrat». Loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives, précitée.

³ Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, version consolidée au 27 février 2016. Voir sur <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?>

⁴ Circulaire du 2 novembre 2001 relative à la gestion des archives dans les services et établissements publics de l'Etat, JORF n°256 du 4 novembre 2001 p. 17359.

pourquoi, lorsque l'on aborde la question des incertitudes du droit, ne pourrait-on y voir une invitation à nous replonger à ses sources, fût-ce aux fins de les enrichir ? Car les sources juridiques, sans cesse renouvelées par les pratiques et l'introduction légale des évolutions sociétales, servent de fondement à la théorie générale du droit. *"Notre droit actuel est un curieux mélange des institutions juridiques de l'ancien droit et de celles qui ont été exigées par un régime nouveau. C'est une œuvre de conciliation."*¹ Dans le nouveau contexte de l'archivage, comme vraisemblablement dans d'autres, cette citation du M. Ripert reste de mise ! Le droit se doit d'appréhender la réalité, fût-elle virtuelle, afin de la régir, autant que faire se peut, avec justesse et sagesse. Relever ce déficit lancé par les technologies de l'information est d'autant plus capital que la question de l'archivage des documents électroniques n'est pas sans rapport avec leur communication. La préoccupation des archivistes n'est-elle pas de permettre la communication des données et leur restitution exacte ? Il conviendra alors de tirer toutes les leçons fournis par une expérimentation prudente mais volontaire. Il semble plutôt que - comme dans d'autres domaines - la réponse soit donnée sous différentes formes.

§2- l'importance de la gestion des enregistrements électronique des documents des marchés publics.

L'archivage électronique est au cœur de la stratégie marocaine pour le développement de l'économie numérique à travers le plan Maroc Numeric 2013. La dématérialisation des documents introduit une dimension nouvelle dans la gestion des personnes morales en favorisant la communication, le classement et la recherche d'informations. Lorsque l'on envisage uniquement la problématique de l'archivage des messages et autres données électroniques², force est de constater l'existence de plusieurs niveaux de difficultés. Comment conserver des données informatisées tenant lieu de documents à valeur juridique, lesquels restent soumis, ne l'oublions pas, à des règles formulées le plus souvent pour l'archivage sur des supports papier ? L'archivage ne correspond-il pas à l'idée de pérennité de l'information avec la possibilité de la restituer intacte ? L'archivage répond aux règles fondamentales de l'archivistique, qui restent applicables pour l'archivage électronique des documents³. L'archivage électronique recouvre les mêmes fonctions appliquées aux documents sous forme numérique. Il ne doit pas être confondu

¹ RIPERT (G), «aspect juridiques du capitalisme moderne», Paris, L.G.D.J., 2^{ème} éd, 1951, (réédition de 1992), p. 336, n° 149. Sur la notion d'institution juridique : Jean-Louis Bergel, Théorie générale du droit, Paris, Dalloz, 1985, n° 164 et 165.

² Dahir n° 1-07-167 du 19 kaada 1428 portant promulgation de la loi n° 69-99 relative aux archives. (B.O. n° 5588 du 20 décembre 2007).p 1726.

³ Selon les fondamentaux de l'archivistique, les fonctions de l'archivage électronique se résument à : •Sélectionner, identifier et préparer les documents qui constituent les archives ; • Conditionner et verser les informations descriptives et les documents dans le Système d'Archivage Électronique ; • Assurer la pérennité, l'intégrité et la conservation sur les périodes requises et donc « gérer » les archives, c'est-à-dire organiser leur enregistrement, leur classement, mettre en œuvre les dispositions de sécurisation, les prendre en charge, contrôler leurs accès ; • Communiquer les archives, les restituer et les détruire en fin de durée de conservation.

avec le stockage ou la sauvegarde¹, du fait de son caractère pérenne et juridique². Si l'on part du postulat selon lequel les messages électroniques comportent des signatures numériques. Et par conséquent, des certificats d'identification émis par des autorités de certification³, l'archivage aura pour objet cet ensemble, ne fut-ce qu'à des fins probatoires. Ces actes juridiques électroniques servent en outre de pièces et les législations prescrivent aux administrations la conservation de toutes sortes de documents, parfois sans limitation de durée. Pourquoi dans ce cadre faire intervenir des tiers de prestataire de services ? Est-on en droit d'attendre qu'ils fournissent des garanties de sécurité et de confiance nécessaires à l'archivage ?

Le droit doit s'adapter aux nouvelles réalités sociales, quand bien même des données seraient immatérielles (informations, créations d'œuvres...) ? Cela encore plus de relief lorsque parfois l'on est conduit à découvrir de nouvelles institutions juridiques⁴. La législation fixe comme seule condition de l'archivage légal l'intégrité du document archivé. Un aspect primordial du cycle de vie du contrat électronique n'a pas encore été appréhendé (A), de la sorte, les caractéristiques de l'archivage électronique ont donné lieu d'abord à l'établissement des enjeux d'une législation annoncée ensuite de la possibilité de la mise en place d'un système d'archivage des documents numériques (B).

A) L'archivage numérique dans la sphère publique : les enjeux d'une législation annoncée

Sur ce point, les avancées technologiques soulèvent de nombreuses questions, de la technicisation du métier d'archiviste à la démocratisation du rapport aux archives. La plus préoccupante d'entre toutes est celle des archives électroniques. À l'ère du papier, il était déjà difficile de préserver les archives et de conserver la mémoire collective. Avec l'informatisation générale, la diffusion des données par Internet et la dématérialisation des procédures publiques, le risque de perte d'informations vitales existe bel et bien. La reconnaissance de la valeur juridique de l'écrit électronique et l'évolution vers l'administration numérique ont engagé un mouvement numérique à marche forcée qui rend aujourd'hui impérieux pour l'administration le transfert des informations numériques qu'elle produit vers des outils d'archivage électronique.

¹ • Le stockage est l'enregistrement de données sur un support informatique en vue d'une utilisation courante ou immédiate ; • La sauvegarde est une copie de données d'un support sur un autre pour permettre la restauration de celles-ci à un état antérieur, en cas de panne matérielle ou logicielle.

² CAPRIOLI (E), «L'archivage électronique», JCP éd. G, n°38, 2009.

³ PARISIEN (S) et TRUDEL (P), avec la collaboration de Véronique Wattiez-Larose, l'identification et la certification dans le commerce électronique, Québec, éd. Yvon Blais, 1996, CAPRIOLI (E.A), Sécurité et confiance dans le commerce électronique (signature numérique et autorité de certification, J.C.P. 1998, éd. G, I, 123.

⁴ La seule exception étant les dispositions du code général des impôts et leurs textes d'application concernant un domaine très spécifique : les factures transmises par voie électronique (art 289 du CGI, décret n° 2003-659 du 18 juillet 2003, instruction de la DGI du 7 août 2003.). Plus généralement, dans sa recommandation sur la conservation des documents électroniques du 1^{er} décembre 2005, le forum des droits sur l'internet observe que si les textes juridiques concernant l'écrit électronique font de la conservation du document électronique l'une des conditions essentielles de sa valeur juridique, aucun n'évoque les modalités légales de cette conservation.

L'archivage de documents sous forme électronique est une obligation afin de se prévaloir d'une équivalence entre le support papier et la forme électronique de l'écrit¹. L'archivage électronique, lorsqu'il respecte les dispositions de la norme apporte donc des garanties qui peuvent être utilisées dans le cadre d'un contentieux pour démontrer la valeur probante d'un document. Autre obstacle et de loin le plus important, c'est celui lié aux choix de l'utilisateur. Certains appels d'offres lancés par des entreprises et adjugés entraînent encore sans motifs. A l'instar de ce qui s'est passé dans les administrations marocaines lors de l'introduction de l'outil informatique au début des années 2000, les mentalités et l'aversion au changement bloquent la généralisation de la solution d'archivage électronique². Diverses initiatives ont été prises au niveau national et international pour répondre aux besoins. A préalables et à défaut de texte précis, il est apparu utile d'indiquer ici les grandes fonctionnalités du service d'archivage électronique (a) avant de mettre l'accent sur la planification de la pérennisation en la matière (b).

a. Les grandes fonctionnalités du service d'archivage électronique³ :

Une réflexion sur le cycle de vie du document implique de s'attarder sur toutes les étapes de sa vie à savoir : création pré archivage; conservation ou destruction .L'archivage électronique n'échappe pas à cette démarche. La mise en place d'un système d'archivage électronique repose sur plusieurs concepts :

* *Le versement* : Les opérations de versement sont spécifiées au sein d'un protocole de versement. Des intervalles de temps significatifs peuvent séparer ces opérations de versement. Une opération de versement peut se traduire par la livraison d'un ensemble de supports ou par une télétransmission unique le contenu de l'opération est basé sur un modèle de données négocié entre le producteur et le service d'archive dans le protocole de versement. Ce modèle de données identifie les composants logiques du système d'informations électronique (par exemple le contenu d'information, le PDF, l'information d'emballage, l'information de description) à fournir et comment ils sont représentés dans chaque opération de versement où ils figurent. Une fois préparés pour l'archivage selon des règles de gestion bien définies, les documents et leurs métadonnées sont intégrés dans le système d'archivage. Les documents numériques peuvent être livrés par transfert électronique par exemple FTP, chargés à partir de supports versés aux archives ou directement installés (exemple : CDROM). Cette fonction peut constituer un transfert légal de propriété du contenu d'information du document et peut nécessiter d'effectuer des contrôles d'accès spéciaux sur les contenus. Elle fournit un accusé de réception vers le

¹ En effet selon les termes de l'article 417-1 du D.O.C "L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité". Cet article énonce donc clairement deux conditions : la personne dont émane l'écrit sous forme électronique doit pouvoir être dûment identifiée, l'écrit sous forme électronique doit être établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.

² Écrit par ZAKARIA LAHRACH, 11 juillet 2012, consulter sur : <http://lavieeco.com/news/econo>

³ Direction des archives de France, «l'archivage électronique», Stage technique international des archives 2009.

producteur. Accusé qui peut inclure une demande de reversement de document en cas d'erreur intervenue lors du versement initial. Des contrôles de redondance sont associés à chaque fichiers de données ou encore l'utilisation de journaux de bord pour enregistrer et identifier tout transfert de fichier ou toute erreur de lecture / écriture du support.

* Stockage et conservation¹: Deux fonctions distinctes ; le stockage consiste a recevoir un fichier et a le restituer dans le même état, sans perte de données ; la conservation consiste a maintenir les données exploitables et intelligibles. L'objectif de ces processus est de garantir l'intégrité et la lisibilité dans le temps du document et de ses métadonnées et d'assurer un stockage, une maintenance et une récupération. Un dispositif de sécurité doit prévoir la réalisation de sauvegarde et la duplication éventuelle sur un site de secours distant. La réalisation systématique d'une copie de secours est souhaitable sur des supports off-line. Toute opération de migration est tracée dans le système. Le stockage comprend notamment : la réception des informations électroniques en provenance de l'Entité « Entrées » et leur insertion dans l'espace de stockage permanent, la gestion de la hiérarchie du stockage, le renouvellement des supports sur lesquels les fonds d'Archive sont stockés, les contrôles d'erreurs spécifiques et de routine, la fourniture des moyens de sauvegarde et la mise en œuvre des plans de reprise d'activité, et la transmission des informations électroniques à l'Entité «Accès» en réponse aux commandes.

* *La gestion de données*: Cette entité assure les fonctions et services relatifs à l'enrichissement, la conservation et l'accès à l'Information de description (qui identifie et documente les fonds de l'Archive) et aux données administratives utilisées pour gérer l'Archive. Les fonctions de l'Entité « Gestion de données » comprennent : l'administration des fonctions de la base de données de l'Archive (conserver et tenir à jour les schémas, les définitions de vues et l'intégrité référentielle), les mises à jour de la base de données (chargement de nouvelles Informations de description ou de nouvelles données administratives de l'Archive), la recherche d'éléments de l'Entité «Gestion de données» pour générer des jeux de résultats, et la production de rapports à partir de ces résultats. Quant à l'administration ; cette entité assure les fonctions et services relatifs à l'exploitation d'ensemble du système d'archivage. Les fonctions de l'Entité «Administration » incluent : la proposition et la négociation des Protocoles de versement avec les Producteurs, la vérification des versements pour s'assurer de leur conformité aux normes d'archivage ainsi que la gestion de la configuration du matériel et des logiciels du système. Elle fournit aussi les moyens techniques pour contrôler et améliorer l'exploitation de l'Archive, ainsi que pour inventorier, rendre compte et migrer/mettre à jour les contenus de l'Archive. Elle est également responsable de l'établissement et du maintien des normes et règles applicables à l'Archive, de l'aide à l'utilisateur et de l'activation des requêtes enregistrées².

¹ Direction des archives de France, «l'archivage électronique», Stage technique international des archives 2009. <http://www.archivesdefrance.culture.gouv.fr/static/2997>

² <http://www.archivesdefrance.culture.gouv.fr/static/2997>

b. La planification de la pérennisation :

La planification de la pérennisation assure les fonctions et services relatifs à la surveillance de l'environnement de document électronique et à la production de recommandations visant à ce que les informations stockées restent accessibles sur le long terme à la communauté d'utilisateurs cible, même si l'environnement informatique d'origine devient obsolète. Les fonctions de l'entité «planification de la pérennisation» incluent l'évaluation du contenu de l'archive et la recommandation périodique de mises à jour de l'information archivée pour migrer les fonds courants, le développement de recommandations dans le domaine des normes et règles d'archivage, ainsi que la surveillance des évolutions à la fois de l'environnement technologique et des exigences de service de la communauté d'utilisateurs cible, et enfin de sa base de connaissance.

Cette entité conçoit aussi des modèles de paquets d'informations et accompagne la conception et la validation de ces modèles, pour les adapter à des versements spécifiques. L'entité «planification de la pérennisation» développe aussi des plans détaillés de migration, des prototypes de logiciels et des plans de test pour répondre aux objectifs de migration de l'entité «Administration¹». Les services de sécurité fournissent des moyens et des mécanismes de protection de l'information sensible, et des traitements dans le système d'information. Le niveau de protection approprié se base sur la valeur des informations pour les utilisateurs finaux de l'application et sur la perception des risques. Au nombre de ces services :

- Le service d'identification/authentification confirme l'identité des personnes qui demandent à utiliser les ressources du système d'information. L'authentification peut également s'appliquer aux fournisseurs de données. Le service d'authentification peut intervenir au début ou au cours d'une session.
- Le service de contrôle d'accès empêche l'usage non autorisé des ressources du système d'information. Ce service empêche également que des ressources soient utilisées de manière non autorisée. Il peut être appliqué à différents aspects de l'accès à une ressource (par exemple accès aux communications avec la ressource, accès en lecture, droit d'écriture ou de suppression d'une ressource d'information/de données, exécution d'une ressource de traitement) ou à tous les accès à une ressource.
- Le service d'intégrité des données s'assure que les données ne sont pas modifiées ou détruites sans autorisation. Ce service s'applique aux données figurant dans des espaces permanents de stockage et aux données présentes dans des messages de communication.
- Le service de confidentialité des données s'assure que les données ne sont pas mises à la disposition ou communiquées à des personnes ou des traitements informatiques non autorisés. Ce service est appliqué aux périphériques qui permettent une interaction entre

¹ <http://www.archivesdefrance.culture.gouv.fr/static/2997>

l'homme et le système d'information. En outre, ce service rend impossible tout espionnage des modalités d'utilisation des ressources de communication¹.

- Le service de non-répudiation s'assure que les entités qui s'engagent dans un échange d'information ne peuvent pas contester leur implication². Ce service peut revêtir l'une des deux formes suivantes ou les deux : premièrement, le destinataire des données reçoit une preuve de l'origine des données, ce qui prévient toute tentative de la part de l'expéditeur de nier avoir transmis les données ou leur contenu ; deuxièmement, l'expéditeur des données reçoit une preuve de la livraison des données, ce qui prévient toute tentative ultérieure de la part du destinataire de nier avoir reçu les données ou leur contenu. Le module de recherche permet d'identifier les documents. En fonction du stockage des documents, la consultation pourra se faire immédiatement (consultation on-line) ou de manière différente (stockage off-line). La consultation est soumise aux contrôles d'accès définis. Les accès aux documents sont tracés dans le système.

A la fin de la période de conservation définie, après une étape de contrôle et de validation de la liste des documents sont effacés de manière irréversible de façon à rendre impossible la restauration. Les supports off-line sont physiquement détruits, ainsi un certificat de destruction est émis. Il y a deux types de destruction possibles: Effacement complet des documents et métadonnées ; Effacement des documents mais certaines métadonnées sont conservées. Dans tous les cas, toute opération de destruction est tracée dans le système.

B) La mise en place d'un système d'archivage des documents numériques :

L'archivage numérique/électronique est devenu alors un véritable enjeu pour les directions des systèmes d'information. Il s'inscrit dans une gestion "efficiente" de la gestion des données numériques par la prise en compte du cycle de vie de l'information ainsi que de la conservation pérenne des données à forte valeur juridique, stratégique et/ou patrimoniale qui sont souvent la seule trace de l'activité de l'administration³. Leur perte constituerait à la fois un risque juridique et un risque majeur pour la continuité des activités. La notion d'«archivage électronique» renvoie par conséquent à celle de «gouvernance des données numériques». Les données numériques sont par nature très vulnérables pour deux raisons principales : d'une part, elles sont facilement manipulables et falsifiables. Il y a également des difficultés à identifier la version validée d'un document et à avoir accès à l'information pertinente, nécessaire à la prise de décision. D'autre part, le support et le contenu de l'information ne sont plus indissociables, ce qui entraîne des conséquences majeures. En effet, l'affichage d'une information numérique est le résultat d'une harmonie entre systèmes logiciels, systèmes matériels, systèmes d'exploitation et périphériques. Ils sont tous soumis à des rythmes différents et de plus en plus rapides qui entraînent un risque d'obsolescence technologique.

¹ CAPRIOLI (E), «L'archivage électronique», op.cit, p.38.

²<http://www.archivesdefrance.culture.gouv.fr/static/2997>

³ AÏQ.R Hicham « Comment fonctionne l'archivage électronique », voir sur : <http://www.leconomiste.com/article/comment-fonctionne-larchivage-electronique#sthash.tUg80M3F.dpuf>

Des stratégies de pérennisation, étayées par les nombreuses normes existantes dans le domaine, doivent par conséquent être anticipées et mises en œuvre, dès lors que les durées de conservation sont supérieures à un délai de 10 ans. Les dispositions de la loi relatives aux archives s'appliquent aux documents que ce soit leur support matériel donc y compris aux documents électroniques.

Deux questions sont fréquemment soulevées lorsque l'archivage de documents électroniques : qu'en est-il de la fiabilité des documents archivés ? Quid de la pérennité du contenu de ces documents ? La fiabilité des documents archivés quel que soit leur support réside dans la confiance accordée à la personne publique. Aujourd'hui, il est considéré que l'exemplaire papier du marché qui fait foi est celui signé manuellement et détenu par la personne publique. Ces différentes opérations ne remettent pas en cause à terme la valeur probante de ces documents électroniques issus des marchés publics, il convient de rappeler quels sont les concepts généraux de l'archivage de ce type de document, leur durée¹ (a), Ainsi que les délais de conservation des dossiers de marchés publics dématérialisés (b).

a. Les concepts généraux de l'archivage de document électronique :

La loi sur les Archives au Maroc qui procèdent des activités des administrations, loi qui s'applique quel que soit le support matériel des documents considérés. Résultats escomptés par les deux derniers paragraphes de l'article premier, la loi décline les objectifs à réaliser. Le deuxième paragraphe a posé le principe qui guide la constitution de ces archives, à savoir la mise en place de modalités de conservation pour la réalisation d'actions, se rapportant à la garantie des droits des partis, la mise en place des outils de recherche et la sauvegarde du patrimoine. Le troisième paragraphe est consacré à l'authenticité et la fiabilité des documents. Pour cela, la conservation de ces documents doit se faire dans le respect de leur intégrité. Les fonctionnaires se doivent de veiller à ce que les documents ne subissent aucune altération volontaire ou accidentelle de son contenu au cours de leur utilisation²

Un document électronique est une donnée numérique indissociable des équipements logiciels et matériels capables de l'interpréter et de la rendre intelligible. Il en découle que la préservation d'un document électronique ne peut se résumer à sa préservation en tant qu'objet physique entreposé (en d'autres termes, elle ne peut se contenter d'assurer l'intégrité, bit pour bit, de la donnée numérique, en raison de l'obsolescence rapide des matériels, logiciels et périphériques (compris entre 5 et 10ans): il faut plutôt préserver la capacité de rendre la donnée intelligible. La tâche consiste par conséquent à déterminer les règles qui, d'une part, vont permettre d'évaluer l'authenticité des documents électroniques au moment de leur versement aux archives, et, d'autre part, d'assurer l'authenticité des copies des documents dont les archivistes ont la garde en mettant en place un système

¹<http://www.leconoiste.com/article/comment-fonctionne-larchivage-electronique#sthash.tUg80M3F>.

² La loi sur les archives au Maroc, rapport du CMF mena, publié le 18 octobre 2012 : voir sur : <http://fr.slideshare.net/SaidEssoulami/la-loi-sur-les-archives-au-maroc-rapport-du-cmf-mena>

d'information fiable intégrant les procédures de description des documents produits ou reçus par une institution.

L'archivage de l'intégralité des pièces justificatives dématérialisées relatives à la passation des marchés respecte les durées de droit commun d'archivage relatives aux mêmes documents «papier». Les données numérisées de l'achat public doivent être conservées aussi longtemps que les documents «classiques». Elles doivent demeurer exploitables et pouvoir faire l'objet d'un traitement informatique, notamment à la demande d'une juridiction financière. Le cas échéant, ces données, une fois les délais d'utilité administrative échus, devront pouvoir être versées sous une forme lisible au service d'archives territorialement compétent si le sort final est la conservation comme archive définitives¹.

Dès lors pour la phase de publicité, la durée d'utilité des documents est la même quelle que soit la nature du marché, mais devrait dépendre de l'issue de la consultation (procédures fructueuse ou infructueuse). Alors quand à la phase de passation du marché, ensuite, entendant par «pièces constitutives» du marché les pièces contractuelles énumérées et définies à l'article 13 du décret du 20 mars 2013.

En l'espèce, la durée d'utilité administrative de ces documents dépend de la nature du marché. La règle applicable à toutes les pièces constitutives est celle du tri. En d'autres termes, il convient de trier les documents au terme de la DUA, selon les modalités et indications définies par l'établissement public dénommé "archives du Maroc" qui bénéficie d'une personnalité morale et de l'autonomie financière et qui est chargé, entre autres, d'assurer la conservation et la gestion des archives publiques à des fins administratives, scientifiques, sociales ou culturelles (Art. 27)².

À défaut de réglementation propre à l'archivage numérique, s'applique pour l'instant le régime général des archives publiques. L'identification d'une archive publique proprement numérique suppose donc d'identifier des critères de définition des archives publiques sur support « papier ». Malgré la particularité du support numérique, ce sont bien les obligations juridiques applicables au papier qui sont mises en œuvre. Comme pour l'archivage sur support en papier, les « trois âges » identifiés dans le parcours des archives publiques se retrouvent ici : l'archivage électronique peut être courant³, intermédiaire⁴ ou définitif⁵.

¹ CAPRIOLI (E), «L'archivage électronique», op.cit, p. 16.

² Article 27 de la loi n° 66-99 relative aux archives, précitée.

³ Les archives courantes sont les documents utilisés pour le traitement quotidien des affaires. Leur conservation est assurée dans le service d'origine. file:///C:/Users/BH/Downloads/RFAP_151_0825.pdf

⁴ Les archives intermédiaires désignent les documents qui, n'étant plus d'usage courant, doivent néanmoins être conservés temporairement à proximité des services d'origine pour les besoins administratifs ou juridiques.

⁵ Les archives définitives sont constituées, après tri et élimination, à partir des archives intermédiaires. Il s'agit des documents conservés indéfiniment, pour les besoins de la gestion et de la justification des droits des personnes et pour la documentation historique de la recherche. *Revue française d'administration publique* n° 151-152, 2014, p. 825-837

Ces trois étapes dépendent de la durée d'utilité administrative du document, délai minimal durant lequel il doit être conservé en tant qu'archive non définitive.

Déterminée en fonction des besoins du service producteur, cette durée fait varier les délais de conservation des documents, qui peuvent par conséquent être très courts, très longs ou infinis. De même, comme pour le papier, l'archivage numérique vise, dans la sphère publique, deux catégories de finalités distinctes mais pas forcément exclusives l'une de l'autre. Historiquement, les archives ont d'abord été pensées comme ayant une valeur juridique, une valeur d'information, à la fois pour ceux qui les produisent et pour les citoyens.

Puis s'est développée une dimension patrimoniale : « les archives sont sources d'histoire ». Dans le cadre d'un archivage numérique poursuivant une finalité juridique (prouver des droits, démontrer le respect de la légalité), le juge administratif sera convaincu de la valeur juridique du document archivé si les modalités mises en place permettent de garantir les conditions imposées pour la reconnaissance juridique du document lui-même (acte intelligible, auteur dûment identifié, conservation permettant d'en garantir l'intégrité).

Toute altération ou modification du document doit être détectable, sous peine de mettre en cause sa fiabilité et donc sa valeur juridique. De telles exigences ne sont pas aussi prégnantes en matière d'archivage à finalité exclusivement patrimoniale. Finalement, sous l'angle juridique, l'archivage doit être appréhendé en tenant compte de la nature des documents concernés, de sa finalité et des évolutions du droit positif. Si le document électronique archivé n'avait aucune valeur juridique à sa création, aucun mode d'archivage ne saurait lui conférer cette valeur¹ : l'archive change de statut mais le document reste le même.

En revanche, un acte doté d'une valeur juridique peut la perdre en raison d'une conservation dans de mauvaises conditions. Seul un archivage numérique sécurisé permet ainsi d'apprécier la valeur juridique du document conservé. Ce sera l'un des défis majeurs de la réforme annoncée.

1 De ce fait, les documents électroniques à conserver dans un marché public sont les suivants : - Candidatures retenues et offre retenues : celles-ci devenant les éléments constitutifs de marchés conclus doivent être conservés ; - Candidatures retenues et offres ouvertes non retenues : celles-ci doivent être conservées dans la perspective des contentieux éventuels relatifs aux procédures de passation des marchés concernés et des éventuels contrôles administratifs auxquels ils peuvent donner lieu ; - Candidatures non retenues ; en cas d'appel d'offre ouvert, si une candidature n'est pas admise, l'offre correspondante est éliminée des fichiers sans avoir été lue et le candidat en est informé, il n'y a donc pas lieu de conserver le document électronique relatif à l'offre mais la personne publique devrait en revanche conserver les documents propres aux candidatures et la preuve de l'opération d'élimination de l'offre ; - Documents électroniques dans lequel est détecté un virus informatique : la personne publique peut faire un « archive de sécurité¹ » sans lecture dudit document. Celui-ci est réputé n'avoir jamais été reçu et le candidat en est informé. Un archivage spécifique peut donc être mis en œuvre par la personne publique en particulier pour conserver la preuve du virus informatique. <http://www.archivesdefrance.culture>.

b. Spécifications fonctionnelles pour la conservation des archives dématérialisées :

En application de la loi 69-96, articles 16 et suivant, sur les archives, les modalités de conservation des archives publiques (durée d'utilité administrative "DUA", sort final) sont fixées d'un commun accord entre l'autorité qui les a produits ou reçus et l'administration des archives. Pour décider de la DUA des dossiers de marchés, l'administration concernée et le service des archives tiennent compte du temps pendant lequel le document conservera un intérêt juridique ou pratique (valeur primaire de l'archive).

A l'issue de cette durée, certaines archives en raison de leur intérêt patrimonial (intérêt historique, scientifique, sociologique, architectural...) acquièrent une valeur secondaire qui justifie leur conservation définitive et leur versement, à ce moment-là, dans un service public d'archives. Les autres archives dépourvues de cette valeur sont, à l'issue de la DUA, éliminées, l'élimination ne pouvant s'effectuer qu'après l'obtention d'un visa par l'administration des archives (services des archives nationales, services département des archives...). Cette collaboration entre service producteur et service d'archives donne lieu, à l'élaboration d'un document appelé «tableau de tri et de gestion» qui dresse, par producteur et grand domaine d'action administrative, la liste des types de documents concernés et qui affecte à chacun une DUA et un sort final (conservation totale ou après tris-avec explicitation de ces tris-élimination¹).

En ce qui concerne les documents de marchés publics, différentes approches justifient des durées de DUA diverses. Ainsi peuvent être distingués des documents qui ont trait à la passation des marchés et ceux qui ont relatifs à leur exécution, les premiers concernant l'ensemble des candidats alors que les seconds sont relatifs aux seuls candidats retenus. L'objet ou les résultats d'un marché peuvent aussi induire une durée de conservation spécifique. Enfin, le choix de la durée de conservation s'apprécie différemment selon que la pérennité de ces documents est justifiée pour l'exercice de contrôles administratifs et juridictionnels ou pour la protection des intérêts de l'administration dans un éventuel contentieux. Afin d'éviter la destruction de pièces pouvant être nécessaires à l'action des organismes de contrôles administratifs et juridictionnels, une durée de conservation de dix ans minimum à compter de l'admission ou de la réception des prestations objets du marché, ne peut être que conseillée.

Pour les marchés de fournitures et de services, une durée de dix ans est estimée suffisante pour préserver les intérêts de l'administration au regard de l'article 26 de la loi n° 15-95 formant code de commerce². Pour les marchés de travaux, la durée de conservation proposée est de trente ans au motif que la mise en jeu de la garantie décennale fait courir

¹ <http://www.archivesdefrance.culture>.

² L'article 26 de la loi n° 15-95 formant code de commerce dispose que : «les originaux des correspondances reçues et les copies des correspondances envoyées doivent être classés et conservés pendant dix ans à compter de leur date. En cas de concordance entre les énonciations des originaux détenus par l'une des parties et des copies détenues par l'autre, les uns et les autres ont la même force probante». Dahir n° 1-96-83 du 15 rabii 1417 (1^{er} août 1996) portant promulgation de la loi n° 15-95 formant code de commerce; B.O n° 4418 du Jeudi 3 Octobre 1996, p.568.

un nouveau délai décennal¹, et qu'en cas de fraude ou de dol c'est le délai de la prescription civile qui s'applique.² Pour le document électronique dans lequel est détecté un virus informatique c'est la preuve de la présence d'un virus informatique qu'il conviendra de conserver. Pour des raisons relatives à la sécurité des systèmes d'information et à l'état de la technique, il semble que l'archivage d'un document ad hoc décrivant le document atteint par le virus soit préférable à l'archivage de ce dernier. Dans la mesure où le virus est détecté au cours de la phase de passation du contrat, un délai de conservation de cinq ans du document descriptif précité semble pouvoir être conseillé.

Pour conclure, s'agissant du marché de la conservation numérique, en train de se mettre en place petit à petit. La première étape nécessaire et indispensable était celle de l'encadrement juridique de ce marché, compte tenu du caractère des archives (qui avant d'être des objets patrimoniaux, ont un premier usage administratif au double sens d'opérationnel (pour la conduite des activités) et de juridique (pour la justification des droits des citoyens) et du statut protecteur de la réglementation sur les archives publiques qui appartiennent au domaine des objets mobiliers et qui sont protégées au titre des trésors nationaux. Les possibilités d'externalisation et de mutualisation sont aujourd'hui posées et encadrées, et des acteurs du secteur public commencent à s'organiser. Pour autant, la difficulté principale réside en effet dans la capacité à extraire les informations à archiver de leurs environnements de production. Cet écueil est également partagé avec l'Open data³.

¹ CE, 13 janvier 1984, OPHLM de Firminy, n°34135, voir sur : <http://legimobile.fr/fr/jp/a/ce/ad/198>

² CE, 3 avril 1991, société SMAC Aciroid, n° 84626 voir sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/>

³ Cf. thèse de Samuel Goetta, <https://pastel.archives-ouvertes.fr/tel-01458098>.

SECTION II : Enjeux du droit d'accès aux documents administratifs numérique

La réforme constitutionnelle de 2011 a changé de manière fondamentale les données du problème ; elle introduit des dispositions qui affirment ; la primauté des instruments juridiques internationaux sur le droit interne, la participation des citoyens à la gestion de la chose publique¹, la proclamation de principes de bonne gouvernance. Aujourd'hui du fait de la dématérialisation, l'information reste facilement accessible et doit le rester tout au long de son cycle de vie, de sa création à son archivage historique. Cela vaut dire que, même rendue au statut d'archive, la donnée doit être récupérable facilement et efficacement, voire disponible en ligne². Légalisation des papiers administratifs, administration numérique, services destinés aux entreprises, simplification des procédures administratives, droit d'accès à l'information...Les chantiers ouverts pour la modernisation de l'administration ne manquent pas. L'objectif étant de fluidifier les rapports à l'administration et assurer un meilleur échange avec les citoyens.

La transformation numérique de l'administration marocaine apparaît bel et bien enclenchée et que plusieurs avancées sensibles sont à noter. Cependant, la stratégie digitale s'est trouvée face à trois questions cruciales qu'il a fallu résoudre : la réglementation du secteur du numérique, les compétences en la matière, et enfin les problématiques de nature organisationnelle qui ressortent de manière évidente, ce qui empêche l'administration de franchir un nouveau cap vers le numérique. Avec le benchmarking réalisé, il s'est avéré que le schéma directeur de la transformation digitale doit se positionner comme un plan de rupture, pour répondre aux ambitions numériques dans les administrations publiques à la hauteur des enjeux nationaux et internationaux. De ce fait, le schéma directeur sera basé sur deux piliers : la restructuration de l'action publique sur le numérique et la coordination avec les institutions en charge du chantier du numérique pour accompagner l'ensemble des administrations publiques.

¹ **Article 6** de la constitution de 2011 précité «La loi est l'expression suprême de la volonté de la nation. Tous, personnes physiques ou morales, y compris les pouvoirs publics, sont égaux devant elle et tenus de s'y soumettre. Les pouvoirs publics Œuvrent à la création des conditions permettant de généraliser l'effectivité de la liberté et de l'égalité des citoyennes et des citoyens, ainsi que de leur participation à la vie politique, économique, culturelle et sociale. Sont affirmés les principes de constitutionnalité, de hiérarchie et d'obligation de publicité des normes juridiques. La loi ne peut avoir d'effet rétroactif». Dahir n° 1-11-91 du 27 chaabane 1432 (29 juillet 2011) portant promulgation du texte de la Constitution précité, p. 1904. Aussi l'article 12 prévoit que : «Les associations de la société civile et les organisations non gouvernementales se constituent et exercent leurs activités en toute liberté, dans le respect de la Constitution et de la loi. Elles ne peuvent être suspendues ou dissoutes par les pouvoirs publics qu'en vertu d'une décision de justice. Les associations intéressées à la chose publique, et les organisations non gouvernementales, contribuent, dans le cadre de la démocratie participative, à l'élaboration, la mise en Œuvre et l'évaluation des décisions et des projets des institutions élues et des pouvoirs publics. Ces institutions et pouvoirs doivent organiser cette contribution conformément aux conditions et modalités fixées par la loi. L'organisation et le fonctionnement des associations et des organisations non gouvernementales doivent être conformes aux principes démocratiques». Dahir n° 1-11-91 du 27 chaabane 1432 (29 juillet 2011), p.1906.

² Dahir n° 1 - 08-153 du 22 safar 1430 (18 février 2009) portant promulgation de la loi n° 17 -08 modifiant et complétant la loi n° 78 -00 portant charte communale, telle que modifiée et complétée, précitée.

Dès lors, le périmètre du schéma directeur de la transformation digitale est constitué de 3 dimensions : d'abord, la dimension sociétale du numérique, par la résorption de la «fracture numérique» à travers les services numériques de proximité, l'accès à l'information via la plate-forme de la transparence et l'accès aux données publiques ouvertes.

Deuxièmement, la transformation digitale de l'administration à travers la réingénierie et la numérisation de ses processus et de ses interfaces avec les citoyens, ainsi que la modernisation de ses procédures. Et troisièmement, le partage des données entre administrations : via l'échange électronique d'informations entre deux administrations, l'une fournissant une information nécessaire à une autre pour l'accomplissement d'une démarche demandée par l'utilisateur et/ou via la création de bases de données fédératrices partagées et collaboratives, donnant aux administrations l'accès à une donnée fiable, à jour et complète au sujet de l'utilisateur. Le schéma directeur de la transformation digitale est maintenant en phase finale, il sera partagé, validé et publié prochainement¹.

Actuellement, ministère chargé de la réforme de l'administration et de la fonction publique, en concertation avec celui de l'industrie, de l'investissement, du commerce et de l'économie numérique, est en train de finaliser un projet de loi sur l'administration numérique qui fixera le régime applicable à l'administration numérique et aux échanges numériques entre les usagers et l'administration et entre les administrations. La simplification des procédures est actuellement le fer de lance dans le plan national de la réforme de l'administration au Maroc, visant à faciliter l'accès aux services publics administratifs, mais aussi à améliorer le climat des affaires.

Dans ce cadre, le gouvernement avait adopté le décret n°2.17.410² proposé par le ministère, fixant les modalités de certification des copies conformes, où le citoyen peut certifier la conformité des copies des documents au sein même de l'administration exigeant ces documents. De ce fait, l'administration ne doit pas demander aux usagers des copies certifiées conformes aux originaux, sauf si ces copies sont indispensables à l'obtention d'une prestation de cette administration. À noter que ceci n'annule pas les prérogatives des autres autorités administratives et pour éviter toute confusion, ce décret est relatif à la certification des copies conformes et non pas à la légalisation de signature³.

Ainsi, dans le cas du Maroc, la question de la mise en œuvre du droit d'accès à l'information doit d'ores et déjà intégrer les exigences et les opportunités de l'Open Data, d'un point de vue politique, institutionnel mais également technique (§1). Il s'agit notamment, grâce à une approche innovante, de dépasser les réticences qui peuvent exister au sein de l'administration, d'y opérer une mutation culturelle pour aller à l'encontre de l'accaparement des données comme source de pouvoir individuel, au détriment de l'intérêt

¹ <http://aujourd'hui.ma/economie/mohamed-ben-abdelkader-le-projet-de-loi-sur-ladministration-numerique-et-les-echanges-numeriques-en-cours-de-finalisation>

² Décret n° 2-17-410 fixant les modalités de certification de la conformité des copies à leurs originaux, publié au B.O n° 6616 du 26 octobre 2017.

³ <https://www.mmsp.gov.ma/fr/index.aspx>

général. Il s'agit également d'organiser un écosystème pour veiller à la mise en place harmonieuse d'une société du savoir, où les différents acteurs pourront apporter leur contribution. Cette approche exige de la méthode et la mise en place de dispositifs adaptés, notamment juridique et opérationnel, permettant de conduire le changement de paradigme sur la diffusion des informations publiques et nouveau rôle de l'administration électronique (§2).

§1- Le droit d'accès aux documents administratifs par voie électronique :

Le droit d'accès à l'information publique figure parmi les multiples avancées que la Constitution de juillet 2011 a consacrées en matière de consolidation démocratique et d'ancrage de l'Etat de droit. Ainsi, il est désormais acquis que : « Les citoyennes et les citoyens ont le droit d'accéder à l'information détenue par l'administration publique, les institutions élues et les organismes investis d'une mission de service public (...) ». Ce droit n'est limité que par la loi pour des contraintes éventuelles liées à « la défense nationale, la sûreté intérieure et extérieure de l'Etat, ainsi que la vie privée des personnes » et « l'atteinte aux droits et libertés » (art. 27).

La consécration de ce droit vient confirmer l'engagement permanent du Royaume du Maroc en faveur des droits de l'homme comme ils sont reconnus internationalement, ainsi que son engagement à respecter les dispositions de l'Article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et l'Article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et l'Article 10 de la Convention des Nations Unies contre la corruption qui a obligé les administrations publiques à faciliter aux citoyens l'accès aux informations, en veillant à instaurer toutes les mesures qui leur permettent l'exercice de ce droit, et ce en vue de renforcer la transparence et enraciner la culture de la bonne gouvernance¹.

La communication des documents électroniques relatifs aux marchés publics, comme celle des autres documents administratifs, n'est pas absolue. Les relations entre le public et l'administration relatives à l'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques posent le principe de la liberté d'accès aux documents administratifs (**A**). L'administration doit communiquer les documents concernés par la loi, parmi lesquels figurent les documents relatifs aux marchés publics mais, d'autre part, cette loi arrête les exigences limitées au droit de communication des documents administratifs dématérialisés (**B**).

¹ AKESBI (A), « Enjeux politiques et sociaux autour de l'accès à l'information : facteurs de progrès et de résistances », <https://ma.boell.org/sites/default/files/uploads/2018//accessinformation-a.akesbi.pdf>

A) Dématérialisation des communications et échanges des documents administratifs

Le Maroc a également ratifié la Convention des Nations Unies contre la corruption en mai 2007. Son article 9 plaide pour « la diffusion publique d'informations concernant les procédures de passation des marchés et les marchés, y compris d'informations sur les appels d'offres et d'informations pertinentes sur l'attribution des marchés ». Plus particulièrement, son article 10 stipule que l'Etat doit prendre « les mesures nécessaires pour accroître la transparence de son administration publique, y compris en ce qui concerne son organisation, son fonctionnement et ses processus décisionnels s'il y a lieu¹. Ceci peut prendre plusieurs formes, notamment: a) l'adoption de procédures ou de règlements permettant aux usagers d'obtenir, s'il y a lieu, des informations sur l'organisation, le fonctionnement et les processus décisionnels de l'administration publique, ainsi que, compte dûment tenu de la protection de la vie privée et des données personnelles, sur les décisions et actes juridiques qui les concernent ; b) La simplification, s'il y a lieu, des procédures administratives afin de faciliter l'accès des usagers aux autorités de décision compétentes; et c) La publication d'informations, y compris éventuellement de rapports périodiques sur les risques de corruption au sein de l'administration publique».

Enfin, l'article 13 de la Convention prévoit que l'Etat s'engage notamment à « assurer l'accès effectif du public à l'information » et à «respecter, promouvoir et protéger la liberté de rechercher, de recevoir, de publier et de diffuser des informations concernant la corruption». Le respect du principe de l'accès aux documents administratifs est placé sous la surveillance de la Commission la Commission du droit d'accès à l'information. Cette autorité administrative indépendante émet des avis lorsqu'elle est saisie par une personne qui s'est heurtée à un refus de communication et donne des conseils à la demande d'autorités publiques désireuses d'être éclairées sur le sens et la portée de leurs obligations².

Au droit comparé, affirmée par la loi du 17 juillet 1978 modifiée ; Les documents concernés sont définis à l'article 1^{er} de ce texte³. Lorsqu'ils existent sous forme électronique, ils peuvent être communiqués par les nouveaux moyens de communication. A cet égard, il convient de noter que deux procédés sont possibles⁴. Soit en ligne, soit par courrier électronique, dont la liberté du choix (a) sous réserve de certains documents des marchés publics⁵ (b).

¹ Ibid.

² <http://dai-transparencymaroc.com/wp-content/uploads/2013/07/Projet-de-loi-relatif-au-droit-dacc>

³ Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal. J.O 18 juillet 1978. Voir sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?jsessionid>

⁴ La Commission d'accès aux documents administratifs, créée en 1978 pour assurer la bonne application du droit d'accès. Voir le site : <http://www.cada.fr/>

⁵ D'une part, ils peuvent être diffusés en ligne. Dans ce cas, la personne intéressée pourra le consulter en ligne. La Commission d'Accès aux Documents Administratifs (C.A.D.A.) considère que la disposition posée à l'article 2 de la loi du 17 juillet 1978 modifiée selon laquelle les documents qui font l'objet d'une diffusion publique ne sont plus soumis aux règles de droit commun d'accès "signifie en pratique que les

a. Le principe du libre choix du mode d'accès:

Le principe est que le demandeur a le choix des formes dans lesquelles s'effectue la communication¹. L'article 4 de la loi du 17 juillet 1978, modifié par l'ordonnance du 6 juin 2005, prévoit trois modes d'accès aux documents administratifs : La consultation gratuite sur place des documents, le demandeur pouvant alors être accompagné d'une tierce personne ; Leur reproduction aux frais de la personne qui les sollicite et l'envoi, à leur domicile ou à l'adresse qu'ils indiquent, par voie postale. La demande ne peut porter que sur une simple copie, et non sur l'original, qui peut simplement être consulté. La loi du 17 juillet 1978 ne fait nullement obligation aux administrations de délivrer des copies «certifiées conforme» à l'original²; L'envoi par courrier électronique et sans frais, lorsque

administrations assujetties à la loi du 17 juillet 1978 peuvent s'acquitter définitivement de leurs obligations en matière de communication en prenant les devants, autrement dit en organisant, en dehors de toute demande particulière, un système permanent de diffusion des informations qu'elles détiennent". Néanmoins, la C.A.D.A. considère que la liberté de consulter un document, le droit d'en obtenir une copie sur support papier ou le pouvoir d'en détenir une version sur support informatique ne sont pas équivalents. Ainsi, la commission estime que le titulaire du droit d'accès peut obtenir une version des documents sur support informatique (en l'occurrence les budgets communaux) même si par ailleurs l'administration a déjà diffusé spontanément une version de ceux-ci sur papier. D'autre part, la demande de communication peut être adressée à l'administration par courrier électronique. Dans cette seconde hypothèse, l'administration devra retourner (pièce jointe) le document demandé. Bien évidemment, le format de ces documents devra garantir leur protection contre toute modification ou altération. Dans ce cadre, l'utilisation du format "PDF" par exemple est recommandée. De plus, si les demandes peuvent être faites et reçues en dehors des heures d'ouverture des services, leur traitement n'est pas forcément immédiat. Pour plus de transparence et de sécurité, il est souhaitable que l'administration nomme une personne responsable du traitement de telles demandes et le cas échéant, organise ce traitement en termes de procédure et de délai dans le respect de la légalité et de la jurisprudence. Une telle organisation permet de garantir à la fois le droit à communication des personnes et le bon fonctionnement des services. *Exempts de données à caractère personnel: La communication en ligne des documents doit respecter les exceptions de secret posées par la loi.* Le caractère secret des documents au sens de la loi peut donc fonder le refus aux demandes d'accès des documents qui correspondraient à l'un des cas visés, et ce, quels que soient leur forme et le support utilisé. Les décisions de la C.A.D.A. et du juge administratif méritent d'être suivies avec attention en la matière. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid.>

¹ Avis n° 20064455 du 12 octobre 2006 «Monsieur D. a saisi la commission d'accès aux documents administratifs, par courrier enregistré à son secrétariat le 20 septembre 2006, à la suite du refus opposé par le maire de pommeuse à sa demande de copie du dossier de permis de construire n° PC 773710600003, alors qu'il n'est proposé que la consultation. La commission estime que les permis de construire et les dossiers de demande qui s'y rapportent sont des documents administratifs intégralement communicables à toute personne qui en fait la demande en application de l'article 2 de la loi du 17 juillet 1978, dès lors que l'administration a statué sur la demande. La commission rappelle que l'article 4 de cette loi permet au demandeur de choisir les modalités de la communication des documents qu'il demande, dans la limite des possibilités techniques de l'administration. En l'espèce, le maire de Pommeuse, n'ayant pas précisé les raisons qui pourraient s'opposer à la délivrance de copies, ne peut imposer à M. D. de venir consulter le document sur place. Il est possible de mettre à sa charge le paiement des frais de copie et d'envoi dans les conditions définies par l'article 35 du décret du 30 décembre 2005 et l'arrêté du 1er octobre 2000, précité. Enfin, la commission précise que la circonstance que M. D. a déjà pu consulter ces documents n'est pas de nature à faire regarder la présente demande comme abusive et ne s'oppose donc pas à ce que la commune lui délivre la copie qu'il sollicite. Au vu de l'ensemble de ces considérations, la commission émet un avis favorable à la demande».

² Avis n° 20071617 du 19 avril 2007 « Monsieur H. a saisi la commission d'accès aux documents administratifs, par courrier enregistré à son secrétariat le 26 mars 2007, à la suite du refus opposé par le maire de Lucheux à sa demande de copie des documents suivants : 1) déclaration de vacance d'emploi certifiée conforme n° 0303203 du 1er mars 2003 ; 2) déclaration de vacance d'emploi certifiée conforme

le document est disponible sous forme électronique: le demandeur peut être avisé du système et du logiciel que l'administration emploie et cette dernière est tenue de fournir une copie identique, tant du point de vue du support que du format, à celle ou à l'une de celles dont elle dispose ou est susceptible de disposer à l'issue d'une opération de transfert ou de reproduction courante¹. Le délai de communication doit être aussi bref que possible², en particulier une fois les frais de reproduction acquittés. Ce principe du libre choix du mode d'accès souffre néanmoins plusieurs tempéraments destinés à concilier le droit d'accès avec le bon fonctionnement du service public:

En premier lieu, le demandeur ne saurait exiger de l'autorité administrative qu'il saisisse qu'elle communique le document demandé sous une forme incompatible avec les moyens matériels dont elle dispose. Le droit d'accès s'exerce donc dans la limite des possibilités techniques de l'administration. En particulier, l'administration n'a pas l'obligation de numériser des documents disponibles uniquement sous format papier pour les faire parvenir par voie électronique, ni de se doter des moyens de graver des CD-Rom ou des DVD-Rom³. Toutefois, lorsque les contraintes humaines et matérielles de l'administration portent sur les moyens de reprographie sous format papier, celle-ci est tenue de faire appel à un prestataire extérieur et de faire parvenir le devis correspondant au demandeur afin qu'il y donne suite, s'il le souhaite. En deuxième lieu, l'état de conservation des documents peut justifier une restriction aux modalités d'accès. Il en va ainsi lorsque leur reproduction

n° 0405851 du 1er mai 2004. La commission estime que ces documents sont des documents administratifs communicables à toute personne qui en fait la demande en application de l'article 2 de la loi du 17 juillet 1978. Elle émet par conséquent un avis favorable à leur communication, tout en précisant qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur la demande tendant à la certification conforme de ces copies».

¹ Avis n° 20065572 du 21 décembre 2006 « Monsieur R. (Association pour la sauvegarde du patrimoine de l'Auxois) a saisi la commission d'accès aux documents administratifs, par courrier enregistré à son secrétariat le 27 novembre 2006, à la suite du refus opposé par le préfet de la Côte d'Or à sa demande de communication, sous format électronique, des documents suivants relatifs à une campagne de fouilles archéologiques préventives sur les communes de Vic de Chassenay et de Millery : 1) rapport de diagnostic archéologique; 2) décisions résultant de ce rapport, notamment l'arrêté de prescription des fouilles archéologiques et toutes autres pièces. La commission émet un avis favorable à la communication de ces documents administratifs. S'agissant des modalités de communication, la commission rappelle qu'en vertu de l'article 4 de la loi du 17 juillet 1978, l'accès aux documents administratifs s'exerce, au choix du demandeur et dans la limite des possibilités techniques de l'administration, soit par consultation gratuite sur place, soit par courrier électronique et sans frais lorsque le document est disponible sous forme électronique, soit, sous réserve que la reproduction ne nuise pas à la conservation du document, par la délivrance d'une copie sur un support identique à celui utilisé par l'administration ou compatible avec celui-ci et aux frais du demandeur, sans que ces frais puissent excéder le coût de cette reproduction. La commission estime qu'il découle de ces dispositions, d'abord, que l'administration n'est pas tenue de communiquer sous forme électronique les documents dont elle ne dispose pas déjà sur un fichier de ce type. Ensuite, s'agissant du support (cédérom, dévéderom, cédé-RW, DVD-RW) et du format ("natif "ou" image") du fichier communiqué, la commission considère que le demandeur peut exiger de l'administration qu'elle lui fournisse une copie identique, tant du point de vue du support que du format, à celle ou à l'une de celles dont elle dispose ou est susceptible de disposer à l'issue d'une opération de transfert ou de reproduction courante ».

² Conseil n° 20052589 du 7 juillet 2005, consulter sur : <http://www.cada.fr/conseil-20052589,20052589.html>

³ Conseil n° 20071782 du 3 mai 2007, <http://www.cada.fr/conseil-20071782,20071782.html>

risquerait de les endommager¹. Lorsque leur consultation présente également un risque, celle-ci peut être différée afin que les documents soient restaurés ou transférés sur un autre support². En troisième lieu, en cas de demande portant sur un volume de documents important, l'administration peut inviter le demandeur à venir les consulter sur place pour n'emporter copie que des pièces qu'il souhaite³. Elle peut, à cette fin, élaborer un règlement de consultation précisant les modalités de cette voie d'accès (horaires, lieux, présence d'un agent...), à condition de ne pas priver les citoyens de leur droit d'accès. Ainsi, l'ouverture une matinée par semaine pour une petite commune peut être suffisante.

En outre, la consultation des documents doit en principe avoir lieu dans les locaux du service qui en assure la conservation⁴, sans que l'administration soit tenue de transférer ces documents dans les locaux d'un autre service pour les besoins de cette consultation⁵. Si le demandeur maintient son souhait de recevoir copie des documents, l'administration est fondée à en échelonner l'envoi dans le temps⁶ : elle doit alors en aviser l'intéressé et, dans la mesure du possible, convenir avec lui d'un échéancier de communication. L'administration doit s'efforcer de respecter le délai d'un mois qui lui est imparti pour satisfaire la demande⁷, sauf si le volume des documents demandés y fait manifestement obstacle. Alors même qu'elle dispose des moyens humains et matériels nécessaires, l'administration peut choisir de recourir à un prestataire extérieur si elle estime que la charge de travail induite par une demande risquerait de perturber le fonctionnement des services⁸. Ce choix doit toutefois rester exceptionnel.

En quatrième lieu, l'administration n'est tenue de faire droit à la demande d'une personne tendant à la photographie de documents, à l'occasion d'une consultation sur place, que s'il s'agit du seul moyen ou du moyen le plus commode pour obtenir communication des documents⁹. Tel est le cas, par exemple, lorsque l'état des documents ne permet pas leur manipulation ou leur reproduction¹⁰ ou encore lorsque le document lui-même ne se prête pas aisément, en raison de sa taille ou de sa nature, à une reproduction (par exemple, une maquette). En cinquième et dernier lieu, aucune disposition n'oblige ni n'interdit à l'administration d'utiliser un support fourni par le demandeur¹¹. La CADA s'estime incompétente pour se prononcer sur le bien-fondé du refus opposé par l'administration à la demande d'une personne qui souhaite consigner ses observations sur un document¹².

¹ Conseil n° 20071101 du 22 mars 2007, <http://www.cada.fr/conseil-20071101,20071101.html>

² Conseil n° 20053967 du 6 octobre 2005 ; avis n° 20071664 du 19 avril 2007. <http://www.cada.fr/conseil-20053967,20053967.html>

³ Avis n° 20073669 du 27 septembre 2007, <http://www.cada.fr/avis-20073669,20073669.html>

⁴ CE, 14 février 1996, Mirlit : <http://www.cada.fr/>

⁵ CE, 26 octobre 1988, Lalande : <https://www.legifrance.gouv.fr>

⁶ Avis n° 20060557 du 2 février 2006 ; Conseil n° 20060629 du 2 février 2006.

⁷ Conseil n° 20064642 du 26 octobre 2006.

⁸ Avis n° 20065252 du 7 décembre 2006 : <http://www.cada.fr/>

⁹ Avis du 11 octobre 2007 : <http://www.cada.fr/>

¹⁰ CE, Ass., 8 avril 1987, Ministre de la santé c/ Tête : <http://www.cada.fr/>

¹¹ Conseil n° 20061580 du 13 avril 2006). <http://www.cada.fr/>

¹² Avis n° 20081758 du 6 mai 2008) : <http://www.cada.fr/>

Le refus opposé à une demande tendant à l'insertion d'observations est donc susceptible d'être contesté directement devant le juge administratif¹.

Contrairement à la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, l'article 3 de la loi du 17 juillet 1978 ne donne pas à l'administré le droit d'effacer ou de faire effacer, de rectifier ou de faire rectifier le contenu du document administratif². L'administration peut toutefois y procéder, en dehors de toute obligation légale, à la demande de l'intéressé³, le refus d'opérer la rectification réclamée constituant, sauf pour les documents d'ordre intérieur et les informations sans conséquence sur la situation de l'intéressé⁴, une décision faisant grief⁵, pouvant, le cas échéant, engager la responsabilité de l'autorité administrative⁶. Si la liberté d'accès aux documents administratifs relatifs aux contrats passés par les personnes publiques est un droit reconnu des citoyens, elle connaît, en effet, certaines exceptions relatives à la communicabilité de certains documents des marchés publics.

b. Typologie des documents électroniques communicables et non communicables

Le décret des marchés publics ne contient pas de règles sur la communication des documents relatifs aux marchés publics. C'est le régime général défini pour les actes administratifs qui s'applique. Dans une récente décision, le conseil d'Etat a rappelé que la communication des motifs de rejet de l'offre d'une entreprise était une obligation, et a annulé pour ce motif la passation du lot d'un marché⁷. C'est à ce double titre que de nombreux candidats sollicitent la communication des éléments et documents liés à la procédure, formalisée ou non⁸, dont ils ont été évincés⁹. L'intérêt d'obtenir la communication de certains documents administratifs relatifs aux contrats passés par des personnes publiques constitue le plus souvent la marque préalable à l'engagement d'un contentieux relatif à l'examen de la régularité de la procédure de passation qui a précédé la conclusion du contrat. Il est relativement exceptionnel que l'administration ou même son cocontractant désigné soit à l'origine de l'introduction d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre la procédure de passation qui a abouti à les associer

¹ Avis n° 20042869 du 9 septembre 2004 : <http://www.cada.fr/>

² Avis n° 19991455 du 15 avril 1999 : <http://www.cada.fr/>

³ CE, 6 février 1980, Guilhaumé : <http://www.cada.fr/>

⁴ CE, 6 juillet 1984, Zaragosa) : <http://www.cada.fr/>

⁵ CE, 17 avril 1985, Panaget) : <http://www.cada.fr/>

⁶ CE, 5 novembre 1982, Cassard) : <http://www.cada.fr/>

⁷ CE, 9 août 2006, «X». req. n° 284577, « Société Hairis SAS (maintenant Sart Gallis) c/ commune de Boulogne-sur-Mer ». Voir pour un commentaire de cette décision, BELLEUVRE (Ch), «conseil d'Etat : la communication des motifs de rejet d'une offre est une obligation de publicité», Achatpublic.com, 22 août 2006. L'auteur rappelle que la personne publique doit communiquer dans un délai de 15 jours à compter de la demande écrite de l'entreprise écartée, les raisons de rejet de sa candidature ou de son offre.

⁸ LICHERE (F), «les procédures adaptées», contrats et marchés publics, août-sept. 2006, p. 23.

⁹ En 2005, les demandes concernant les contrats et marchés publics ont franchi la barre des 5% du nombre total d'avis et de conseils (5,8% exactement). Cette catégorie occupe même la deuxième place, juste derrière l'urbanisme, dans les demandes de conseil émanant des communes, ces dernières comptant au total pour 42% des requêtes adressées à la CADA. Par ailleurs, le rapport souligne la multiplication des saisines de la CADA par les candidats non retenus à un marché public (in Rapport d'activité 2005 de la commission d'accès aux documents administratifs, Paris, Doc.Fr 2006, p. 14.

contractuellement pour l'exécution d'une prestation, les litiges les opposants étant le plus souvent liés à l'exécution. Conduisant le candidat évincé à rechercher une responsabilité qui pourrait découler des différentes pièces communiquées. Or ce droit à communication est sensible car, non encadré, il peut porter atteinte à des secrets protégés dont la diffusion est punissable. L'expérience montre que le renforcement de la transparence voulu par le législateur se heurte souvent à des difficultés de la part des personnes publiques qui maîtrisent mal ces nouvelles obligations¹.

Tout cela nécessite que la collectivité ou l'administration s'organise pour gérer cette communicabilité. Une fois le marché signé, les documents composant la procédure de passation perdent leur caractère préparatoire² au sens des dispositions de l'article 2 de la loi du 17 juillet 1978, et deviennent, en principe, communicables à toute personne qui en fait la demande, y compris à un candidat évincé. Les mêmes principes sont applicables aux délégations de service public³ ainsi qu'aux concessions d'aménagement⁴ et aux appels à projet⁵.

Toutefois, en vertu du II de l'article 6 de la même loi, ce droit d'accès doit s'exercer dans le respect du secret en matière industrielle et commerciale lequel recouvre le secret des procédés, le secret des informations économiques et financières, et le secret des stratégies commerciales⁶. À ce titre, sont notamment exclus de la communication les éléments suivants, qui devront être occultés: Les mentions relatives aux moyens techniques et humains ; Les mentions concernant le chiffre d'affaires, les coordonnées bancaires; Les références autres que celles qui correspondent à des marchés publics. La communication de certaines informations comporte un risque d'atteinte à la libre concurrence (dans le rapport d'analyse des offres ou le détail des prix par exemple). Les autorités administratives doivent donc, pour apprécier les informations qui sont protégées par le secret en matière industrielle et commerciale, tenir compte du mode de passation, de la durée, ou de l'objet du marché.

Par ailleurs, certaines mentions sont communicables lorsqu'elles sont relatives à l'entreprise attributaire du marché ou de la délégation alors qu'elles ne le sont pas lorsqu'elles sont relatives à celles qui n'en ont pas obtenu l'attribution. La CADA a dégagé, à fur et à mesure des affaires qui lui étaient soumises, trois catégories de marchés : ponctuel, répétitif et fréquent (Le détail de l'offre de prix de l'entreprise attributaire est communicable dans le cas d'un marché ponctuel⁷, car il reflète le coût du

¹CE, 21 janvier 2004, «Société Aquitaine Démolition», req. n° 253509. En l'espèce, le Conseil d'Etat a sanctionné le refus de communication des motifs du rejet d'une offre, il l'a jugé contraire aux obligations de publicité et de mise en concurrence et susceptible d'être condamné par le juge du référé précontractuel au titre de l'article L. 551-1 du CJA. Sur ce point, cf. HEINTZ (M), «de la nécessité de communiquer les motifs de rejet d'une offre» CP-ACCP, avril 2004, p.77.

² **Conseil 20072665** - Séance du 5/07/2007, <http://www.cada.fr/conseil-20072665,20072665>.

³ **Conseil 20063184** - Séance du 27/07/2006, <http://www.cada.fr/conseil>.

⁴ Avis 20122290 - Séance du 21/06/2012. <http://www.cada.fr/conseil>.

⁵ Conseil 20120845 - Séance du 8/03/2012. <http://www.cada.fr/conseil>.

⁶ Avis 20062458 - Séance du 15/06/2006. <http://www.cada.fr/conseil>.

⁷ <http://www.cada.fr/conseil>, **Conseil 20064849** - Séance du 9/11/2006.

service public, et ne l'est pas pour un marché répétitif ou fréquent, car il serait susceptible de porter atteinte à la concurrence lors du renouvellement du marché¹.

* Les secrets faisant obstacle à la communication : l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 modifiée distingue entre les secrets absolus (art. 6-I) et les secrets relatifs (art. 6-II) s'opposant à la communication. La circonstance qu'un document contienne des mentions couvertes par l'un de ces secrets ne fait pas obstacle à sa communication, si ces mentions peuvent en être matériellement disjointes, sans priver le document de sens, ni ôter tout intérêt à la communication, en vertu du III de l'article 6 de la loi de 1978. Il en va ainsi même si les éléments à occulter sont très nombreux². Les mentions couvertes par le secret des affaires ne sont, en principe, jamais communicables à des tiers, quelle que soit l'identité de l'entreprise à laquelle elles se rapportent. Elles doivent être occultées préalablement à la communication de tous les documents relatifs au marché.

Toutefois, l'atteinte au secret en matière commerciale et industrielle est appréciée différemment par la CADA, selon que les documents concernent l'entreprise retenue ou les entreprises non retenues. L'offre de prix détaillée de l'entreprise retenue et les mentions qui s'y rapportent sont en effet communicables à toute personne qui en fait la demande, dans la mesure où elle reflète le coût de la prestation pour la collectivité³. Cette notion recouvre l'ensemble des documents relatifs à ses propositions de prix, qu'il s'agisse de son offre de prix global et du bordereau des prix unitaires ou du détail estimatif des prix⁴. La solution est identique pour les délégations de service public⁵, les appels à projet⁶ et les concessions d'aménagement⁷. Lorsque l'attributaire du marché est une collectivité

¹ <http://www.cada.fr/conseil>, Conseil 20062914 - Séance du 11/07/2006 ; Conseil 20073686 - Séance du 27/09/2007 ; Avis 20090938 - Séance du 19/03/2009.

² Secrets absolus : Les secrets absolus valent à l'égard de tous. Ce sont, pour la plupart, des secrets édictés dans l'intérêt public : secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif, secret de la défense nationale, secret relatif à la conduite de la politique des relations extérieures du pays ou à la sûreté de l'Etat (CE, 10 novembre 2010, Fédération française des télécommunications et des communications électroniques (FFTCE), n° 327062. CE, Sect., 7 mai 2010, M. Bertin, n° 303168), secret relatif au déroulement des procédures engagées devant les juridictions CE, Sect., 7 mai 2010, M. Bertin, n° 303168. Secret relatif à la recherche des infractions fiscales et douanières (CE, 26 mai 2010, Mme Faria et société Faria, n° 304621 ; CE, 4 mai 2011, Ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat c/ M. Casanovas, n° 328914). et, de façon générale, secrets protégés par la loi (CE, 29 juin 2011, Mme Rouzaud, n° 335072). Pour un exemple de secret absolu en matière de marchés : la commission estime que la communication des éléments relatifs à l'offre retenue dans le cadre d'un concours de maîtrise d'œuvre pour la construction d'un hôtel de police serait susceptible de porter atteinte à la sécurité publique (CADA, conseil n° 20073859 du 11 octobre 2007) - *Secrets relatifs* : Les secrets relatifs ne valent qu'à l'égard des tiers. Ce sont les secrets édictés pour protéger des intérêts privés : * Secret de la vie privée, documents comportant une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique, ou faisant apparaître un comportement. Les nom et prénom des cocontractants d'un contrat administratif sont communicables (CE Sect., 30 mars 1990, Mme Degorge Boëtte, n° 90237). Conclusions de M. Toutée sous CE, Sect., 10 juillet 1992, Ministre de l'agriculture c/ Touzan, n° 120047. Voir sur : http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches

³ CADA, avis n° 20101586 du 20 mai 2010 ; conseils n° 20061255 du 16 mars 2006, n° 20090984 du 2 avril 2009 et n° 20114251 du 3 novembre 2011.

⁴ CADA, conseil n° 20064849 du 9 novembre 2006.

⁵ CADA, conseil n° 20063184 du 27 juillet 2006.

⁶ CADA, conseil n° 20120845 du 8 mars 2012.

⁷ CADA, avis n° 20122290 du 21 juin 2012.

territoriale ou un établissement public local, les tiers sont fondés à demander communication de l'intégralité de ses documents budgétaires et comptables, y compris ceux qui se rattachent à sa candidature, sur la base des dispositions pertinentes du CGCT¹. Le secret en matière industrielle et commerciale n'est alors plus invocable et la communication se fait sans occultation préalable².

A l'inverse, l'ensemble des mentions relatives au détail des prix proposés par les candidats non retenus, à l'exception de leur offre de prix globale, est couvert par le secret en matière commerciale et industrielle³. De même, leurs notes et classement ne sont pas communicables aux tiers⁴. Les mêmes règles s'appliquent pour les délégations de service public⁵, à un contrat d'emprunt public⁶, à un bail emphytéotique administratif⁷, à une procédure d'appel à projet⁸, ou aux concessions d'aménagement⁹. Une offre initiale ultérieurement rectifiée ou modifiée est assimilée à l'offre d'un candidat non retenu et son détail n'est de ce fait pas communicable¹⁰. En outre, dans certaines circonstances particulières, la communication de documents qui, à l'ordinaire, serait autorisée, peut être réduite, voire refusée dans un souci de garantir le respect de la libre concurrence.

La CADA prend en compte les particularités de certains marchés, notamment leur mode de passation, leur nature et leur mode d'exécution. Il en est ainsi des accords-cadres multi attributaires. Selon la commission, il ressort en effet des dispositions des articles 1er et 76 du code des marchés publics que la signature d'un accord-cadre retenant plusieurs entreprises ne vaut pas attribution du marché et ne met pas fin à la mise en concurrence, qui se poursuivra entre les entreprises retenues pendant toute la durée de l'accord-cadre. Le droit d'accès aux documents relatifs à ce dernier doit donc être défini de manière à ne pas porter atteinte à la concurrence entre ces entreprises, ce qui conduit à en restreindre la portée par rapport aux contrats ou marchés publics habituels¹¹. La commission en déduit que seules les caractéristiques générales de l'accord-cadre sont communicables à toute personne qui en fait la demande.

En revanche, l'ensemble des mentions relatives aux offres présentées (retenues ou non) est protégé par le secret en matière commerciale et industrielle. Tel est le cas, notamment, de l'offre de prix des attributaires des lots¹². Pour plusieurs marchés portant sur des prestations extrêmement proches et présentant les mêmes problématiques de contenu de

¹ Article L. 2121-26 du CGCT ; CADA, conseil n° 20110928 du 3 mars 2011.

² CADA, conseil n° 20065044 du 21 décembre 2006.

³ CADA, avis n° 20101586 du 20 mai 2010 ; conseil n° 20044618 du 4 novembre 2004, n° 20074116 du 25 octobre 2007, n° 20091745 du 14 mai 2009 et n° 20114251 du 3 novembre 2011.

⁴ CADA, avis n° 20130742 du 14 mars 2013.

⁵ CADA, conseil n° 20063184 du 27 juillet 2006.

⁶ CADA, avis n° 20103860 du 23 septembre 2010.

⁷ CADA, avis n° 20103329 du 16 septembre 2010.

⁸ CADA, conseil n° 20120845 du 8 mars 2012.

⁹ CADA, avis n° 20122290 du 21 juin 2012.

¹⁰ CADA, avis n° 20122551 du 26 juillet 2012 et avis n° 20132915 du 12 septembre 2013.

¹¹ CADA, avis n° 20111096 du 14 avril 2011 et conseil n° 20084709 du 23 décembre 2008.

¹² CADA, avis n° 20111096 du 14 avril 2011 ; conseils n° 20073774 du 25 octobre 2007 et n° 20074583 du 22 novembre 2007.

prix, la CADA a estimé que *«le souci de garantir le libre jeu de la concurrence doit conduire à refuser de communiquer le détail des offres de prix des candidats retenus»*¹. Les passages exposant la formule de calcul de la note attribuée aux entreprises sur le critère prix sont, dans de telles circonstances très particulières, non communicables. La CADA prend également en compte le caractère répétitif du marché. La commission considère, en effet, que lorsqu'un marché est susceptible de présenter un tel caractère, la communication du détail de l'offre de prix de l'entreprise attributaire du premier de ces marchés (bordereau des prix unitaires) serait susceptible de porter atteinte à la concurrence, lors de la passation des marchés suivants. La reconnaissance du caractère répétitif d'un marché se fonde sur la probabilité que soit passé, dans un intervalle de temps rapproché, un nouveau marché portant sur une même catégorie de biens ou de services.

Deux hypothèses sont principalement visées par cette réserve : celle des marchés conclus pour une durée brève et qui sont susceptibles de faire l'objet d'une nouvelle mise en concurrence à échéances rapprochées et celle dans laquelle le même pouvoir adjudicateur est susceptible de passer des marchés distincts, mais portant sur des prestations ou des biens analogues dans un intervalle rapproché². Le cas échéant, la commission peut également tenir compte de la passation en cours ou imminente de marchés présentant des caractéristiques analogues par des collectivités comparables, situées dans le même bassin économique³.

D'autres éléments pris en compte par la commission peuvent l'amener à moduler cette appréciation du caractère répétitif, ou plus généralement de l'atteinte à la concurrence susceptible d'être portée par la communication aux tiers du détail de l'offre de prix du candidat retenu. L'ensemble de ces mesures procèdent de la volonté du législateur de renforcer les droits des administrés, tout en assurant une protection adéquate aux documents administratifs et aux informations publiques qu'ils contiennent. Elles offrent à toutes les personnes concernées les éléments nécessaires pour apprendre ou améliorer leur compétitivité dans le cadre des contrats publics relatifs à la commande publique ou à la gestion de services publics. Elles permettent également de se défendre ou d'attaquer les manœuvres frauduleuses ou irrégulières par la mise à disposition d'information cruciales, sources de transparence et d'honnêteté dans le monde des affaires. Ainsi les entreprises, candidates à des marchés publics, et les administrés sont de plus en plus demandeurs de communication des pièces de marchés publics. Répondre à des demandes de plus en plus nombreuses pose à l'administration, au-delà des questions juridiques, des difficultés d'ordre pratique. Une meilleure connaissance des obligations en matière de communication peut aider à mettre en place des procédures pour traiter ces demandes et réduire les motifs d'insatisfaction et litiges potentiels avec les demandeurs.

¹ CADA, conseil n° 20114251 du 3 novembre 2011.

² CADA, conseils n° 20110425 du 17 février 2011 et n° 20114251 du 3 novembre 2011. Le caractère «analogue» des prestations soumises à appel d'offres doit s'apprécier de manière restrictive : avis n° 20132924 du 24 octobre 2013.

³ CADA, conseil n° 20132294 du 25 juillet 2013.

B) Des exigences limitées au droit de communication des documents administratifs dématérialisés.

Aucune disposition législative ou réglementaire ne prévoit d'obligation pour le demandeur de formuler sa demande par écrit. L'administration ne peut donc pas le contraindre à se plier aux formalités qu'elle mettrait en place. Ainsi une demande orale ou un courriel envoyé à une adresse électronique valide - par exemple, celle indiquée sur le site de la collectivité - est recevable¹. De même, la loi ne prévoit pas que le demandeur justifie d'un intérêt pour agir, qu'il motive sa demande ou qu'il fasse état d'une qualité particulière. Cette condition peut toutefois être exigée (production d'une pièce d'identité ou d'un mandat) pour les documents dont l'accès est limité aux personnes intéressées.

A noter que, la demande doit en revanche être suffisamment précise pour que l'administration puisse identifier les documents dont la communication est sollicitée. Le demandeur peut être invité à préciser les documents et le mode de communication souhaité, ce qui est préférable à une absence de réponse de l'administration. Le droit d'accès aux documents administratifs, indépendamment de la forme sous laquelle ils existent, s'exerce dans les conditions et dans les limites définies par la loi de 17 juillet 1978. En d'autres termes ; aucun formalisme n'est prescrit par ladite loi. Cependant depuis des années, les modes de communication ont été bouleversés avec l'apparition du courrier électronique, et des serveurs de données. L'émergence puis le développement continu de l'administration ont conduit à modifier le choix de la communication des documents ; compte tenu des évolutions technologiques (a) et aux reproductions de documents (b).

a. La communication au choix du demandeur :

La loi, entérinant la jurisprudence administrative, précise que "*le droit à communication ne s'applique qu'à des documents achevés. Il ne concerne pas les documents préparatoires à une décision administrative tant qu'elle est en cours d'élaboration, et ne s'exerce plus lorsque les documents font l'objet d'une diffusion publique*" (art. 2)². Dans le cadre des marchés publics l'achèvement se constate à la signature du contrat. Les documents relatifs à la passation d'un marché présentent un caractère préparatoire, tant que le marché n'est pas signé par les parties contractantes. Ces documents ne deviennent pas communicables dès l'attribution du marché, mais seulement après que les procédures de signature ont été achevées³. Il convient de préciser à cet égard que l'administration n'a pas à attendre la notification ou la transmission au contrôle de légalité du marché pour communiquer les documents s'y référant⁴. Cependant, si la procédure est relancée, les dossiers ne sont communicables qu'à l'achèvement de la procédure relancée. Alors, si à la suite de

¹ LICHÈRE (F), «les procédures adaptés», contrats et marchés publics, op.cit, p. 50.

² Article 2 de la loi 17 juillet 1978 précitée.

³ CADA, conseil, n° 20013233, 22 août 2002, «Ministre de la justice».

⁴ CADA, conseil, n°20001008, 2mars, «président du conseil régional du centre». En l'espèce, la commission considère que «le bordereau de prix est un document administratif communicable en application de l'article 2 de la loi de 17 juillet 1978 dès lors que le contrat a été signé».

l'annulation de la procédure par le juge ou de la constatation de son caractère infructueux par l'administration, une nouvelle procédure est lancée, la commission estime que les documents relatifs à la première procédure gardent un caractère préparatoire et, dès lors, ne sont pas communicables jusqu'à l'achèvement de la seconde¹. Les modalités de communication sont, conformément à l'article 4 de la loi du 17 juillet 1978, la consultation gratuite sur place, sauf si la préservation du document ne le permet pas ; sous réserve que la reproduction ne nuise pas à la conservation du document, par la délivrance d'une copie sur un support identique à celui utilisé par l'administration ou compatible avec celui-ci et aux frais du demandeur ; par courrier électronique et sans frais lorsque le document est disponible sous forme électronique.

La Commission d'Accès aux Documents Administratifs², comme le Conseil d'Etat³ estime que le demandeur peut se faire accompagner d'un tiers lors de la consultation du document administratif. S'agissant de la délivrance d'une copie, l'administration n'est nullement tenue à la certification conforme⁴. Cette délivrance s'effectue aux frais de la personne qui la sollicite sans que ces frais puissent excéder le coût réel des charges de fonctionnement qu'induit la reproduction. A l'occasion de la délivrance du document, des frais correspondant au coût de reproduction et d'envoi de celui-ci peuvent être mis à la charge du demandeur. En tout état de cause, les collectivités ; à titre d'exemple ; ne sont jamais tenues de facturer le coût de la reproduction aux demandeurs lorsqu'il leur est impossible d'encaisser le règlement des photocopies, elles doivent donc les délivrer gratuitement⁵.

* *La demande de simple consultation* : l'administration peut définir des horaires d'accès ou organiser des rendez-vous entre ses services et les demandeurs. Les modalités de consultation sur place, notamment la présence d'un agent communal, relèvent des pouvoirs d'organisation de l'administration. Cette présence est souhaitable si elle permet une consultation des pièces administratives et archives de la commune dans de meilleures conditions de sécurité.

* *La reproduction* : la prise de photographie par le demandeur à l'occasion de la consultation sur place des documents n'est ni prévue ni exclue par les textes. L'administration n'est donc pas tenue d'accepter. Elle doit apprécier selon les circonstances (état du document, absence d'autres moyens de reproduction).

* *L'envoi électronique* : dès lors que les documents demandés existent en version numérique, rien ne s'oppose à leur communication sur support numérique ou par courriel. Pour autant, la demande de communication, même par voie électronique, doit remplir certaines conditions pour être recevable. Tout d'abord, à la suite du juge administratif⁶, le

¹ CADA, conseil, n° 20032491, 5 juin 2005, «Maire de St Paul».

² CADA, Avis, 5 déc. 1991, Leroy.

³ CE 11 juill. 1988, Coiffier ; voir sur : <https://www.legifrance.gouv.fr>

⁴ CADA, 26 mai 1994, Mazière.

⁵ CADA, 9 juillet 1992, maire de Saint-André.

⁶ CE 13 novembre 1992, «commune de Louviers» ; p. 987 ; voir également, CE, 26 février 1992, «Blanchet», Rec. T ; p 986 ; de manière générale, LASSERRE (B) et DELARUE (J.M), «Chronique de jurisprudence administrative française», AJDA, 1983, p. 407.

législateur réserve la possibilité de refuser la communication, en application de l'article 2 de la loi 1978 modifiée, lorsque la demande de l'administré est abusive¹; La jurisprudence a reconnu abusives des demandes qui avaient manifestement pour objet de perturber le fonctionnement du service public.

Les principaux critères retenus pour cette qualification sont: le nombre de demandes et le volume de documents demandé; le caractère répétitif et systématique des demandes, notamment sur un même sujet; la volonté de nuire à l'administration ou de la mettre, eu égard à son importance, dans l'impossibilité matérielle de traiter les demandes; la possibilité qu'a ou qu'a eu le demandeur d'accéder au document dans un passé proche; l'existence d'un contexte contentieux entre le demandeur et l'administration saisie ; le refus de l'intéressé de payer les frais qui lui ont été demandés à l'occasion de précédentes communications. Le caractère abusif s'apprécie par demande, et non pas en considération du demandeur lui-même, de l'objectif qu'il poursuit ou de l'opportunité de communiquer ou non un document.

En outre, force est d'admettre que dans l'univers électronique, *«les outils utilisés dont les logiciels permettent de retrouver très facilement les documents demandés et que le volume représenté, surtout s'il s'agit de textes, ne pourra qu'exceptionnellement être un obstacle à la communication sur support électronique de ceux-ci »*². La loi du 17 juillet 1978, dans son article 2, ne fait pas obligation à l'administration de communiquer les documents qui font l'objet d'une diffusion publique (édition, mise en ligne sur le site de la collectivité...). Précisons que l'affichage ou la diffusion dans la presse ne peuvent pas être regardés comme une diffusion publique laquelle se définit comme permettant effectivement aux citoyens d'accéder, à un coût modique, aux informations quel que soit leur lieu de résidence.

L'intérêt de la collectivité de mettre en ligne tous les documents librement communicables qu'elle détient est de ne pas avoir à répondre à des demandes ponctuelles de communication et donne une image positive de gestion transparente. Cela explique sans doute le développement de l'ouverture des données (ou open data) dans les grandes collectivités. Tous les documents produits ou reçus par la collectivité sont, en principe, communicables sur le fondement de la loi du 17 juillet 1978, mais il appartient à l'autorité de s'assurer avant toute communication que des informations ne sont pas protégées par les limitations prévues à l'article 6 de la loi de 17 juillet 1978³. Les précautions prises ne doivent pas excéder les limitations prévues et le refus de communication ne peut pas être justifié par le manque de moyens de la collectivité, pas plus que par des considérations

¹ La loi du 17 juillet 1978 **portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal**, précitée, prévoit expressément (art. 2) que «l'administration n'est pas tenue de donner suite aux demandes abusives, en particulier par leur nombre, leur caractère répétitif ou systématique».

² CANTERO (A), «des actes unilatéraux des communes dans le contexte électronique», op.cit, p. 387.

³ Article 6 de la loi de 17 juillet 1978 ; modifié par loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 - art. 21

Abrogé par Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015. Voir sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/>

d'opportunité, l'utilisation supposée qui sera faite des informations obtenues, un contexte conflictuel ou la simple existence d'un recours contre une décision du maire.

b. Accès aux documents administratifs numériques communicables et reproduction, copie, diffusion :

Dans le cas du Maroc, la question de la mise en œuvre du droit d'accès à l'information doit d'ores et déjà intégrer les exigences et les opportunités de l'Open Data¹, d'un point de vue politique, institutionnel mais également technique. Il s'agit notamment, grâce à une approche innovante, de dépasser les réticences qui peuvent exister au sein de l'administration, d'y opérer une mutation culturelle pour aller à l'encontre de l'accaparement des données comme source de pouvoir individuel, au détriment de l'intérêt général. Il s'agit également d'organiser un écosystème pour veiller à la mise en place harmonieuse d'une société du savoir, où les différents acteurs pourront apporter leur contribution. Cette approche exige de la méthode et la mise en place de dispositifs adaptés, notamment juridique et opérationnel, permettant de conduire le changement de paradigme sur le rôle de l'administration. La législation prévoit, comme un autre mode de communication la copie des informations demandées sur un support papier (par photocopie, ou par réimpression du document par une imprimante), même si les documents demandés n'existent pas sur ce mode de support.

L'administration peut facturer l'intégralité de coûts de ce procédé au demandeur : le cas où la préservation du document ne le permet pas (par exemple si il est fragile, trop ancien etc.). Dans ce cas, l'administré peut toujours demander la communication du document sur place. Dans le cas de documents existants sur support informatique (stockés dans des

¹ Le mouvement « Open Data » (données ouvertes) vise à encourager tout type de structure, et notamment des administrations du monde entier, à mettre à disposition de façon libre et gratuite, des données électroniques, qui constituent un patrimoine immatériel qui peut être mis en valeur pour l'ensemble de la collectivité : les chercheurs peuvent y trouver matière à nourrir leurs travaux et expériences, les développeurs peuvent créer des services innovants utilisant ces données, les citoyens et journalistes y trouvent des informations brutes, les entreprises peuvent fournir une valeur ajoutée à ces données, et ainsi créer de l'emploi et de la richesse pour la collectivité. Le concept d'Open Data s'appuie sur deux principes fondateurs : La qualité et la créativité de l'utilisation des données sont ce qui est créateur de richesse (humaine, sociale et économique) et non leur existence ou bien leurs possessions. Les données produites par les organismes publics appartiennent aux citoyens qui financent ces mêmes organismes publics. Dans le cadre du programme e-Gouvernement, le Ministère de l'Industrie, du Commerce et des Nouvelles Technologies a mis en place ce site afin de regrouper en un seul point d'entrée un ensemble de données publiques du Maroc disponibles sur plusieurs sites, dans un format directement exploitable. Les données collectées proviennent principalement de : Données issues d'enquêtes / collectes menées par les Départements Ministériels / Collectivités locales / Organismes publics. Statistiques et indicateurs publics réalisés par les Départements Ministériels / Collectivités locales / Organismes publics. Données de localisation des infrastructures gérées par les Départements Ministériels / Collectivités locales / Organismes publics. Données composant les référentiels maintenus par les Départements Ministériels / Collectivités locales / Organismes publics. Cette première version du site [data.gov.ma](http://www.data.gov.ma) est destinée à être enrichie par de nombreux jeux de données qui viendront s'ajouter au catalogue dans les mois qui viennent, au fur et à mesure des contributions des différents départements ministériels, collectivités locales et organismes publics. <http://www.data.gov.ma>

ordinateurs, ou des moyens numériques de stockage de données), la loi du 12 Avril 2000¹ prévoit que le demandeur peut choisir entre obtenir une copie sur un support papier ou une copie sur le même support que celui utilisé par l'administration. (Disquettes, disque optique, bande magnétique, etc) à condition qu'il soit facilement intelligible. Le choix incombe au demandeur et les frais aussi.

La loi hellénique, datant de 1986 époque où l'administration n'était pas très informatisée en Grèce, ne parle pas expressément de la possibilité de reproduction des documents sur un tel support informatique, qui est d'ailleurs un ajout récent en France à la loi initiale de 1978 déjà vu. Mais nous pensons, qu'on pourrait estimer que cette possibilité existe aussi en Grèce du fait que la loi parle simplement d'un droit à obtenir une copie, et que donc dans le cas de documents informatiques cette copie doit pouvoir s'entendre comme une copie sur un support identique à celui utilisé par l'administration².

**La jurisprudence :* Le droit d'accès aux documents administratifs, reconnu à toute personne physique ou morale, repose sur la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, mais aussi, concernant les documents administratifs communaux, sur l'article L. 2121-26 du code général des collectivités territoriales. Il résulte de l'application de ces textes législatifs que la communication peut être opérée soit par consultation gratuite sur place, soit par l'obtention de copies en un seul exemplaire, aux frais du demandeur, et sans que ces frais puissent excéder le coût réel des charges de fonctionnement créées par l'obligation légale de communiquer les documents administratifs de caractère non nominatif. Avant le décret du 6 juin 2001 et l'arrêté du 1er octobre 2001 pris en application de ce décret, la tarification des copies de documents administratifs était régie, concernant les services et établissements publics relevant de l'Etat, par l'arrêté du 29 mai 1980 du ministre du budget qui fixait le prix de copie d'un document administratif à 1 F (0,15) la page.

Cet arrêté n'était pas applicable aux collectivités territoriales. Pour ces dernières, le prix à facturer aux demandeurs pour la délivrance d'une copie d'un document administratif était donc libre, sous réserve de ne pas dépasser le coût réel des charges de fonctionnement, comme le précise l'article 4 de la loi du 17 juillet 1978 précitée. La commission d'accès aux documents administratifs (CADA), chargée de veiller au respect de ces dispositions législatives, ne pouvait que s'assurer, lorsqu'elle était saisie, que le tarif demandé était en rapport avec le niveau des charges de fonctionnement et les moyens de l'autorité administrative concernée, et ne présentait pas un caractère excessif. Les disparités constatées en matière de tarification, souvent peu compréhensibles pour les usagers,

¹ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000215117>

² <http://www.paradissis.com/MEMOIRE.html>

étaient jugées insatisfaisantes par la CADA, car susceptibles de déboucher sur des différences de traitement peu justifiées entre administrés¹.

Le décret du 6 juin 2001, pris pour l'application de l'article 4 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 et relatif aux modalités de communication des documents administratifs, a notamment eu pour objet d'harmoniser les modalités pratiques de communication des documents administratifs, dont les règles de tarification des copies, entre l'Etat et ses établissements publics, d'une part, et les collectivités territoriales et les autres autorités administratives, d'autre part. Il prend par ailleurs acte des évolutions techniques et technologiques de la dernière décennie, en précisant que toute personne demandant copie d'un document administratif, dans les conditions prévues à l'article 4 de la loi du 17 juillet 1978 précitée, peut obtenir cette copie soit sur papier, soit sur un support électronique identique à celui utilisé par l'administration, soit par messagerie électronique. L'article 2 du décret précise qu'à l'occasion de la délivrance du document peuvent être mis à la charge du demandeur des frais correspondant au coût de reproduction et, le cas échéant, d'envoi du document, qui constituent une rémunération pour service rendu.

Pour le calcul de ces frais, sont pris en compte, à l'exclusion des charges de personnel résultant du temps consacré à la recherche, à la reproduction et à l'envoi du document, le coût du support fourni au demandeur, le coût d'amortissement et de fonctionnement du matériel utilisé pour la reproduction du document, ainsi que le coût d'affranchissement². Les frais mentionnés à l'article 2, autres que le coût de l'envoi postal, ne peuvent excéder des montants définis par arrêté du Premier ministre. L'arrêté du 1er octobre 2001, relatif aux conditions de fixation et de détermination du montant des frais de copie d'un document administratif, précise les seuils suivants pour ces frais, hors coût de l'envoi : 0,18 (soit 1,18 F) par page de format A4 en impression noir et blanc ; 1,83 (soit 12 F) pour une disquette ; 2,75 (soit 18,04 F) pour un CD-Rom. Les copies de documents délivrées sur des supports autres font l'objet d'une tarification déterminée par l'autorité administrative concernée, dans les conditions fixées à l'article 2 du décret du 6 juin 2001 précité.

Ces seuils de tarification maximale, plus élevés que ceux fixés à 1 franc par page pour l'Etat et ses établissements publics par l'arrêté du 29 mai 1980 abrogé, ont été déterminés de manière à concilier au mieux les contraintes financières des autorités administratives concernées et le droit d'accès aux documents des administrés, pour qui l'harmonisation à un niveau moins élevé des tarifs de copie des documents administratifs représente un progrès en direction de l'égalité dans l'accès à ces documents, et de ce fait un pas vers une plus grande transparence de l'administration. Le Gouvernement n'envisage pas de modification à la hausse de ces seuils dans l'immédiat, compte tenu également de la baisse, constatée depuis de nombreuses années, du coût d'acquisition des matériels

¹Facturation par les collectivités locales de la reproduction des documents administratifs, 12^e législature, Question écrite n° 19740 de M. Jean-Pierre Fourcade (Hauts-de-Seine - UMP) publiée dans le JO Sénat du 13/10/2005 - page 2594.

² Ibid.

permettant la reproduction des documents (photocopieurs, graveurs de CD-Rom), ainsi que de leur usage généralisé pour les tâches courantes de fonctionnement des administrations¹. La réglementation ne prévoit pas néanmoins que la reproduction puisse se faire par des techniques de reproduction numériques portables largement accessibles aujourd'hui dans le grand public. Elles permettraient au citoyen de procéder lui-même à de petites opérations de reproduction numérique sur place : par appareil photo ou ordinateur portable avec scanner. Il souhaiterait savoir si le recours à ces techniques, que l'administration refuse souvent, est bien légal et dans quelle mesure une administration a le droit de s'y opposer.

Sur ce point, En vertu de l'article 4 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, l'accès aux documents administratifs s'exerce, au choix du demandeur et dans la limite des possibilités techniques de l'administration: par consultation gratuite sur place, sauf si la préservation du document ne le permet pas; sous réserve que la reproduction ne nuise pas à la conservation du document, par la délivrance d'une copie sur un support identique à celui utilisé par l'administration ou compatible avec celui-ci et aux frais du demandeur, sans que ces frais puissent excéder le coût de cette reproduction, dans des conditions prévues par décret ; par courrier électronique et sans frais lorsque le document est disponible sous forme électronique.

Par ailleurs, la commission d'accès aux documents administratifs avait rappelé dans son 8^{em} rapport d'activité que les administrations sont tenues, lorsqu'elles ne disposent pas de moyens de reproduction, de rechercher toute solution de nature à conserver toute sa portée à la loi et, notamment le recours à un appareil photographique. Ainsi, il convient d'apprécier les moyens de reproduction numérique (photographie ou scanner) comme légalement admissibles au regard des dispositions de la loi du 17 juillet 1978, sous réserve des éléments précédemment mentionnés, à savoir le bon fonctionnement des services ainsi que l'intégrité et la bonne conservation du document². L'article 4 de la loi 17 juillet 1978 prévoit également, le cas échéant, des frais de reproduction.

En effet en cas de délivrance d'une copie sur papier ou sur un support informatique identique à celui utilisé par l'administration, il appartient à l'intéressé d'indiquer sous quelle forme il souhaite obtenir le document sollicité. Des frais de reproduction pourront lui être facturés, sans que ceux-ci puissent excéder le cout réel supporté par l'administration³. L'article 2 du décret du 6 juin 2001, précise qu'à l'occasion de la

¹ <https://www.senat.fr/questions/base/2005/qSEQ051019740.html>

² Accès aux documents administratifs – réglementation, J.O de la République Française, n° 83311, du 17 janvier 2006, voir sur : file:///C:/Users/BH/Desktop/Ainsi,

³ En se sens Jean-Pierre Fourcade appelle l'attention du ministre délégué aux collectivités territoriales sur les conditions de facturation des copies de documents administratifs fixées par le décret du 6 juin 2001 et précisées par l'arrêté du 1er octobre 2001 dans le cadre de la mise en œuvre de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs. Le décret du 6 juin 2001 précise qu'à l'occasion de la délivrance du document, des frais correspondant aux coûts de la reproduction peuvent être mis à la charge du demandeur.

délivrance du document peut être mis à la charge du demandeur des frais correspondant au coût de reproduction et, le cas échéant, d'envoi du document, qui constituent une rémunération pour service rendu. Pour le calcul de ces frais, sont pris en compte, à l'exclusion des charges de personnel résultant du temps consacré à la recherche, à la reproduction et à l'envoi du document, le coût du support fourni au demandeur, le coût d'amortissement et de fonctionnement du matériel utilisé pour la reproduction du document, ainsi que le coût d'affranchissement¹.

La reconnaissance de ce droit, qu'il reste à encadrer par une loi, répond aux revendications de nombreux acteurs civils et politiques, depuis plusieurs années, qui exigent plus de transparence dans l'action publique et un engagement en faveur de la lutte contre la corruption. Elle permet au Maroc de se conformer à un certain nombre de ses engagements internationaux, et de satisfaire aux normes en vigueur dans l'ensemble des pays démocratiques. Cependant, depuis peu, au sein des pays les plus avancés, une nouvelle dimension du droit d'accès à l'information voit le jour, à la faveur de l'avènement de l'ère numérique. Ce mouvement, dénommé Open Government Data (ou Open Data), met l'accent sur la possibilité d'exploiter et de réutiliser les informations publiques. En particulier, il s'agit d'accéder à des données brutes recueillies ou produites par les administrations pour les valoriser.

Pour le calcul de ces frais, ce décret confirme que peuvent être pris en compte, à l'exclusion des charges de personnel résultant du temps consacré à la recherche, à la reproduction et à l'envoi du document, le coût du support fourni au demandeur, le coût d'amortissement et de fonctionnement du matériel utilisé pour la reproduction du document. Or, l'arrêté du 1er octobre 2001 a fixé un plafond de tarification particulièrement faible pour les copies de documents que l'on peut communiquer. C'est notamment le cas pour la reproduction sur Cédérom. Les prestations ne peuvent désormais pas être facturées plus de 0,18 euro la page, et 1,83 euro pour une disquette et 2,75 euros pour un Cédérom. Or, il apparaît que les plafonds sont sans aucune mesure avec l'ensemble des coûts réellement supportés par les collectivités territoriales. Aussi, il lui demande quelles dispositions il entend prendre pour redonner aux collectivités locales la possibilité de facturer aux demandeurs la reproduction des documents administratifs au coût réel. Ayant comme réponse qu'avant le décret du 6 juin 2001 et l'arrêté du 1er octobre 2001 pris en application de ce décret, la tarification des copies de documents administratifs était régie, concernant les services et établissements publics relevant de l'Etat, par l'arrêté du 29 mai 1980 du ministre du budget qui fixait le prix de copie d'un document administratif à 1 F (0,15) la page. Cet arrêté n'était pas applicable aux collectivités territoriales. Pour ces dernières, le prix à facturer aux demandeurs pour la délivrance d'une copie d'un document administratif était donc libre, sous réserve de ne pas dépasser le coût réel des charges de fonctionnement, comme le précise l'article 4 de la loi du 17 juillet 1978. Question écrite n° 19740 de M. Jean-Pierre Fourcade (Hauts-de-Seine - UMP), publiée dans le JO Sénat du 13/10/2005, p. 2594.

¹ Réponse du Ministère délégué aux collectivités territoriales publiée dans le JO Sénat du 23/02/2006, p. 492 : Voir sur : <http://www.senat.fr/questions/base/2005/qSEQ051019740.html>

§2- Le Mouvement Open Data et la question de la réutilisation des données :

Alors que le droit d'accès à l'information s'est imposé dans les démocraties depuis plusieurs décennies (voire des siècles dans certains pays scandinaves), le mouvement Open Data est quant à lui un mouvement extrêmement récent, qui fait actuellement l'objet d'une grande attention de la part des pouvoirs publics à l'échelle internationale. On a vu apparaître récemment, dans les pays déjà dotés d'une loi sur l'accès à l'information publique, la reconnaissance d'un droit à la réutilisation de cette information. Il en résulte que les administrations ne sont pas seulement obligées de répondre aux demandes d'information mais qu'elles sont également tenues de diffuser les données publiques qu'elles détiennent, dans un format et des conditions qui en permettent la réutilisation. Les Etats-Unis et le Royaume-Uni ont été les premiers à ouvrir ainsi l'accès à leurs données publiques sur des portails data.gov, en 2009 et 2010¹.

Au-delà du droit d'accès à l'information, l'Open Data se focalise sur deux dimensions principales : l'accès aux données brutes et la capacité à réutiliser ces données. Les grands principes de l'Open Data ont plusieurs formulations selon les sources, et selon l'accent qui est mis sur le volet technique ou juridique de cette réutilisation (**A**). Dans ces conditions, du point de vue juridique, il est nécessaire de formaliser la libération des données au moment de leur distribution, par une licence de réutilisation, pour apporter un équilibre à l'intérieur du cadre général où les propriétaires des données se réservent tous les droits relatifs à la réutilisation de leurs données dans l'ère numérique selon l'expression «tous droits réservés». Contrairement à la question du droit d'accès à l'information, qui fait partie intégrante des droits de l'Homme, le choix de l'Open Data, en tant que facilitation de la diffusion par des moyens informatiques des données publiques, est un choix politique (**B**).

A) Le cadre juridique de la réutilisation des données publics :

L'accès aux données publiques donne lieu à différentes formes de réutilisation qui peuvent être regroupées selon la typologie suivante : la consultation, la médiation, l'exploitation via une application, ou la réutilisation professionnelle ou spécialisée. La consultation, qui est l'usage le plus immédiat, consiste à accéder directement à une donnée en ligne, dans un but informatif, ou pour éclairer une décision ou un choix de citoyen ou de consommateur. La médiation consiste quant à elle à retravailler et reconfigurer des données pour les rendre plus accessibles au grand public. Les données peuvent également être utilisées pour alimenter une application (mobile ou non) créée par des développeurs pour proposer un service à des utilisateurs (citoyens, consommateurs, entreprises, administrations). Enfin, la réutilisation professionnelle ou spécialisée consiste à utiliser des données publiques comme input d'un processus d'entreprise.

La Constitution de juillet 2011 a consacré la reddition des comptes comme une valeur centrale du système politique marocain. Son article 1^{er} affirme ainsi que « (...) *Le régime constitutionnel du Royaume est fondé sur la séparation, l'équilibre et la collaboration des*

¹ http://www.ces.ma/Documents/PDF/Rapport-AS_14_2013_VF.pdf

pouvoirs, ainsi que sur la démocratie citoyenne et participative, et les principes de bonne gouvernance et de la corrélation entre la responsabilité et la reddition des comptes. ». En particulier, en ce qui concerne les services publics, l'article 154 de la Constitution affirme qu'ils « sont soumis aux normes de qualité, de transparence, de reddition des comptes et de responsabilité, et sont régis par les principes et valeurs démocratiques consacrés par la Constitution ».

Le caractère participatif et citoyen de la démocratie, affirmé par la Constitution, doit permettre une implication forte des citoyens dans la vie nationale et la gestion des affaires publiques. Le droit d'accès à l'information publique consacré par l'article 27 s'inscrit dans cette perspective. La réutilisation des informations publiques est définie comme une utilisation «à d'autres fins que celles de la mission de service public pour les besoins de laquelle les documents ont été produits ou reçus¹». Les informations publiques comportant des données à caractère personnel concernant des personnes vivantes ne peuvent faire l'objet d'une réutilisation sauf conditions particulières. Un règlement fixe les conditions concernant ces réutilisations. Dans certains cas il est nécessaire de signer une licence qui est un document contractuel. Ainsi la simple diffusion sur un site Internet ou la publication dans un ouvrage d'une image d'un document des archives est considérée comme une réutilisation d'information publique. Une licence doit être accordée et l'administration concernée peut percevoir des droits de réutilisation.

Le Maroc a choisi donc d'autoriser cette réutilisation par le projet de loi 31.13 relatif au droit d'accès à l'information². De nombreux articles sont consacrés au droit d'accès à l'information. L'article 15 du projet de la loi 31.13 relatif au droit à l'Accès à l'Information pose le principe du droit à l'information, puisqu'il dispose de la consultation des documents sans délais par toute personne qui en fait la demande. Néanmoins, ce droit n'est pas exigible automatiquement, puisque les articles 16 et 17 de la loi 69.99 relative aux archives précisent les conditions d'exercice de ce droit ; il s'agit de conditions temporelles. Toutefois, l'article 18 permet de contourner ces interdictions en prévoyant la consultation des documents prévus aux articles 16 et 17 sur autorisation de l'administration concernée à des fins de recherches scientifiques. Ainsi, la consultation de ces documents est soumise à une multitude d'autorisations universitaires et administratives et à des renvois entre institutions qui peuvent finir par décourager les demandeurs.

¹ Réutilisation d'informations publiques détenues par les archives départementales de la Loire, voir sur : http://www.loire.fr/upload/docs/application/pdf/2013-09/reglement_reutilisation_ad42.pdf

² Le régime juridique de la réutilisation des fonds d'archives publiques et des supports qui les reproduisent, films ou numériques est distinct de celui de la communication des archives publiques, fixé par la loi 66-99. Il a pour fondement l'article 11 de la loi du 17 juillet 1978 qui prévoit que, par dérogation aux articles 10 à 19 de cette loi, les conditions dans lesquelles les informations publiques peuvent être réutilisées sont fixées par les services culturels qui les conservent, au nombre desquels figurent notamment les services d'archives départementales et municipales. Projet de loi n° 31-13 relatif au droit d'accès à l'information, disponible sur le site de Transparency Maroc : <http://www.dai-transparencymaroc.com/documentation/>

Le droit à l'information est dans une moindre mesure abordé par d'autres instruments juridiques tels que le code de commerce¹ (articles 29 et 32), la loi relative à l'échange électronique de données juridiques (article 65, alinéa 3), le code électoral² (articles 12 et 56) et la loi relative aux études d'impact sur l'environnement³ (articles 9 et 10). Ces différents articles prévoient des dispositions garantissant un accès à une information parcellaire, dont la charge revient à l'autorité administrative concernée. Cet aspect permet de souligner le caractère universel du droit à l'information, car le lien entre le droit à l'information et la jouissance des autres droits de l'homme est mis en exergue indirectement dans chacune de ces dispositions. Mais l'absence d'une loi spécifique sur l'accès à l'information et la présence du secret professionnel dans de nombreux instruments juridiques⁴ ne permettaient pas d'assurer un véritable droit à l'information au regard des normes internationales⁵.

Si la première loi au monde sur l'accès aux *documents publics* remonte à 1766⁶, la problématique de la réutilisation des données contenues dans ces documents a émergé dans les années 1990 avec la généralisation de l'Internet. Ces deux questions sont souvent traitées séparément. Dans cette étude, nous partons du postulat que si les lois d'accès à l'information publique étaient inexistantes, il ne serait pas envisageable de réutiliser ces données. La différence réside dans les enjeux : l'accès aux documents publics relève de la démocratie et de la transparence des institutions ; la réutilisation des données pour produire des services ou pour la connaissance présente des enjeux socio-économiques **(a)**.

D'un point de vue politique, l'accès à ces données est censé permettre aux individus de protéger leurs droits ; d'ériger une barrière contre les abus, la mauvaise gestion et la corruption dans les États ; et, surtout, d'améliorer les modes de gouvernance. D'un point de vue économique, ces mêmes données peuvent favoriser l'innovation et créer des opportunités pour les entreprises⁷. Or il semble utile de s'interroger sur le périmètre des données administratives électroniques réutilisables **(b)** ?

¹ Dahir n° 1-96-83 du 15 rabii 1417 (1er août 1996) portant promulgation de la loi n° 15-95 formant code de commerce, précitée.

² Dahir n° 1-97-83 du 23 kaada 1417 (2 avril 1997) portant promulgation de la loi n° 9-97 formant code électoral, B.O n° : 4470 du 03/04/1997, p. 306

³ Le Dahir n° 1-3-60 portant promulgation de la loi n° 12-03 relative aux études d'impact sur l'environnement (EIE), B.O n° 5118, 18 rabiill 1424 (19-6-2003), p.508.

⁴ HARS (A), «Droit d'accès à l'information et aux documents administratifs : rôle du recours à la justice en droit marocain», in Association Adala, le Droit d'accès à l'information: la loi, l'administration et la justice: travaux d'un séminaire national, 2007, p. 85-99.

⁵ Article 19 du projet de loi 31.13 relatif au droit d'accès à l'information, Droit du public à l'information, principes relatifs à la législation sur la liberté de l'information, précitée.

⁶ En 1766, le Finlandais Anders Chydenius, pasteur et député au Parlement de Suède (la Finlande était alors sous domination suédoise) réussit à faire adopter un décret relatif à la liberté de la presse et au droit d'accès aux documents publics. (Mustnen, 2006).

⁷ Au niveau européen, ce marché a été estimé en 2006 à 27 milliards d'euros. Selon une étude de Seralab de 2007 citée par Berthault et Marx ci-après, le marché de l'information en France « a été estimé à près de 3,7 milliards d'euros en 2007 (dont 1,6 milliard d'euros pour les données électroniques), dont 60 %, soit 2,2 milliards d'euros, sont issues de données publiques à la base (informations légales, financières, économiques, etc.). <https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-du-numerique-2013-1-page-21.htm#no1>

a. Le principe de libre réutilisation des données publiques :

Il faut dire que le régime juridique marocain de la réutilisation des données publiques n'est pas forcément très lisible.... et nécessite un petit rappel en droit comparé: En transposant la directive 2003/98/CE du 17 novembre 2003, l'ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005, qui a modifié la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, a instauré le droit pour toute personne physique ou morale de réutiliser les informations publiques des administrations. Les conditions d'application de la loi du 17 juillet 1978 sont précisées dans le titre III du décret n° 2005-1755 du 30 décembre 2005. Un nouveau décret n°2011-577 et une circulaire du 26 mai 2011 viennent modifier le cadre juridique relatif à la réutilisation des informations publiques. Principal apport du nouveau régime : dorénavant, la décision de subordonner la réutilisation de certaines de ces informations par l'administration au versement d'une redevance devra être justifiée par des circonstances particulières. Ces informations devront être au préalable inscrites sur une liste établie par décret. Avant l'ordonnance de 2005¹, l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978 prévoyait que «L'exercice du droit à la communication institué par le présent titre exclut, pour ses bénéficiaires ou pour les tiers, la possibilité de reproduire, de diffuser ou d'utiliser à des fins commerciales les documents communiqués». Il posait un principe d'interdiction de la réutilisation à des fins commerciales. L'article 10 pose, au contraire, un principe de libre réutilisation des informations publiques, sous les réserves et dans les conditions prévues par le chapitre II de la loi du 17 juillet 1978.

Qu'est-ce qu'une réutilisation ? La loi prévoit que ce terme recouvre l'utilisation «à d'autres fins que celles de la mission de service public en vue de laquelle les documents ont été élaborés ou sont détenus». La publication des résultats d'examens et de concours par une société spécialisée est une réutilisation², de même que la publication sur le site internet d'une association d'une carte résultant d'une campagne de thermographie aérienne infrarouge menée par une commune, laquelle n'entendait pas publier ce document³ ou encore l'utilisation par un cabinet d'études d'un dossier adressé à l'administration par une autre entreprise, aux fins de préparer un dossier préalable à une déclaration d'utilité publique⁴. L'exploitation par un journaliste d'informations publiques figurant dans un document administratif est une réutilisation⁵, comme l'élaboration de documents graphiques à partir de cartes élaborées par une administration⁶ ou la mise en ligne de documents administratifs obtenus en vertu du chapitre I^{er} du titre I^{er} de la loi du 17 juillet 1978⁷.

¹ Ordonnance n° 2005-650 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, modifiant la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant notamment sur la liberté d'accès aux documents administratifs. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte>

² Recteur de l'académie d'Aix-en-Provence, avis n° 20060881 - Séance du 2/03/2006.

³ Maire de Nogent-sur-Marne, Avis 20091748 - Séance du 14/05/2009.

⁴ Préfet de la Côte-d'Or, conseil n° 20091473 du 30 avril 2009, Séance du 30/04/2009.

⁵ Maire de Valence conseil n° 20074133 du 21 février 2008, Séance du 21/02/2008.

⁶ Directrice régionale de l'environnement des Pays-de-la-Loire, avis n° 20060771 du 16 mars 2006.

⁷ Président du parc naturel régional Oise - Pays de France, conseil n° 20081565 du 17 avril 2008.

La CADA a en revanche estimé que la publication par voie de presse des bans pour les mariages n'est pas une réutilisation¹, mais le « simple prolongement » de la fin pour laquelle ils ont été élaborés. Par dérogation, l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978 prévoit que l'échange d'informations publiques entre autorités administratives aux fins de l'exercice de leur mission de service public ne constitue pas une réutilisation. La CADA a ainsi décliné sa compétence pour se prononcer sur des demandes de réutilisation formulées par une collectivité locale à l'État². Que peut-on réutiliser ?

Toutes les « informations publiques » peuvent être réutilisées (article 10). Il convient de noter par ailleurs qu'aucun texte de portée générale n'interdit la réutilisation de données non publiques³, même s'il peut exister des textes particuliers limitant l'usage susceptible d'en être fait (textes que la Commission n'est pas compétente pour interpréter). Pour qu'une information soit regardée comme publique, et entre à ce titre dans le champ du chapitre II de la loi du 17 juillet 1978, il faut tout d'abord qu'elle figure dans un document administratif. L'article 10 prévoit toutefois une série d'exceptions⁴.

À l'inverse, les documents librement communicables sur le fondement de l'article 2 de la loi du 17 juillet 1978 sont en principe des informations publiques ; les informations contenues dans des documents produits ou reçus par les autorités administratives dans l'exercice d'une mission de service public à caractère industriel ou commercial⁵; les informations contenues dans des documents sur lesquels des tiers détiennent des droits de propriété intellectuelle⁶ ; pour des photographies anciennes⁷. La Commission a également décliné sa compétence pour se prononcer sur la demande de réutilisation d'informations issues d'une base de données, dont les membres d'un groupement d'intérêt public demeurent individuellement propriétaires⁸. Un document ne peut être grevé de droits de propriété intellectuelle que s'il constitue une œuvre de l'esprit au sens du code de la propriété intellectuelle, ce qui n'est pas le cas, par exemple, de représentations graphiques et schématiques présentées par un maire au conseil municipal à l'occasion du vote du budget primitif 2008⁹. La CADA est en revanche compétente, en vertu du C de l'article 21 de la loi du 17 juillet 1978, pour connaître des questions de réutilisation du livre foncier

¹ Maire de Foug, conseil n° 20063781 du 14 septembre 2006.

² Ministre de l'équipement (DDE de l'Indre), avis n° 20070498 du 8 mars 2007.

³ Conseil n° 20063038, LAURIAC Alain (FIDAL) / Syndicat départemental d'énergies du Rhône (SYDER) ; Séance du 27/07/2006.

⁴ LAURIAC Alain (FIDAL), Syndicat départemental d'énergies du Rhône (SYDER), avis n° 20060881 du 2 mars 2006.

⁵ Président du conseil régional des Pays-de-la-Loire, conseil n° 20090221 du 15 janvier 2009.

⁶ Voir protection des droits de propriété ; pour des images aériennes, voir conseil n° 20063777 du 14 septembre 2006.

⁷ Maire de Calais, conseil n° 20071573 du 19 avril 2007.

⁸ Directeur du groupement d'intérêt public Aménagement du Territoire et Gestion des Risques, Conseil n° 20071492 du 19 avril 2007.

⁹ Maire de Maizières-lès-Metz, avis n° 20084340 du 27 novembre 2008.

informatisé d'Alsace-Moselle régi par le chapitre III du titre II de la loi du 1er juin 1924 (article 36-4)¹.

Le projet de la loi 31.13 relative au droit d'accéder à l'information paraît suivre cette direction. En effet, les informations publiques susceptibles d'être réutilisées sont les informations figurant dans des documents élaborés ou détenus par les administrations mentionnées à l'article 2, c'est-à-dire les données qui se trouvent dans les documents élaborés ou détenus par l'Etat, les collectivités territoriales ainsi que les autres personnes de droit public ou de droit privé chargées de la gestion d'un service public. En pratique, un producteur public ne pourra transmettre des données publiques à un autre acteur que dans trois cas : si la personne physique qui y est visée a consenti ; si les données sont anonymisées par l'autorité détentrice ; ou si une disposition législative ou réglementaire permet une transmission d'informations comportant des données personnelles.

De même les établissements et institutions d'enseignement et de recherche et les établissements, organismes ou services culturels déterminent leurs propres règles dans lesquelles ils autorisent la réutilisation de leurs données, conformément aux dispositions de l'article 6 du projet de la loi 31.13. Reste à noter que le droit à la réutilisation de données publiques est étroitement encadré et soumis à certains principes. Le débat sur la gratuité de l'accès aux données publiques est une question qui reste d'actualité, dans certains pays. En effet, les standards internationaux en matière de droit d'accès à l'information publique ne l'imposent pas. En revanche, ils exigent que la tarification éventuelle soit raisonnable, et limitée en tout état de cause au coût de mise à disposition.

b. Périmètre des données administratives réutilisables :

La réutilisation des informations publiques est un sujet nouveau, mais qui bénéficie d'un cadre juridique général clairement fixé par le projet de la loi 31.13. Cependant quelques cas particuliers ont déjà suscité des interrogations complexes sur lesquelles la loi s'est prononcée. Il est probable qu'à l'avenir, les questions sur la réutilisation de données à caractère personnel, d'informations sur lesquels des agents publics détiennent des droits de propriété intellectuelle ou l'exception des établissements culturels ou d'enseignement vont se poser de nouveau avec force. La réutilisation ne concerne pas n'importe quelle utilisation mais bien l'utilisation de documents administratifs dont disposent les autorités

¹ En 2003, le forum des droits sur l'internet s'est interrogé sur la politique à mener dans le cadre de la diffusion des données publiques. Selon la recommandation du forum des droits sur l'internet, constituent des données publiques «toutes les données, numériques ou non ; produites ou collectées par l'Etat, les collectivités territoriales et leurs établissements publics ou collectées par les personnes privées gestionnaires d'une mission de service public dans le cadre de cette mission». Comme indiqué à l'article 2 du projet de la loi Marocaine n°31.13 relative au droit d'accès à l'information. En ce sens, l'information publique appréhendée semble être définie à partir d'un critère matériel : le service public. Rapport GAUDRAT de 1992 relatif à la commercialisation des données publiques estime qu' «est publique la donnée produite usuellement par un service public au sens large», définition reprise par le rapport MANDELKERN. Jean-Michel BRUGUIERE adopte, quand à lui, une dernière définition plus large où sont publiques, «l'ensemble des données produites et le droit, cadre de l'activité du service public», BRUGUIERE (J.M), les données publiques et le droit, Paris, Litec, 2002, § 10 ; du même auteur, «données publiques : la confusion des gens de l'ordonnance du 6 juin 2005», op.cit, p.1793.

à des fins commerciales ou non commerciales autres que l'objectif initial de la mission de service public pour lequel les documents ont été produits¹.

Les documents administratifs qui sont mis à disposition inconditionnellement par une autorité publique ne sont pas non plus couverts par les dispositions de cette loi. Contrairement à la question du droit d'accès à l'information, qui fait partie intégrante des droits de l'Homme, le choix de l'Open Data, en tant que facilitation de la réutilisation par des moyens informatiques des données publiques, est un choix politique, notamment en ce qui concerne le périmètre des informations réutilisées. A cet égard, il existe plusieurs approches d'inspiration différentes. Une première approche, issue de la culture politique de type anglo-saxon, promeut la plus grande transparence pour scruter les dysfonctionnements éventuels des acteurs publics et d'autre part proposer une alternative plus performante par le recours au marché et à la libre entreprise.

Une seconde approche d'inspiration libertaire, fait de la liberté totale de circulation de l'information une condition de l'émancipation des individus. Une troisième approche que l'on peut qualifier de participative, s'inscrit dans une démarche d'accompagnement et de complémentarité à l'action de l'Etat et des acteurs publics, et voit dans l'Open Data une opportunité pour le développement de services aux citoyens et consommateurs et pour le développement des territoires. Dans cette approche participative, à laquelle souscrit le CESE, il convient de s'interroger sur les utilisations et les effets des données qui sont publiées. En particulier, il importe de bien mesurer, en termes de retour sur investissement, le potentiel de création de valeur de la libération de jeux de données particuliers et les bénéfices sociétaux qui peuvent en être attendus. Cette réflexion qui nécessite de la concertation et un certain recul ne doit pas néanmoins retarder la mise en mouvement du projet Open Data, qui dans son principe général paraît nécessaire et inéluctable². Le principe est que les administrations ne peuvent donc pas espérer obtenir de bénéfices financiers sur la vente des données. Avec le mouvement Open Data, la question de la gratuité de l'accès et la réutilisation des données publiques est redevenue d'actualité. Les adeptes de l'accès payant estiment que la réutilisation, notamment à des fins commerciales, n'a pas de raison d'être gratuite, d'autant qu'il existe déjà un marché de la donnée publique payante.

¹ Cette loi ne s'applique pas aux documents suivants: aux documents administratifs dont la fourniture ne relève pas de la mission de service public dévolue à l'autorité publique concernée; aux documents administratifs dont des tiers détiennent les droits de propriété intellectuelle; aux documents administratifs qui ne sont pas accessibles compte tenu des règles d'accès en vigueur y compris pour des motifs de : protection de la sécurité nationale, de défense ou de sécurité publique; confidentialité des données statistiques ou des informations commerciales; défaut d'intérêt personnel au cas où un intérêt personnel doit être démontré pour obtenir l'accès aux documents administratifs. Aux documents administratifs détenus par des radiodiffuseurs de service public ou leurs filiales et par d'autres institutions ou leurs filiales pour l'accomplissement d'une mission de radiodiffusion de service public; aux documents administratifs détenus par des établissements d'enseignement et de recherche, y compris des organisations créées pour le transfert des résultats de la recherche; aux documents administratifs détenus par des établissements culturels. Article 7 du projet de la loi 31.13 relatif au Droit à l'Accès à l'Information, précitée.

² <http://www.ces.ma/Pages/Auto-saisines/AS-14-2013-open-data.aspx>

A contrario, les partisans de la gratuité utilisent trois types d'arguments, de validité variable. Certains estiment que les données publiques étant financées par le contribuable, ces derniers devraient pouvoir en disposer gratuitement. D'autres présentent un argumentaire plus élaboré et plus fondé économiquement considérant qu'il est légitime d'appliquer une tarification au coût marginal, mais qu'en économie de l'information ce coût marginal est théoriquement nul. D'autres enfin estiment qu'il importe de respecter la cohérence du contexte de diffusion des données et à ce titre il ne fait pas de doute que, pour le champ de l'Open Data, qui vise essentiellement la facilitation de l'accès, la gratuité est de rigueur.

Il semble néanmoins qu'il y ait une forme de consensus sur le fait que les données produites pour le bon fonctionnement des services publics, et qui peuvent être publiées sans surcoût de formatage ou d'anonymisation, doivent être accessibles gratuitement. Pour le reste, il importe de stimuler l'innovation, notamment de nouveaux entrants, par la gratuité, quitte à réfléchir sur des formes de contribution des plus gros utilisateurs de données à la politique Open Data, par exemple par l'enrichissement à titre gracieux des données publiques, au bénéfice de tous. L'utilisation des informations publiques pourra, par ailleurs, être soumise au paiement d'une redevance dont les bases de calcul seront précisées par les administrations dans un répertoire ad hoc, mis à la disposition des usagers.

Il ya de ce fait principe de liberté de réutilisation, mais pas de gratuité¹, des données publiques. Les informations émanant des services publics et destinées à être diffusées doivent être datées et mises à jour régulièrement. Ainsi le traitement des demandes de réutilisations des données génère des couts que les administrations sont en droit de répercuter sur les demandeurs. La réutilisation des informations publiques peut donner donc lieu au versement de redevances au profit de l'administration, que celle-ci soit ou non l'auteur des documents réutilisés. Il faut pour ce faire que le montant de la redevance soit fixé à l'avance et qu'une licence type ait été élaborée et publiée par voie électronique.

La circonstance qu'une administration n'a pas préalablement élaboré la licence type prévue par le législateur, ni fixé à l'avance le montant de la redevance susceptible d'être exigée des personnes intéressées par la réutilisation de ces informations, ne peut être invoquée par l'administration comme faisant obstacle à l'exercice du droit à réutilisation dans les conditions déjà précisées². La réutilisation d'informations publiques peut donner lieu à l'établissement d'une licence. Cette licence est obligatoire lorsque la réutilisation est soumise au paiement d'une redevance. La pluralité de licences aux modalités variées peut freiner ou bloquer les croisements des différents jeux de données. Une homogénéisation des pratiques était donc nécessaire. La réutilisation des données publiques est soumise aux licences suivantes: l'Open Database License ; la licence

¹ Article 5 du projet de la loi 31.13 relatif au Droit à l'Accès à l'Information, précitée.

² Avis n° 20060881 du 2 mars 2006 : Consulter sur <http://www.cada.fr/que-peut-on-reutiliser,6055.html>

ouverte de réutilisation d'informations publiques¹. Ces deux licences étaient d'ores et déjà fortement utilisées par les administrations. L'Open Database License dite « ODbL » autorise les utilisateurs à partager, modifier et utiliser librement une base de données à condition que la rediffusion soit effectuée sous les mêmes conditions (« share alike »)².

D'un point de vue comparé, l'approche de la matière par l'Etats Unies est bien différente ; la réutilisation peut se faire sans licence et les règles à observer sont minimales. Mais si l'administration renonce à des droits patrimoniaux, elle se décharge aussi de toute responsabilité. Ce système simple et peut couteux permet aux organismes publics de se concentrer sur d'autres taches³.

B) Des moyens nouveaux au service de la diffusion des données publiques.

La question de la diffusion des données publiques avait pourtant donné lieu déjà à maintes réflexions et décisions. Mais la numérisation de ces données pose les problèmes sous un jour nouveau en raison de l'instantanéité, de l'extension sans limite et du faible coût de la diffusion, ainsi que de l'interactivité que permettent les nouvelles techniques de l'information et de la communication. L'évolution des positions initiales, a permis d'aboutir à des propositions dont deux sont essentielles : l'une est le principe de mise en ligne des données de base numérisées; l'autre se rattache à l'idée qu'en une matière aussi diverse et évolutive, il faut préférer une procédure de règlement des conflits à une réglementation qui prétende les prévenir: c'est le sens de la création d'une instance spécialisée dotée, dans certains cas, d'un rôle de médiation⁴. Il est apparu clairement à l'ensemble des acteurs de la diffusion des données publiques que, au-delà des difficultés classiques dues à la coexistence d'opérateurs privés et publics, la numérisation des données entraînera un bouleversement en profondeur des comportements et des structures de cette activité. Il est utile d'analyser les effets de l'intervention de ces technologies de l'information et de la communication sur la diffusion des données publiques, (a) afin de mettre l'accent sur la révolution des modalités de distribution de l'information par Internet (b).

a. L'internet ouvre des opportunités inédites pour la diffusion des données publiques :

Sans aller jusqu'à parler de «révolution numérique», la numérisation des données et la facilité de leur transfert sur des réseaux que la norme Internet-Protocol (IP)⁵ optimise,

¹ Cf. ADBS, «la diffusion des données publiques (2^{ème} partie)», Actualités du droit de l'information, n° 44, février 2004, p. 1, accessible sur : www.adbs.fr.

² <https://www.alain-bensoussan.com/avocats/licence-reutilisation-des-donnees-publiques/2017/08/01/>

³ Ibid.

⁴ BRUGUIERE (J.M), «l'exécution du contrat électronique», in HALLOUIN (J.CI) et CAUSSE (H) (dir), le contrat électronique au cœur du commerce électronique, actes des journées d'études du 18 mars 2004 et du 10 mars 2005 à Poitiers, Tome 10, Paris, LGDJ, coll. Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2005, p.152.

⁵ C'est un nom ou adresse unique attribuée à chaque ordinateur sur un réseau (internet, Ethernet) qui permet de les identifier. Cette adresse est composée de 4 nombres allant de 0 à 255 (32 bits), délimités par des points entre eux.

conduisent à la naissance d'une économie nouvelle. Ces progrès technologiques renouvellent la problématique de la diffusion des données publiques. De fait, l'exploitation de données publiques est effectuée pour réaliser un profit et donc de faire un usage économique de ces données. La diffusion envisagée est souvent confondue avec l'accès. Or tant d'un point de vue matériel que juridique, il est important de ne pas mélanger les deux notions. Dans l'avant-propos à notre questionnaire notre correspondant allemand souligne fortement ce point¹. A ce point, l'internet introduit des changements qualitatifs majeurs par rapport à la diffusion papier ou Minitel.

* Le caractère mondial : En matière de données publiques, la dimension mondiale se traduit par au moins deux réalités nouvelles: la possibilité de toucher un public international instantanément, sans coût de distribution supplémentaire; la possibilité de publier un service à partir d'un pays qui n'est pas celui de l'origine de l'information, et d'échapper aux règles de la territorialité². Cette dimension mondiale induit plusieurs implications dont la portée est contradictoire : négative avec les inquiétudes sur la sécurité des usagers et de leurs données personnelles; positive avec la possibilité de faire de la diffusion des données publiques un vecteur de présence mondiale³.

La dimension internationale fait également de l'internet le lieu par excellence de conflits entre différents systèmes juridiques, que ce soit en matière de protection des données personnelles, ou en matière de droit d'auteur, de standardisation, ou de responsabilité. Comme d'autres groupes de réflexions sur internet l'ont démontré, ces conflits potentiels rendent nécessaires une présence forte de la diplomatie marocaine, et une grande cohérence entre leurs positions et les réglementations qui sont en cours d'adoption au niveau interne⁴. Au contraire, les États-Unis ont capturé les marchés de l'information de grande consommation grâce à l'amortissement de leur production sur le marché national, qui leur permet ensuite une rediffusion au coût marginal.

Sur les marchés traditionnels, il est actuellement difficile pour l'industrie Marocaine de reprendre des positions, alors que les réseaux commerciaux des concurrents étrangers sont déjà amortis, que les ressources disponibles sont souvent rares (cas des fréquences

¹ HOLLEAUX (A), «Le secret professionnel», Le Monde 24 mai 1981. Dans le même sens MORANGE (G), «Le secret en droit public français», D., 1978, p. 1, s'interroge sur le fait de savoir si ce mouvement législatif ne serait pas « la révolution la plus importante depuis 1789 ».

² Cette définition correspond en partie à celle adoptée par L'Information Industry Association. Sur ce point, RIBAUT (T.) «formes et limites de la marchandisation de l'information. Pour une approche patrimoniale de l'économie de l'information», Thèse Lille, 1991, p. 22.

³ BRUGUIERE (B) (dir), «l'administration électroniques au service des citoyens», Bruxelles, Bruyant, 2003, p. 295. Dans son ouvrage les données publiques et le droit. Paris, Litec, 2002, p.p. 23- 24, BRUGUIERE définit l'information moyen comme «l'ensemble des données collectées et/ ou traitées et (dans une très faible mesure) diffusées par un service public afin de lui permettre d'accomplir des missions dont l'objet statuaire n'est pas précisément la mise à disposition d'information». L'information objet, en revanche, peut se définir «comme l'ensemble des données collectées et/ou traitées et/ou diffusées par un service public afin de répondre aux missions dont l'objet statutaire impose la mise à disposition directe d'informations». Ce faisant, l'auteur observe que ces deux types de données n'ont pas «les mêmes caractéristiques, n'obéissent pas à la même logique et ne suscitent pas les mêmes valeurs».

⁴ www.oieau.fr/index.htm

hertziennes disponibles), et qu'il ne lui est pas possible de tarifier au coût marginal. L'internet peut permettre de renverser cette situation. Son caractère décentralisé en matière de production et de réception d'information rend impossible la création de monopole. Dématérialisé, il permet à tous les acteurs d'opérer à un coût faible, et égalise leurs chances dans la compétition internationale.¹ Or, pour mener cette action de rééquilibrage, le Maroc dispose de tous les éléments de la chaîne de l'information. La stratégie d'influence menée par le gouvernement rencontre souvent la problématique des données publiques. Cette politique peut utiliser les données publiques de différentes manières. Les étrangers ont besoin d'un accès aux données : par exemple, l'Office international de l'eau² a rendu accessibles les bases de données des Agences de l'eau. Les données publiques peuvent favoriser la création de valeur ajoutée : en effet, pour qu'elles soient compréhensibles aux étrangers, il y a un besoin croissant d'intermédiation. Elles peuvent susciter des partenariats spécifiques avec les interlocuteurs étrangers. En conséquence, les défenseurs d'une politique offensive à l'échelon international militent pour la gratuité des données publiques.

Par ailleurs, l'assistance technique accordée aux pays en voie de développement ou en transition suppose une mise à disposition gratuite. Ceci n'est pas contradictoire avec une activité marchande, notamment par une segmentation des marchés et la réalisation de prestations à valeur ajoutée (comme en matière de matériel éducatif). Le faible coût de la diffusion et de la duplication remet en cause la structure tarifaire de la diffusion des données publiques. Internet est le type même d'une activité «à coût de production constant.», et à rendement fortement croissant³.

Certes, la loi de Moore⁴, traduit l'accélération du rythme de succession des générations de matériels informatiques. En pratique, elle impose aux producteurs une obligation de mutabilité technologique s'ils veulent maintenir leur qualité de service, et donc leur audience. Ceci conduit à ce que la fonction de production soit elle-même constamment évolutive. La diffusion numérique peut en outre entraîner des coûts de structuration de l'information. Cependant, la théorie traditionnelle du service public exige cette adaptation en vertu du principe de mutabilité. Celui-ci requiert que les services publics utilisent les dernières techniques disponibles pour remplir leurs missions et faire bénéficier les usagers du progrès technique. Cette obligation d'évolution produit des effets particulièrement sensibles en matière de matériels et de logiciels, mais aussi pour leur maintenance (qui peut représenter jusqu'à 20.% de l'investissement initial) et la mise à jour du site. Malgré la baisse des prix des matériels, les coûts de production ne sont pas stables dans le long

¹ <http://www.egov.ma/fr>

² Consultable à l'adresse : www.oieau.fr/index.htm

³ VOLLE (M), «Économie des nouvelles technologies», Économica, 1999.

⁴ Les lois de Moore sont des lois empiriques qui ont trait à l'évolution de la puissance des ordinateurs et de la complexité du matériel informatique. Au sens strict, on ne devrait pas parler de « lois de Moore » mais de « conjectures de Moore » puisque les énoncés de Moore ne sont en fait que des suppositions. Il existe en fait trois «lois» de Moore, deux authentiques (au sens où elles furent émises par Gordon E. Moore), et une série de «lois» qui ont en commun de se prétendre «loi de Moore» mais qui n'en sont que des simplifications inexactes. https://fr.wikipedia.org/wiki/Loi_de_Moore

terme, dont l'horizon se réduit d'ailleurs considérablement, au rythme de la loi de Moore, à quelques mois aujourd'hui. Au contraire, l'évolution de ces coûts peut parfois être très dynamique. Néanmoins, la notion de coût marginal perd de plus en plus de sa pertinence avec la numérisation¹.

Au Maroc, les dépenses du secteur public représentent une part significative du budget de l'Etat. Aussi, ce secteur est-il appelé à réaliser des gains d'efficacité importants grâce à la mise en œuvre de services e-gouvernement par le biais d'un traitement simplifié et automatisé de l'information². L'objectif poursuivi est d'utiliser les projets e-Gouvernement pour moderniser l'Administration et les Collectivités Locales au service des citoyens et des entreprises. Il s'agit d'exploiter les technologies de l'information et de la communication pour reconfigurer en profondeur les processus, les rendre efficaces et efficaces, totalement orientés au service du citoyen et de l'entreprise. C'est dans ce sens qu'a été mis en place le comité «e-gouvernement» chargé d'élaborer un plan d'action pour le développement de l'administration électronique et d'assurer le suivi des réalisations accomplies, dans le cadre global du Comité Stratégique pour le Développement des Technologies de l'Information, présidé par le ministre en charge des Affaires Economiques et Générales³.

b. L'internet révolutionne les modalités de distribution de l'information :

L'internet introduit une vraie innovation en matière de distribution, tant pour les produits ou services classiques que pour les produits exclusivement vendus en ligne. En effet, il est le premier système qui offre, pour un prix marginal tendant vers zéro, et pour un investissement initial relativement faible, un véritable face-à-face personnalisé entre offreur et consommateur (relation «one to one» ou «point à point»). Le consommateur peut en effet adresser par courrier électronique une commande particulière depuis chez lui. Tandis qu'en sens inverse, l'offreur peut lui ouvrir une vitrine personnalisée, voire lui adresser sans surcoût des informations qui lui sont exclusivement destinées. Pour cela, l'utilisateur possède la possibilité de déterminer son propre menu informationnel, comme il se constituait autrefois sa revue de presse. Grâce aux outils mis à sa disposition sur son poste personnel, ou disponibles sur le réseau, ou encore proposés par l'offreur de service lui-même, l'utilisateur devient lui-même en partie créateur de la valeur ajoutée de l'information qui lui sera fournie par un spécialiste⁴.

¹ Cette réduction drastique des coûts de distribution est ainsi perceptible dans le secteur bancaire. Elle est de 1 à 10 entre la banque sur l'internet et un réseau classique. Aux USA et en Europe, les trois quarts des sites bancaires ont coûté en investissement moins de 50.000. € (11.% ont coûté plus de 200.000. €) et un montant équivalent en exploitation pour 80.% de ces sites. Au contraire, une agence bancaire coûte en investissement de 1,5 à 2 millions € et les frais d'exploitation s'élèvent, annuellement, entre 300.000 et 500.000. €. Cité in Bulletin du centre d'information sur l'épargne et le crédit, Banque Paribas, n° 213, 2^{ème} trimestre 1999 (www.paribas.com, rubrique «recherche»).

² <http://www.egov.ma/fr>

³ BRUGUIERE (B) (dir), «l'administration électroniques au service des citoyens», op.cit, p. 27.

⁴ SCHERER (É), Chapitre I, « La révolution de l'information Dans A-t-on encore besoin des journalistes? » 2011. <https://www.cairn.info/a-t-on-encore-besoin-des-journalistes--9782130585671-page-25.htm>

Cette relation de face à face, combinée avec les possibilités technologiques («cookies», etc.) permet de constituer des fichiers clients extrêmement détaillés. Ces fichiers sont eux-mêmes une source de commerce, et donc de revenus, mais aussi de gains de productivité pour les producteurs de service et les distributeurs. Le développement du Webcam¹ et de la téléphonie par internet permet enfin de transformer la relation strictement écrite en relation directe entre le vendeur et le consommateur, comme certains services de vente à distance le font dès aujourd'hui. Cette possibilité de diffusion ciblée géographiquement et exactement adaptée au besoin des utilisateurs recèle ainsi d'importantes réserves de gains de productivité pour la collectivité, en se fondant sur un service dont les données publiques constituent le support. Par ailleurs, les annuaires, qui sont au Maroc tenus par des services publics, et sont des données publiques, peuvent être à la base de la constitution de «profils» lorsqu'ils sont mis en ligne².

* L'interactivité va pousser à l'extension de la notion de «données essentielles»: Les usagers sont en effet incités, au fil de leurs requêtes, à demander des informations supplémentaires ou de plus en plus précises. La frontière de la gratuité risque d'être de plus en plus difficile à tracer. Cela sera d'autant plus le cas que, dans leurs relations avec les services publics en général, les usagers demandent des prestations neutres au regard de la nature du prestataire. Ils sont de moins en moins sensibles aux limites de compétence entre services, ou entre public et privé. En quelque sorte, la mise en ligne de données publiques provoque à la fois la création d'un nouveau guichet, mais aussi d'une nouvelle approche des questions administratives.

La mise en ligne gomme la différence entre le contenu informationnel et un service particulier. Sur les supports traditionnels, il était déjà difficile de distinguer, au sein de la chaîne de production du contenu informationnel, les différentes étapes de création de la valeur ajoutée. La nouvelle demande d'interactivité rend aujourd'hui très difficile la séparation physique entre activités informationnelles et services proprement dits. Dans ce contexte, la mise en ligne des données publiques crée pour les administrations une incitation à pénétrer dans la sphère de la prestation de service de type marchand. La demande d'interactivité justifie alors l'adoption d'une nouvelle organisation de ce secteur.

* La politique américaine de diffusion des données publiques: l'application du principe constitutionnel de liberté d'opinion fonde la gratuité de la diffusion des données publiques par les agences fédérales. La doctrine américaine³, ne s'est en effet pas organisée en application de raisonnements économiques mais avant tout selon une philosophie politique. La nature unique de l'information dans une démocratie, que T. Jefferson assimilait à celle de la monnaie dans l'économie («the currency of democracy»), justifie

¹ Webcam : couplage d'une caméra vidéo à un ordinateur connecté au réseau. Permet l'envoi instantané d'images vidéo, qui peuvent être associées à d'autres données numériques (son, texte).

² D'où le récent rachat du producteur américain d'annuaires Yellow Book par British Telecom pour la somme de 650 millions €, les Echos, p. 13, 27-28 août 1999.

³WEISS (P) et. BACKLUND (P,) précité et Fiscal Year 1999 Information Collection Budget of the US Government – Chapter 5: «From Collection to Dissemination : How the Government Manages and Uses Information», OMB, 1999.

une politique très réglementée par différents textes. Tout d'abord, la circulaire de l'Office of Management and Budget (OMB)¹. Elle a été ensuite codifiée dans le Paperwork Reduction Act (PRA)² de 1995, signée par Clinton après une approbation à l'unanimité des deux chambres du Congrès. Par ailleurs, le Freedom of Information Act (FOIA)³, promulgué en 1966 a été amendé en 1996 par le Electronic Freedom of Information Act⁴. Il prescrit à chaque agence de publier l'information administrative sur ses procédures, son organisation, les règles applicables, ainsi que de mettre à disposition sous forme électronique à compter du 1er octobre 1996, ou dans un délai d'un an à compter de leur création, tous les fichiers administratifs. Le «Privacy Act» exige par ailleurs la publication d'informations concernant les «systèmes de fichiers.» – c'est-à-dire des fichiers interrogeables par un identifiant personnel commun. Enfin, le «Government in the Sunshine Act» prescrit la publication des annonces de réunions, enquêtes publiques, etc. Cette politique s'organise autour des principes suivants:

L'information publique appartient au patrimoine public et constitue une ressource nationale de valeur; Le gouvernement doit mettre l'information à disposition du public à temps et de façon équitable; Le gouvernement a le devoir de développer la diversité des sources d'information. Ceci implique notamment que l'administration ne cherche pas à concurrencer le secteur privé dans des produits à valeur ajoutée.

Bien au contraire, l'administration devra diffuser activement son information, et notamment les données brutes, à prix coûtant et sans exercer de contrôle par le biais du copyright. Parmi les éléments de cette doctrine, l'obligation de diversité est particulièrement importante, puisqu'elle justifie toute la politique de large accès à l'information. Dans le cas des bases de données publiques disponibles en ligne, les coûts du développement initial, ainsi que les matériels et les logiciels qui y sont associés, ne sont pas inclus dans le coût de diffusion.

En revanche, les coûts additionnels dus à la décision de diffuser sont inclus dans le tarif. Il s'agit notamment des coûts de modification de la base de données nécessaire à sa diffusion; des coûts des matériels et logiciels utilisés, ainsi que du réseau de distribution au public et des infrastructures de télécommunication⁵. De même, lorsqu'il s'agit de diffuser sur CD-Rom une base de données existante, les coûts associés à la base initiale ne sont pas facturés. Les coûts de formatage des données pour le CD-Rom, ainsi que les moteurs de recherche, sont en revanche facturés. Enfin, quand il s'agit de fournir une information à la demande, il est permis de recouvrer le coût complet, y compris le coût de collecte et de production de l'information, c'est-à-dire tous les coûts associés nécessaires pour répondre à la demande. Dans tous les cas, il s'agit d'un coût moyen.

¹ OMB Circular A-130 a été modernisée en 1993, et publiée au Federal Register, n° 61, 20 février 1996, p.6428.

² Publié à l'adresse : thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c104:S.244.ENR :

³ Version consolidée publiée à l'adresse : www.access.gpo.gov/congress/cong013.html

⁴ Publié à l'adresse : thomas.loc.gov/home/c104query.html

⁵ CATINAT (M) «Entrer dans la société de l'information – l'enseignement américain», Futuribles, mai 1999, p. 56.

Le secteur privé joue un rôle particulier dans ce système, à la fois comme élément de diversité et comme facteur de maximisation de la diffusion. Cette approche répond en effet aux constats suivants : il y a dans l'économie suffisamment de place et de besoins pour que tous les agents puissent jouer leurs rôles respectifs ; dans la société de l'information, aucun fournisseur ne peut créer des produits pour satisfaire tous les besoins. Bien au contraire, le secteur privé est irremplaçable pour déterminer les besoins et tester les marchés.

Si l'espace public politique s'est élargi et modernisé, c'est aussi en partie grâce à l'évolution des technologies informatiques. L'innovation technologique n'a cessé de révolutionner la transmission de l'information, ce qui a engendré des conséquences : les informations sont maintenant renouvelées en temps réel, la compétition devient plus forte entre les nouveaux médias qui doivent se partager une l'audience. Mais plus que ces conséquences, la révolution des technologies de l'information a complètement transformé la façon de communiquer.

La forme traditionnelle de communication est caractérisée par une communication dite « *point-to-point* », qui implique un émetteur et un receveur ou bien par une communication dite « *broadcast* » qui implique un émetteur et plusieurs receveurs. Avec la venue d'Internet, ces deux formes de communication peuvent être utilisées de façon simultanée, et un simple utilisateur peut maintenant joindre un public illimité avec l'aide de plusieurs canaux, que ce soit par le texte, la voix, les images ou la vidéo¹. Mr Shanto Iyengar² définit l'âge d'Internet comme l'âge de l'information surchargée³, avec des milliers, voire des millions, de sources passant par les sites officiels et prestigieux, jusqu'au plus petit blogue. Et évidemment, tout cela a un impact sur les organisations politiques, les médias traditionnels, tout comme sur les utilisateurs d'Internet.

Toutefois, il est encore difficile de mesurer parfaitement les effets de l'utilisation des nouveaux médias vu la rapidité de l'essor. Bien qu'il génère encore des problèmes épineux, tant au niveau du contrôle de légalité qu'au niveau du contrôle par les juridictions des contrats administratifs dématérialisés. C'est pourquoi il est approprié d'affirmer, que les recherches effectuées sur le sujet sont encore au stade de « *l'enfance*⁴ ». Jacques Gerstlé abonde dans le même sens en affirmant que « *le conditionnel est un mode souvent utilisé dans le discours sur Internet qui incite à penser que le registre prospectif reste dominant, ouvert, encore, à toutes les espérances sur les potentialités de l'outil*⁵ ».

¹ DAHLGREN P., "The political web: Media, participation and alternative *democracy*", Palgrave, Macmillan, 2013.

² Professeur au Département de Science politique de l'Université de Stanford, <https://journals.openedition.org/rfsic/3424>

³ DAHLGREN (P), "Media and political engagement: citizens, communication and democracy", Cambridge University Press, 2009.

⁴ DAVIS (R.), HOLTZ-BACHA (C.), and JUST (M.), "Twitter and elections around the world", Campaigning in 140 characters or less, London, Routledge, Studies in Global Information, Politics and Society, 2016.

⁵ GERSTLÉ (J), « La communication politique », Paris, Armand Colin, 2012.

TITRE II : Le contrôle du contrat administratif dématérialisé

Actuellement, en application de la loi 41-90 instituant des tribunaux administratifs¹, les tribunaux nouvellement institués sont compétents pour connaître des litiges relatifs aux contrats administratifs. Le législateur n'a pas parlé de contrats de l'administration, ce qui aurait permis une interprétation différente de celle qui est en cours, mais il a spécifié «*contrats administratifs* ».

Ce faisant, il remet à flots la notion de contrat administratif avec ce qu'elle implique comme recherche et précision du critère d'identification et, bien entendu, application de règles dérogatoires au droit civil, même s'il n'a été nulle part question, dans une loi de matière administrative². Sans doute, est-ce une évidence léguée par les textes de 1913 et l'esprit qui s'est forgé de longues décennies aux concepts du droit administratif français. Mais il faut dire que son accueil a été favorisé par l'esprit qui est à la base de la création des tribunaux administratifs: statuer sur les litiges afférents à l'administration, mais en leur appliquant le droit administratif.

Disant que, le contrat administratif fait l'objet de deux types de contrôle postérieurs à leur conclusion : le contrôle de légalité et le contrôle des juridictions financières au sphère électronique (**Chapitre I**) ainsi que le contentieux dudit contrat en ligne qui posent la problématique de la transmission électronique des pièces contractuelles (**Chapitre II**). Pour le premier, au représentant de l'Etat, pour le seconde, aux chambres régionales des comptes et à la cour des comptes. Il faut bien avoir à l'esprit que le développement des techniques de communication par internet est inéluctable compte tenu, de l'équivalence des documents électroniques et des documents sur papier, inscrite dans les textes et, d'autres part, de la volonté de l'Etat, et des collectivités locales³.

¹ Dahir n° 1-91-225 du 22 rabie I 1414 (10 septembre 1993) portant promulgation de la loi n° 41-90 instituant des tribunaux administratifs, B.O. n°4227 du 03/11/1993, p.595.

² L'article 52 du cahier des clauses et conditions générales des marchés fait référence à la notion de matière administrative, mais il ne s'agit pas d'un texte de loi.

³CHEVALIER (J) écrit même que l'existence d'un droit administratif est indissociable de la création d'un juge spécial», in Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie, Le droit administratif en mutation, Paris, Puf, 1993, p. 12, ce qui peut être vrai pour la France, mais ne s'applique pas nécessairement à tous les autres pays.

CHAPITRE I : Les procédures de contrôle du contrat administratif électronique

Durant toute la période du protectorat, les tribunaux accueillaien très favorablement l'exception d'illégalité, aussi bien en matières civile que pénale, parant ainsi avec habileté à la lacune laissée par l'absence du recours pour excès de pouvoir¹. Cette attitude, sans laquelle tout contrôle juridictionnel de l'administration de l'époque eût été illusoire, avait emporté l'adhésion de l'ensemble de la doctrine² qui lui trouvait, à juste titre, un fondement théorique et une autre pratique.

Sur le plan théorique, estimant qu'en refusant d'appliquer un acte illégal, et, ce faisant, en appréciant sa légalité, on n'était point en contradiction avec l'article 8 du dahir sur l'organisation judiciaire interdisant aux juridictions civiles d'ordonner accessoirement ou principalement "toutes mesures dont l'effet serait d'entraver l'action des administrations publiques"³. Déclarer illégal un acte administratif à l'occasion d'un litige où sa légalité⁴ était contestée, n'équivalait pas à entraver l'action de l'administration⁵.

Ce point de vue était d'autant acceptable qu'il ne s'opposait, sur le terrain historique, à aucun principe fondé sur une séparation des autorités administratives et judiciaires, enracinée quant à elle dans Sur le plan pratique, l'attitude était tout aussi défendable dans la mesure où elle permettait l'adoption d'un système permettant, d'une part, un contrôle, quoique limité, de l'administration et, d'autre part, la défense des droits des administrés privés d'un recours semblable à celui de la métropole et déjà connu pour ses grandes

¹ De LAUBADERE (A), «Le contrôle de la légalité des actes administratifs par les tribunaux judiciaires du Maroc». G.T.M., 1943, p. 122.

² MICHEL (A), «Traité du contentieux administratif au Maroc», P.U.P., 1932, p. 308; MONIER (R), «Traité du contentieux administratif au Maroc», 1935, p. 101; Meissonnier (G), «Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs au Maroc», R.M.D., 1949, p. 138.

³ Cet article peut être considéré comme le premier jalon du droit administratif marocain, il est la reproduction presque intégrale de l'esprit de la loi révolutionnaire française de 1789, interdisant aux juges de connaître des affaires administratives, sans laquelle le droit administratif dans son entier aurait été tout différent de ce qu'il est, à commencer par l'aspect de l'appréciation de la légalité des actes administratifs par les tribunaux judiciaires. BENABDALLAH (M.A), «Sur l'appréciation de la légalité des actes administratifs par les juridictions ordinaires». Consulter sur : <http://aminebenabdallah.hautetfort.com/list/dr>

⁴ Pour la doctrine relative au contrôle de légalité, cf. notamment, AUBY (J.F), «la décentralisation fait-elle naître de nouvelles tutelles?», AJDA, 1984, p. 421 ; AUBY (J.F), «observations sur le contrôle de légalité », la gazette des communes, 3 mars 1997, p. 27. BONICHOT (C) et FROMET (E), «le champ d'application du contrôle de légalité des actes des collectivités locales », JCP-N, 2001, n° 5, p. 237 ; des mêmes auteurs, « l'exercice du contrôle de légalité » JCP-N, 2001, n°11, p. 584 ; BRISSON (J.F), «faut-il réviser le contrôle de légalité?», Gestion et droit des collectivités locales, nouveaux horizons, vingt ans après la loi du 2 mars 1982, Actes du colloque de Bordeaux, Gaz. Communes, cahier détaché, 5 mai 2003 ; du 2 mars 1982, du mêmes auteur, «le contrôle de légalité dans la loi du 13 aout 2004 », AJDA, 24 janvier 2005, p. 126 ; BRUNELLI (P), le contrôle de légalité, Paris, LGDJ, 1998, p.105. GAUDEMET (Y) et BERBARI (M), le contrôle de légalité des actes des collectivités locales, Paris, Ed. Du Cridon, coll. «Conférences», 1999, p.77 ; HELIN (J.C), «le contrôle de légalité des actes locaux en France», AJDA, 1999, p. 767; MARTIN (S), «contrôle a posteriori de la légalité des actes des collectivités locales», Paris, Berger-Levrout, 1990, p. 366 ; VERPEAUX (M), «les actes des collectivités territoriales», LPA, 2001, n° 95, Spéc. pp. 23-28.

⁵ MICHEL (A), «Traité du contentieux administratif au Maroc», op. cit, p. 303 à 305; Monier (R), « Traité du contentieux administratif au Maroc», op.cit., p. 101.

vertus¹. «On ne pouvait pas livrer l'administré», comme disait M. Luchaire², pieds et poings liés à l'arbitraire de l'administration. Le recours en annulation, sans aucun droit de cité au Maroc, il était normal que, pour un minimum de défense des droits, le juge s'essayât à exercer quelques poussées sur la porte entrebâillée de l'exception d'illégalité; l'autre, celle du recours pour excès de pouvoir, étant complètement verrouillée³.

La mise en œuvre des TIC est accompagnée par l'émergence de nouvelles pratiques de contrôle dans l'exécution du contrat administratif à distance qui seront obligées de se doter d'un système efficace de contrôle de légalité pour le pilotage de leur performance. Face à ce constat, les pouvoirs publics souhaitent que cette procédure de contrôle soit à la fois simplifiée par la rationalisation et la limitation des types d'actes soumis au contrôle et modernisée par le recours à la dématérialisation des actes des collectivités locales marocaines⁴.

C'est à ce niveau et par rapport à ces considérations que se situe notre problématique qu'on peut formuler ainsi : Quelles sont les pratiques et les facteurs d'émergence des contrôles de légalité (**Section I**) et budgétaire (**Section II**) dans l'exécution du contrat administratif dématérialisé? Ceci est tracé clairement dans toutes les chartes des collectivités territoriales, soit par la loi 47-96⁵, ou la charte communal⁶.

¹ "L'arme la plus efficace, la plus économique, la plus pratique qui existe au monde pour défendre les libertés", JEZE (G), Annuaire de L'Institut international de droit public, 1929, p. 162.

² LUCHAIRE (F), «La séparation des autorités administratives et judiciaires au Maroc», Penant, 1946, Droit, p. 10.

³ De LAUBADERE (A), «Le contrôle de la légalité des actes administratifs par les tribunaux judiciaires du Maroc », op. cit, p. 124.

⁴ Les collectivités territoriales du Royaume sont les régions, les préfectures, les provinces et les communes. Elles constituent des personnes morales de droit public, qui gèrent démocratiquement leurs affaires. (...); article 135 du Dahir n° 1-11-91 du 27 chaabane 1432 (29 juillet 2011) portant promulgation du texte de la Constitution, B.O n° 5964 bis du 28 chaabane 1432 (30/07/2011), p. 1923.

⁵ Dahir n° 1-97-84 du 23 kaada 1417 (2 avril 1997) portant promulgation de la loi n° 47-96 relative à l'organisation de la région, B.O n° : 4470 du 03/04/1997, p.292.

⁶ Loi n° 78-00 portant charte communale promulguée par le dahir n°1-02-297 du 25 rejeb 1423 (3 octobre 2002) ; B.O n° 5058 –16 ramadan 1423 (21-11-2002), telle qu'elle a été modifiée et complétée par la loi n°01-03 promulguée par le dahir n°1-03-82 du 20 moharrem 1424 (24 mars 2003) ; B.O n° 5096 – 30 moharrem 1424 (3-4-2003) et la loi n°17-08 promulguée par le dahir n° 1-08-153 du 22 safar 1430 (18 février 2009); B.O n° 5714 – 7 rabii I 1430 (5-3-2009).

SECTION I : Vers un Contrôle administratif des actes dématérialisé

Les actes administratifs sont soumis au principe de légalité. Ce principe doit être compris dans le sens le plus large possible : sont visées l'ensemble des normes écrites ou non qui, au moment où une autorité administrative prend une décision, s'imposent à elle. La violation du principe de légalité entraîne la censure des actes administratifs par le juge administratif lorsqu'ils font l'objet d'un recours. Devra également être mentionnée l'hypothèse où le principe de légalité est atténué, en cas de circonstances de crise¹.

La transmission par voie électronique des actes soumis au contrôle de légalité est l'un des programmes majeurs de la modernisation de l'administration de l'État, dans le cadre du programme IDARATI² (Administration électronique), sous l'effet d'une double prise de conscience : la nécessité de faire entrer l'administration (État et collectivités) dans la «modernité» électronique et celle de recentrer l'activité des fonctionnaires sur les tâches constituant leur cœur de métier en les déchargeant des activités matérielles annexes. Dès lors la problématique du contrôle de légalité dans l'univers électroniques est incontournable dans la mesure où ; à défaut de respecter cette procédure, le contrat électronique n'aurait aucune raison d'être, puisqu'il ne pourrait pas devenir exécutoire.

Le dispositif «@CTES» permet la télétransmission des actes soumis au contrôle de légalité (§1). Ce contrôle de légalité dématérialisé offre aux collectivités territoriales une opportunité de modernisation et de simplification en mettant à leur disposition un outil simple, fiable, efficace, rapide, qui permet de réduire les coûts (photocopies, affranchissement et déplacement) tout en s'inscrivant dans une démarche de développement durable. La transmission des actes par voie électronique sécurisée est un dispositif essentiel qui permet également de rationaliser l'organisation du service, garantissant ainsi une plus grande efficacité de l'administration. Or, il est légitime de poser la question suivante : Il est possible d'envoyer les marchés publics au contrôle de légalité de manière dématérialisée (§2).

§1- Les soubassements juridiques du contrôle de légalité.

Institué par la loi, le contrôle de légalité a été édifié, au fil du contentieux, par la jurisprudence du Conseil d'Etat. L'apport du juge administratif a concerné tant la procédure contentieuse du déféré préfectoral que les conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat pour carence de contrôle. Il est à souligner, à ce stade, une tendance de la jurisprudence à généraliser le déféré préfectoral à tous les actes des collectivités territoriales, qu'ils soient soumis ou non à l'obligation de transmission³. Les contrats et les marchés publics sont naturellement concernés par l'allègement du contrôle de légalité, mais paradoxalement, l'exclusion de certains d'entre eux provoque un

¹ file:///C:/Users/BH/Downloads/ELAMRANI%20(6).pdf

² Informatisation des Départements de l'Administration et leurs mises en Réseau Aplati via les Technologies de l'Information.

³ CE, n° 70777 du 30 janv. 1987, Commissaire de la République d'Ille-et-Vilaine c/ Commune du Rheu, recueil Lebon, dalloz.fr

déclassement d'une tout autre portée¹. Certaines compétences et les ressources correspondantes, est un transfert de compétences de l'État à des institutions distinctes de lui, ici, les collectivités territoriales. Celles-ci bénéficient alors d'une certaine autonomie de décision et de leur propre budget (principe de libre administration) sous la surveillance d'un représentant de l'État (l'autorité de tutelle), il était donc nécessaire de recadrer en quelque sorte les libertés accordées à ses derniers, et notamment l'exercice d'un contrôle de légalité à posteriori des actes des collectivités locales par le Wali. Désormais, «le gouverneur de la préfecture ou de la province exerce le contrôle administratif sur la légalité des actes»² alors qu'auparavant, les pouvoirs de tutelle conférés à l'autorité administrative avaient pour but «de veiller à l'application par le conseil communal et son exécutif des lois et règlements en vigueur, de garantir la protection de l'intérêt général et d'assurer l'assistance et le concours de l'administration.»³.

Issu pour l'essentiel des lois des 2 mars et 22 juillet 1982, le cadre juridique du contrôle de légalité est aussi déterminé et codifié dans l'article L. 2131-1⁴ «Les actes pris par les autorités communales sont exécutoires de plein droit dès qu'il a été procédé à leur publication ou affichage ou à leur notification aux intéressés ainsi qu'à leur transmission au représentant de l'Etat dans le département ou à son délégué dans l'arrondissement. Pour les décisions individuelles, cette transmission intervient dans un délai de quinze jours à compter de leur signature. Cette transmission peut s'effectuer par voie électronique, selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat (...). La publication ou l'affichage des actes mentionnés au premier alinéa sont assurés sous forme papier. La publication peut également être assurée, le même jour, sous forme électronique, dans des conditions, fixées par un décret en Conseil d'Etat, de nature à garantir leur authenticité. (...)»⁵.

Après leur publication, ils deviennent exécutoires sans qu'il soit nécessaire d'attendre le résultat du contrôle de légalité. Pour éviter que les actes les plus lourds de conséquences ne produisent des effets avant une éventuelle censure par le juge, le représentant de l'Etat a la possibilité de recourir au référé ou à des mesures de suspension. Après des échanges d'information avec les collectivités locales, le représentant de l'Etat peut, s'il le pense nécessaire, saisir le juge administratif ou la chambre régionale des comptes, qui seuls peuvent les annuler. Les actes des collectivités sont en principe, exécutoires dès leur publication ou leur notification.

¹ Dahir n° 1-15-83 du 20 ramadan 1436 (7 juillet 2015) portant promulgation de la loi organique n° 111-14 relative aux régions. B.O n°6380, version arabe du 23 juillet 2015.

- La loi organique n° 112. 14 relative aux préfectures et provinces (en arabe).

- La loi organique n° 113.14 relative aux communes (en arabe).

² Dahir n°1-15-85 du 20 ramadan 1436 (7 juillet 2015) portant promulgation de la loi organique n°113-14 relative aux communes Bulletin Officiel N° 6440 du 09 Joumada I 1437 (18 Février 2016) , Article 115.

³ Dahir n° 1-02-297 du 25 rejab 1423 (3 octobre 2002) portant promulgation de la loi n° 78-00 portant charte communale, B. O n° 5058 du 16 ramadan 1423 (21 novembre 2002), Article 68.

⁴ Article 2131-1 de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République Française, JORF n°0182 du 8 août 2015, p. 13705.

⁵ Article 2131-1 de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République Française, précitée.

Toute fois certains actes les plus importants notamment en matière de police administrative, de commande publique, d'urbanisme...sont soumis à une obligation de transmission au préfet. La loi énumère limitativement, et pour chaque collectivité, les actes devant être examinés par l'organe de contrôle aux fins de s'assurer de leur conformité au droit. D'autres actes demeurent exclus du champ d'application de la loi puisque relevant de mécanismes spécifiques du contrôle.

De la lecture des dispositions législatives et réglementaires, il ressort que l'éventail des actes soumis au contrôle du préfet est très large. Compte tenu de leur importance, certains de ces actes sont obligatoirement transmis, pour vérification, aux services préfectoraux (A), alors que d'autres ne le sont pas, bien qu'ils soient aussi sujets au contrôle de légalité et donc susceptibles de faire l'objet d'un recours devant le juge (B).

A) Les actes soumis au contrôle de légalité :

Comme dans les textes précédents, la charte de 1976, son amendement de 2002 et celui de 2009, le nouveau texte revient, en long et en large, sur les rapports entre les élus et l'autorité locale, ou ce qui est communément appelé l'autorité de tutelle. Sur ce point, l'article 80, après avoir précisé que les actes des conseils de communes sont soumis au contrôle de légalité, énonce que les décisions de ces conseils ne sont exécutoires qu'une fois que les autorités en sont informées. Cette condition devient obligatoire lorsqu'il s'agit de décisions concernant la police administrative et l'urbanisme. L'article 82 va plus loin et exige le visa du gouverneur ou wali lorsque les décisions du conseil ont un impact sur les finances de la commune¹. C'est le cas pour tout ce qui concerne les emprunts, les cautions et les taxes, c'est le cas également pour les cessions ou la privatisation des biens des communes.

Cette mesure frappe également, et c'est une nouveauté, les aides et les dons accordés par la commune. Autrement; Toute une série d'actes individuels ou réglementaires des collectivités territoriales sont soumis au contrôle de légalité du représentant de l'Etat localement compétent, à l'exclusion des actes de gestion courante ou des actes d'administration interne. Plus précisément, et malgré l'obligation constitutionnelle en la matière.

Cette configuration est irréductible. L'existence du contrôle de légalité des actes des autorités locales est un des soubassements substantiels de l'organisation décentralisée du Maroc. La figure du représentant de l'État est un rouage essentiel de la relation État/collectivités locales. Les modifications successives de la Constitution 2011 n'ont pas transformé le schéma des rapports entre État et collectivités territoriales pour ce qui concerne le contrôle des actes locaux². Pourquoi alors poser la question de l'avenir du

¹ MARTIN (S), «contrôle a posteriori de la légalité des actes des collectivités locales», op.cit, p.367.

²Ce que certains commentateurs ont pu regretter : v. par ex., F. Rolin, « La réforme du contrôle de légalité : un projet qui manque d'ambition ? », *AJDA* 2003, p. 2169 ; K. Favro, « Le contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales : bilan et perspectives », *LPA*, 9 janvier 2003, n° 7, p. 11 ; B. Fischer, « La réforme du contrôle de légalité et l'acte II de la décentralisation », *AJDA* 2007, p. 1793.

contrôle de légalité? Plusieurs raisons peuvent être avancées¹. Elles relèvent de constatations générales quant aux désorganisations des services des préfectures affectés au contrôle des actes locaux dues soit à l'insuffisance des moyens financiers, soit à l'insuffisance des personnels qui y sont affectés, soit à l'insuffisance de la formation juridique de ces personnels (notamment en droit communautaire), soit à l'insuffisance de l'attention portée au respect des lois, des procédures et des techniques par les collectivités territoriales elles-mêmes. Elles s'appuient surtout sur des démonstrations d'ordre pratique développées à propos des conséquences de l'accroissement des compétences des collectivités territoriales, l'État conservant la maîtrise de « l'aménagement du territoire »].

Le renforcement de la « clause générale de compétence » et les transferts de compétence organisés par différentes lois depuis 1983 avaient induit une augmentation considérable du volume des actes locaux ne pouvant acquérir la qualité d'acte juridique de plein effet sans transmission « complète » au représentant de l'État² ; ce d'autant plus que tout élargissement des compétences des collectivités locales suppose mécaniquement une augmentation du volume des actes locaux pouvant faire l'objet d'un contrôle de légalité. Car même non soumis à l'obligation de transmission au représentant de l'État, tous les actes locaux peuvent faire l'objet d'un examen de la part des services de la préfecture - en tant que le Préfet peut en avoir connaissance - et, le cas échéant, faire l'objet d'un déféré devant la juridiction administrative. De plus, certains actes peuvent être l'objet de réclamations de particuliers sollicitant alors la mise en œuvre d'un déféré préfectoral ; une proposition de loi « tendant à améliorer le contrôle de légalité des actes des collectivités locales » du 6 décembre 1999 (Sénat - n° 114) avait d'ailleurs préconisé la suppression de cette faculté encore ouverte par l'article L. 2131-8 CGCT³.

Il n'en reste pas moins, au vu des pratiques observées, que de nombreux actes aujourd'hui non soumis à l'obligation de transmission au représentant de l'Etat dans le département continuent d'être transmis par certaines collectivités territoriales. Ainsi, ces collectivités considèrent encore que, pour être exécutoires leurs actes doivent être transmis au représentant de l'Etat et être revêtus de la preuve de leur réception. Or, tous les actes et délibérations dispensés de l'obligation de transmission sont exécutoires de plein droit dès qu'il a été procédé à leur publication, affichage ou notification, contrairement aux actes

¹ La première de ces raisons, si elle constitue la principale accroche de la question posée, n'a pas à faire l'objet de remarques spécifiques dans ce cadre ; si elle concerne *le caractère exécutoire de l'acte émis par une autorité locale*, elle suppose nécessairement la fonction d'un contrôle.

² CE, 13 janv. 1988, Mutuelle générale des personnels des collectivités locales et de leurs établissements, req. 68166.

³ Art. L. 2131-8 CGCT : « Sans préjudice du recours direct dont elle dispose, si une personne physique ou morale est lésée par un acte mentionné aux articles L. 2131-2 et L. 2131-3, elle peut, dans le délai de deux mois à compter de la date à laquelle l'acte est devenu exécutoire, demander au représentant de l'État dans le département de mettre en œuvre la procédure prévue à l'article L. 2131-6./ Pour les actes mentionnés à l'article L. 2131-2, cette demande ne peut avoir pour effet de prolonger le délai de recours contentieux dont dispose le représentant de l'État dans le département en application de l'article L. 2131-6./ Lorsque la demande concerne un acte mentionné à l'article L. 2131-3, le représentant de l'État dans le département peut déférer l'acte en cause au tribunal administratif dans les deux mois suivant sa saisine par la personne physique ou morale lésée ».

dont la transmission au représentant de l'Etat est requise et pour lesquels le caractère exécutoire est acquis à la date de réception de l'acte par les services de la préfecture ou de la sous-préfecture.

Au plan juridique, la distinction entre les actes selon qu'ils sont ou non soumis à l'obligation de transmission est particulièrement importante en ce qui concerne leur entrée en vigueur et par conséquent les délais de recours. D'un point de vue pratique, cette distinction permet d'optimiser les tâches notamment matérielles qui pèsent sur les services préfectoraux en retirant de leur obligation de contrôle des actes qui ne doivent pas être contrôlés¹.

B) Les actes non transmissibles sans qu'ils soient écartés du champ de contrôle :

La dynamique de modernisation du contrôle de légalité a été engagée dès la loi relative aux collectivités locales qui a réduit le nombre des actes soumis à l'obligation de transmission au wali qui dispose du pouvoir de demander communication, à tout moment, d'un acte non soumis à l'obligation de transmission. Les actes non soumis à l'obligation de transmission sont exécutoires de plein droit dès lors qu'il a été procédé à leur publication, affichage ou notification. (Notamment les actes de droit privé, les actes pris au nom de l'Etat, les actes de gestion courante, les actes d'administration interne, ..). Ceci est valable également pour les actes qui font l'objet d'une transmission par voie dématérialisée "télétransmission"².

L'obligation de transmission de certains actes des collectivités territoriales n'est pas une formalité administrative anodine. Elle entraîne, au contraire, des effets juridiques quant à leur entrée en vigueur, alors que les actes qui n'y sont pas soumis sont exécutoires de plein droit. La liste de ces derniers peut être déduite, à contrario, de la lecture du CCAGT. A citer à titre d'exemples, les délibérations relatives aux tarifs des droits de voirie et de stationnement, à l'établissement des plans d'alignement et de nivellement, à l'ouverture, au redressement et à l'élargissement des voies communales; les décisions de police relatives à la circulation et au stationnement ; les décisions individuelles d'avancement d'échelon ainsi que celles visant les agents saisonniers ou occasionnels. La même procédure s'applique aux autres actes, dont la transmission n'est pas expressément prévue par la loi, comme les mesures de gestion courante et les actes d'administration interne.

La liste de ces actes n'est pas figée et fait l'objet d'actualisation permanente. Cet effort de modernisation du contrôle de légalité, à travers ces opérations de soustractions, permet de concentrer le travail de vérification sur les décisions à fort enjeu et d'éviter de congestionner les services préfectoraux d'actes « mineurs » dont l'examen « encomrait le contrôle de légalité plus qu'il n'en constituait une véritable exigence » .Il n'est pas

¹ Tous les actes et délibérations dispensés de l'obligation de transmission sont exécutoires de plein droit dès qu'il a été procédé à leur publication, affichage ou notification, au contraire des actes dont la transmission au représentant de l'Etat dans le département est obligatoirement requise et pour lesquels le caractère exécutoire est acquis à la date de réception par les services de la préfecture ou de la sous-préfecture.

² <http://www.loire-atlantique.gouv.fr/content/download/5540/34044/file/FICHE%20DGCL%20->

étonnant de constater, à ce niveau, que le nombre total d'actes transmis depuis 2004 à 2009 a affiché une baisse vertigineuse de (-33%), passant de 8 311 681 à 5 567 609, soit une diminution de 2 744 072 actes¹. Certains contrats, même s'ils sont soumis au décret des marchés publics 2007, échappent à la procédure de transmission depuis. Il s'agit des marchés passés « sans formalité préalable ». La réforme en 2013 du décret des marchés publics retient plutôt la terminologie de marchés passés selon « la procédure adaptée ». Il s'agit de marchés dont le montant est inférieur à un certain seuil. L'exemption de l'obligation de transmission de ces actes ne signifie pas, cependant, l'exclusion du champ de contrôle de légalité. Cet allègement n'a, en réalité, qu'une vertu opérationnelle et n'altère en rien les prérogatives du préfet de se saisir d'un acte non transmis pour en vérifier la légalité, il « peut en demander communication à tout moment » et le déférer, éventuellement, à la juridiction administrative².

Certains contrats administratifs, voire parfois les délibérations approuvant ces contrats, doivent être transmises au wali pour contrôle de légalité afin de devenir exécutoire. Et si tous les contrats administratifs ne sont pas soumis au contrôle de légalité, il concerne néanmoins une bonne partie de la masse des contrats. Pour les marchés publics, le wali doit, obligatoirement, recevoir la copie de toutes les pièces constitutives du marché (acte d'engagement ; cahiers des prescriptions, cahiers des clauses), la délibération autorisant l'exécutif à signer le marché, la copie de l'AAPC, le cas échéant, la lettre et le règlement de la consultation, les procès verbaux et rapports de la CAO et les avis du jury de concours et tous les renseignements, attestations et déclarations demandés ou cocontractants. Il en va de l'efficacité du contrôle.

En effet, la transmission de ces documents est essentielle pour permettre au wali d'apprécier pleinement la portée de la légalité au marchés...) doivent être accompagnés des pièces permettant de déterminer leur légalité. Si l'envoi est incomplet, le représentant de l'Etat réclame les pièces manquantes auprès de l'autorité concernée. Dans le droit de la jurisprudence constitutionnelle³ et administrative⁴, la possibilité de demander des pièces complémentaires est en effet expressément reconnue au wali. Enfin, tous les avenants doivent être transmis.

Sur ce point, l'audit sur le contrôle de légalité objecte que le relèvement très sensible du seuil de passation des marchés, qui est couplé pour l'heure au seuil de transmission au

¹ Jean-Marie Pontier, commentaire de la circulaire du ministre de l'intérieur n° IOCB1202426C du 25 janvier 2012, la semaine juridique administration et collectivités territoriales, n°9, 5 mars 2012, 2068.

² L'application de cette procédure permet au pouvoir adjudicateur de fixer librement les modalités en fonction de plusieurs critères. Art.28 du code des marchés. Version consolidée au 01 janvier 2014, www.legifrance.gouv.fr

³ Selon la décision du conseil constitutionnel du 25 février 1982, la transmission des actes des collectivités locales doit permettre aux représentants de l'Etat de disposer des éléments nécessaires à l'appréciation de la légalité des actes à la date où ceux-ci deviennent exécutoires.

⁴ Le conseil d'Etat a reconnu au préfet la possibilité d'inviter l'autorité locale, dans un délai de deux mois à compter de la réception de l'acte transmis, à compléter la transmission par celle des documents nécessaires à l'appréciation de la légalité de l'acte en cause (CE, 13 janvier 1988, «mutuelle générale des personnels des collectivités locales et de leurs établissements», Rec., p. 6).

wali, aurait pour effet mécanique la suppression pure et simple du contrôle de légalité. En fait, à l'occasion de l'adoption du décret 2013 des marchés publics, les acheteurs publics demandaient un assouplissement certain des procédures formalisées, ce qui a été bien réalisé par le ministère. Pour le reste, le rehaussement des marchés sans formalités préalables ne satisfait, ni les praticiens qui craignent les dérives, ni les élus locaux qui se voient contraints à mettre en œuvre des procédures internes lourdes.

Du reste, ces marchés à procédure adaptée, dispensés de l'obligation de transmission au titre du contrôle de légalité, sont exposés au contrôle des chambres régionales des comptes, sur le fondement des dispositions du décret 2013 des marchés publics relatives à la bonne utilisation des deniers publics. Ce contrôle a posteriori, effectué par les juridictions financières, n'empêche pas l'exécution du marché et ne remplace pas en ce sens le contrôle de légalité. Le wali, dispose désormais du "pouvoir d'évocation" ; il peut, en effet demander communication à tout moment des actes des collectivités territoriales non soumis à transmission, en fonction du contexte local et de sa stratégie de contrôle. Avec la transmission électronique, il est exigé ; dans la détermination de la date, l'intervention d'un tiers horodateur¹. En ce sens, le système d'horodatage utilisé datera non seulement l'acte de transmission, mais également l'envoi. Ainsi, la preuve de l'envoi sera facilitée et, eu égard au procédé utilisé, l'autorité locale aura les moyens de certifier la transmission. Dans ce sens, et dans l'hypothèse d'une généralisation de la dématérialisation en ce domaine, rejoignant Mme. Cantéro pour affirmer que rien n'empêche alors de revenir à une "lecture plus orthodoxe du texte" et de prendre en compte la date de transmission.

En outre, en recourant à un système numérisé, les délais de transmission de l'acte et sa réception interviendront de manière quasi-instantanée. Partant, le souhait du législateur serait respecté grâce aux technologies nouvelles, réunifiant sans doute la loi et la jurisprudence quant à l'appréciation du moment à partir duquel l'acte acquiert son caractère exécutoire (la transmission) et à partir duquel le délai de recours du wali commence à courir (la réception). Ainsi la preuve de la réception des actes peut être apportée par tout moyen; l'accusé de réception qui est immédiatement délivré peut être utilisé à cet effet, mais il ne constitue pas une condition du caractère exécutoire de l'acte; il n'est que l'attestation de la réception de la transmission.

C'est généralement le récépissé produit par les services préfectoraux à la réception de l'acte - puisque la preuve incombe au demandeur et donc en principe au représentant de l'Etat - qui servira de preuve à la transmission. Cette pratique probatoire ne constitue pas la raison pour laquelle la jurisprudence retient le point d'origine de la réception pour la computation des délais de recours du wali ? D'ailleurs, dans la pratique, les services de

¹ CF, CE, 13 janvier 1988, «mutuelle générale des personnels des collectivités locales et de leurs établissements», Rec., p. 6

l'Etat appose le cachet de la wilaya ainsi que la mention: " Reçu à la wilaya"¹. Lancée en avril 2013, cette stratégie s'inscrit dans le cadre de la mise en œuvre de la nouvelle constitution, notamment les principes de la bonne gouvernance, le développement des modèles de gestion de la chose publique et le renforcement de la régionalisation à travers la décentralisation et la déconcentration. Fort du succès des expériences menées en la matière, législateur a, consacré la télétransmission des actes par voie électronique.

§2 – Dématérialisation du contrôle de légalité :

Il s'agit à la fois d'encourager le développement de l'administration électronique, en répondant aux demandes des communes les plus en avance dans ce domaine, et de sensibiliser celles qui ne sont pas familières de ces nouveaux outils de communication. Dématérialisation des procédures de marchés publics, de l'envoi des actes au contrôle de légalité, des flux financiers et comptables, archivage électronique: la dématérialisation de «bout en bout» des échanges administratifs s'impose de jour en jour aux collectivités. Adhérer à la télétransmission des actes au contrôle de légalité, c'est bénéficier d'un outil convivial et simple à utiliser pour transmettre en quelques clics à la préfecture, les délibérations, arrêtés règlementaires et individuels ainsi que les documents budgétaires. La grande majorité des collectivités territoriales s'est engagée dans l'informatisation de leurs actes administratifs. Certaines d'entre elles les diffusent déjà sur CD-ROM ou par messagerie interne. Leur télétransmission en préfecture constitue donc la prochaine phase d'une révolution silencieuse en marche depuis plusieurs années.

La télétransmission des actes au contrôle de légalité c'est : Un tiers de télétransmission homologué par le Ministère de l'Intérieur qui permet de : • Générer et télétransmettre un acte, consulter son accusé de réception • Editer une copie en PDF de l'acte et y insérer le fac-similé du tampon de la Préfecture • Accéder, grâce à un moteur de recherche, à l'historique des actes télétransmis • Etablir au sein de la collectivité un circuit de validation et/ou de signature électronique avant télétransmission. La transmission par voie électronique des actes soumis au contrôle de légalité et au contrôle budgétaire est l'un des programmes majeurs de la modernisation de l'administration de l'État, développée dans le cadre du programme IDARATI (Administration électronique), sous l'effet d'une double prise de conscience : la nécessité de faire entrer l'administration (État et collectivités²) dans la « modernité » électronique et celle de recentrer l'activité des fonctionnaires sur les tâches constituant leur cœur de métier en les déchargeant des activités matérielles

¹ La jurisprudence attache une grande valeur aux énonciations du tampon dateur de la préfecture figurant sur l'acte transmis, et dont un exemplaire est conservé à la préfecture et un exemplaire renvoyé à la collectivité : CAA Marseille, 17 juin 1999, «préfet du Gard», req. n° 98MA0115.

² Leur dématérialisation est cependant nécessaire pour leur transmission notamment au contrôle de légalité. NICOLAS SAMRACO et FRANÇOIS DUBRULLE observent à cet effet qu'«une grande ville peut transmettre en préfecture, chaque année, plus de 16.000 actes administratifs. La dématérialisation de cet envoi permettra alors d'économiser plus de 400 Kg de papier, soit l'équivalent d'une pile de feuille atteignant 8 mètres de hauteur», in SARMACO (N) et DUBRULLE (F), «la dématérialisation des actes des collectivités soumis au contrôle de légalité», mis en ligne le 5 juin 2006 sur le site : www.droit-ntic.com.

annexes. Cette évolution sera engagée grâce aux programmes @CTES et Actes Budgétaires qui nécessitent des conditions juridiques aptes à ce nouveau mode de mise en ligne (A) qui pose encore des problématiques toujours présentes (B).

A) Vers une télétransmission conditionnée : L'expérience française

La télétransmission présente les mêmes effets juridiques que la transmission matérielle. Pour les collectivités territoriales, leurs établissements publics locaux, les établissements de coopération intercommunale (EPCI), c'est la possibilité de: - télétransmettre à la préfecture à tout moment de la journée les actes soumis au contrôle de légalité (arrêtés et délibérations avec leurs annexes, contrats, etc.) avec la possibilité d'annuler un envoi en cas d'erreur ; - recevoir en temps réel, l'accusé de réception qui rend l'acte exécutoire, sous réserve des formalités de publication et de notification¹.

Les communes qui décident de télétransmettre tout ou partie de ses actes soumis au contrôle de légalité doivent: -prendre contact avec les tiers de télétransmission homologués par le Ministère de l'intérieur; - autoriser par une délibération le représentant de la commune à recourir à la télétransmission et à signer le marché avec le tiers de télétransmission et la convention avec la préfecture; - passer un marché (en général un marché à procédure adaptée) avec le tiers de télétransmission homologué retenu par la commune; - signer une convention avec le préfet du département comportant notamment: - la date de raccordement de la collectivité territoriale; - la nature et les matières des actes transmis par voie électronique; - les engagements respectifs de la collectivité et du préfet pour l'organisation et le fonctionnement de la télétransmission; - la possibilité, pour la collectivité, de renoncer à tout moment à la transmission par voie électronique et les modalités de cette renonciation².

Dans la perspective de l'administration électronique et, notamment, des échanges par voie électronique entre administrations, des expérimentations avaient été menées afin que la transmission des actes visés soit réalisée par voie électronique entre les collectivités et les services préfectoraux compétents. Quel que soit le mode de transmission, les garanties exigées de la transmission électronique doivent être envisagées (a), il appartient à l'exécutif de veiller à ce que ces actes soient transmis au représentant de l'État accompagnés de l'ensemble de leurs documents annexes, en un seul envoi (ni envois mixtes, envois séparés, ni envois différés dans le temps). Cela évite le risque de confusion possible sur la date à prendre en compte pour la computation du délai du contrôle de légalité en préfecture ou en sous-préfecture.

Les marchés allotés doivent être transmis par lot. Les lots ne doivent être ni scindés en plusieurs envois ni regroupés en un même envoi. Les pièces d'un marché doivent être transmises en fichiers distincts. Les agents en charge du contrôle de légalité pourront ainsi afficher plusieurs pièces en vis-à-vis afin de les comparer simultanément à l'écran. Quelle

¹ <http://www.loire-atlantique.gouv.fr/content/download/5540/34044/file/FICHE%20DGCL%20->

² SARMACO (N) et DUBRULLE (F), «la dématérialisation des actes des collectivités soumis au contrôle de légalité», mis en ligne le 5 juin 2006 sur le site : www.droit-ntic.com.

est alors la procédure à suivre pour la télétransmission des actes de la commande publique via @CTES (b).

a. Une télétransmission sécurisée :

L'acronyme @CTES désigne le système d'information destiné à mettre en œuvre le contrôle de légalité dématérialisé. Sa composition est double. D'une part, il comporte un «réseau de collecte » accessible par Internet via des services en ligne proposés par des opérateurs de transmission exploitant un dispositif homologué par le ministère de l'intérieur, qui permet aux collectivités émettrices de transmettre par voie électronique au représentant de l'État dans le département les actes soumis au contrôle de légalité et au contrôle budgétaire. D'autre part, @CTES désigne l'application métier permettant aux agents des préfectures, des sous-préfectures et des services déconcentrés de l'État d'opérer sur écran le contrôle des actes transmis par voie électronique. Le déploiement de l'application @CTES a été initié en mars 2004¹. C'est une démarche fondée sur le volontariat des collectivités, souple et adaptée à leurs attentes, avec choix du calendrier sauf pour les collectivités soumises à l'obligation de transmission conformément aux articles 107-III et 128 de la loi NOTRe.

Les avantages de la dématérialisation pour les collectivités : Accélération des échanges avec la préfecture, et réception quasi immédiate de l'accusé de réception des actes transmis ; Entrée en vigueur quasi automatique de l'acte grâce à leur intégration continue dans la base de données du système d'information @CTES et à l'envoi automatique de l'accusé de réception ; Réduction des coûts liés à la transmission électronique des actes à la préfecture et à la réduction corrélative du nombre d'exemplaires imprimés ; Fiabilisation des échanges ; Traçabilité des échanges ; Intégration du contrôle de légalité dans une chaîne de dématérialisation complète et ininterrompue ; Démarche protectrice de l'environnement : la dématérialisation permet de faire face à la croissance du nombre d'actes et à l'augmentation de leur volume

Les collectivités territoriales, leurs EPL ou les EPCI qui décident de transmettre par voie électronique leurs actes soumis au contrôle de légalité doivent : choisir un opérateur de transmission parmi la liste des dispositifs homologués, Les collectivités souhaitant bénéficier du dispositif de transmission électronique doivent, préalablement à sa mise en œuvre, en solliciter homologation auprès du ministère de l'intérieur²; Signer une convention avec le préfet du département.

¹ Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales JORF n°190 du 17 août 2004 page 14545.

² Article R. 2131-1 du CGCT prévoit que "la commune, lorsqu'elle choisit d'effectuer par voie électronique la transmission de tout ou partie de ces actes (. . .), recourt à un dispositif de télétransmission ayant fait l'objet d'une homologation, dans des conditions fixées par arrêté du ministre de l'intérieur». Des dispositions en des termes identiques sont posées pour les départements, à l'article R. 3132-1 du CGCT et pour les régions, à l'article R. 4142-1 du CGCT.

Autrement, toute personne qui transmet des actes au contrôle de légalité dématérialisé et au contrôle budgétaire doit disposer d'un certificat d'authentification RGS**¹. Le certificat d'authentification correspond à une carte d'identité électronique, qui permet de lier l'identité d'une personne physique aux droits qui lui sont accordés dont la signature électronique n'est pas obligatoire dans @CTES; son utilisation est toutefois encouragée. Le certificat d'authentification et/ou de signature est nominatif; il est établi au nom d'une personne physique et ne peut être utilisé que par celle-ci.

En contrepartie, un même certificat peut être utilisé par son détenteur pour l'ensemble de ses rôles administratifs (maire, président d'EPL et d'EPCI/ secrétaire de mairie en temps partagé pour le compte de plusieurs communes et EPL etc.) cette certificat d'authentification et/ou de signature peut être utilisé pour se connecter à différents systèmes d'information qui requièrent un niveau de sécurité équivalent ou inférieur à celui exigé pour @CTES (RGS**)². Cette transmission des actes par voie électronique³ produise les mêmes effets juridiques que la transmission sur support papier, la reconnaissance de principe du contrôle de légalité électronique est ainsi admise⁴.

Pour transmettre par voie électronique leurs documents, les collectivités doivent se raccorder à la plate-forme du ministère de l'intérieur à l'aide d'un dispositif de télétransmission⁵. Chaque collectivité apprécie l'opportunité de mettre en œuvre ce dispositif de télétransmission. Il s'agit d'une possibilité, et non d'une obligation. A l'inverse de la dématérialisation des procédures d'achat public, la dématérialisation de contrôle de légalité obéit, pour l'instant, au principe du volontariat. Toutefois, les collectivités sont prestement invitées à rejoindre ce dispositif⁶. Pour ce faire, toutes les préfectures devraient être raccordées à ce dispositif afin que toutes les communes qui le

¹ Si cette transmission est effectuée par le serveur d'une collectivité territoriale, le certificat utilisé doit être qualifié selon le RGS au niveau une étoile (*).

² Un exemplaire type est disponible sur à l'adresse suivante : <http://www.collectivites-locales.gouv.fr>

³ Arrêté du 26 octobre 2005 portant approbation d'un cahier des charges des dispositifs de télétransmission des actes soumis au contrôle de légalité et fixant une procédure d'homologation de ces actes dispositifs ; J.O n° 256, 3 novembre 2005, p. 17289.

⁴ Précisément, la dématérialisation des actes des collectivités soumis au contrôle de légalité est prévu par plusieurs textes : le principe, par la loi 13 août 2004 sur les responsabilités locales, et les modalités par le décret n° 2005-324 du 7 avril 2005 ; ils doivent tous deux respecter les prescriptions du cahier des charges techniques adopté le 21 octobre 2005 et annexé à l'arrêté du 26 octobre 2005. C'est le code général des collectivités territoriales qui accueille ces nouvelles dispositions législatives et réglementaires relatives à la transmission, par voie électronique, des actes de la commune, du département et de la région qui sont soumis au contrôle de légalité. Décret n° 2005-324 du 7 avril 2005 relatif à la transmission par voie électronique des actes des collectivités territoriales soumis au, contrôle de légalité et modifiant la partie réglementaire du code générale des collectivités territoriales, J.O n° 82, 8avril 2005, p. 6340.

⁵ Le cahier des charges des dispositifs de télétransmission des actes soumis au contrôle de légalité du 21 octobre 2005 entend par dispositif de télétransmission «l'ensemble constitué par les outils (matériels et logiciels) et les documents décrivant les modalités de mise en œuvre et d'exploitation de ces outils, permettant à une ou plusieurs collectivités de transmettre de façon dématérialisée ses actes ou contrôle de légalité», accessible sur : www.dgcl.interieur.gouv.fr

⁶ Voir circulaire du ministère de l'intérieur du 17 janvier 2006 sur la modernisation du contrôle de légalité, disponible sur le site www.dgcl.interieur.gouv.fr

souhaitent puissent télétransmettre leurs actes¹. Le dispositif de télétransmission de la collectivité doit en conséquence respecter la norme d'échange des serveurs du ministère de l'intérieur². Pour lesquels transitent les actes soumis au contrôle de légalité. Le même cahier des charges énonce également les caractéristiques de sécurisation des échanges. Pour être homologué. Ce dispositif doit assurer «l'identification et l'authentification de la collectivité territoriale émettrice, l'intégrité des flux de données (...) ainsi que "la sécurité et la confidentialité de ces données». A cet égard, il doit inclure des mécanismes de détection et de suppression des virus informatiques, de détection et de prévention des attaques réseau. La traçabilité des actes télétransmis est à la charge des collectivités. Sans ces garanties techniques, le dispositif ne peut être homologué.

A l'inverse, l'homologation peut être obtenue pour une seule collectivité (sans tiers de télétransmission) ou pour plusieurs collectivités (de type " tiers de télétransmission"). Concrètement, les collectivités ont le choix entre deux solutions pour télétransmettre leurs actes: soit l'envoi "direct" par la collectivité elle-même de ses délibérations aux serveurs du ministère en charge de réceptionner tous les actes transmis et de les remettre aux préfectures concernées, ce qui concerne essentiellement les collectivités les plus importantes; soit passer par l'intermédiaire d'un prestataire de service appelé "tiers de télétransmission", assurant pour le compte de la collectivité un certain nombre de fonctions (pouvant commencer au niveau même d'une gestion externalisée des délibérations pour aller jusqu'à la fonction d'envoi sécurisé aux serveur du ministère)³. Cet opérateur doit alors recevoir les actes des collectivités territoriales pour ensuite les acheminer vers le réseau général de transport du ministère de l'intérieur qui les conduit pour finir jusqu'aux préfectures. Dans tous les cas, le dispositif de télétransmission qui se met en place doit respecter les principes suivants : identification et authentification de la collectivité émettrice ; intégrité des flux de données ; sécurisation et confidentialité des données transmises. Seule la transmission qui répondra à ces principes pourra se substituer à la transmission sur support papier⁴.

Pour conclure, ACTES (Aide au Contrôle de légalité dématérialisé), mis en place par la Direction Générale des Collectivités Locales (Ministère de l'Intérieur) en 2006, consiste à télétransmettre ses actes par voie électronique sécurisée auprès de sa préfecture. L'acquittement, reçu quelques minutes après l'envoi, permet ainsi de rendre la décision exécutoire presque immédiatement. Préalable à la généralisation de la télétransmission

¹ Article 1.3 du cahier des charges. Parmi les éléments constitutifs du message, doivent être inscrits la date de réception de l'acte, l'identifiant unique de l'acte, la retranscription des éléments du formulaire utilisé pour l'envoi de l'acte, la dernière date de modification de la classification en sous-matière de la préfecture.

² L'accusé de réception ou le message d'anomalie (acte déjà transmis, numérotation incorrecte, pièces jointes manquantes...) sont délivrés de façon automatisée par la sphère Etat, (sans intervention humaine).

³ Dans cette dernière hypothèse, et de loin la plus fréquente, la sphère des collectivités territoriales comprend alors un opérateur "serveur de preuve" assurant les fonctionnalités des métiers de la confiance, à savoir la certification, l'horodatage et l'archivage des actes. SARMACO (N) et DUBRULLE (F), «la dématérialisation des actes des collectivités soumis au contrôle de légalité», mis en ligne le 5 juin 2006 sur le site : www.droit-ntic.com.

⁴<http://www.lemoniteur.fr/articles/convention-type-experimentale-de-dematerialisation-des-deliberations-et-arretes-pieces-justificative-137433>.

des actes soumis au contrôle de légalité, ces textes d'application organisent ainsi les modalités pratiques - signature d'une convention Etat-collectivité - et techniques - horodatage, sécurité, traçabilité - dans lesquelles les collectivités peuvent prévoir la transmission des actes.

En tout état de cause, le passage du contrôle de légalité "classique" vers la télétransmission des actes ne pourrait être un succès sans toutes ces protections techniques. Ainsi, le contrôle de légalité électronique est strictement encadré par la législation actuelle. Cependant, il serait intéressant d'en appréhender sa dimension concrète en analysant l'expérimentation française en la matière.

b. Procédure à suivre pour la télétransmission des actes de la commande publique via ACTES :

Afin de garantir la qualité de la télétransmission il est important que la collectivité : • précise clairement les modalités de vote (membres en exercice, présents, absents, procuration, pour, contre...) • veille à la bonne utilisation de la nomenclature car selon le domaine le délai de contrôle diffère, • précise l'objet de l'acte télétransmis, la simple mention délibération ou décision ne suffit pas. • Il n'est pas obligatoire de scanner la version comportant la signature. En revanche l'acte transmis (word, write, pdf) doit faire mention de l'autorité signataire (nom, titre et fonction). Cela permet de contrôler que les actes ont bien été signés par une personne compétente. Toutefois, la collectivité se doit de conserver un exemplaire signé de façon manuscrite pour le produire au représentant de l'Etat ou au tribunal administratif, si besoin.

Dématérialisation du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales : Question de M. André Reichardt¹ qui a attiré l'attention du ministre de l'intérieur français sur la mise en œuvre du projet de dématérialisation du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales exercé par les préfetures. Ce projet est destiné à permettre la réalisation de gains de temps et d'efficacité et à favoriser une réduction du niveau de dépenses des préfetures selon la logique de performance. Or, l'obligation, y compris pour les petites communes, de procéder à la dématérialisation implique, notamment, de former une ou deux personnes chargées des prestations de transmission des actes, ce qui, naturellement, a un coût. Par conséquent, il lui demande quelles mesures le gouvernement entend mettre en œuvre en la matière afin d'aider les communes.

La télétransmission des actes soumis au contrôle de légalité par les collectivités territoriales, leurs établissements publics locaux ou les établissements publics de coopération intercommunale ne nécessite aucun programme informatique spécifique ; l'application ACTES s'interface avec n'importe quelle application bureautique ou n'importe quelle base de données. En conséquence, aucune formation particulière n'est requise, ACTES constituant uniquement, pour l'agent chargé de la télétransmission, une

¹ Question écrite n° 01432 de M. André Reichardt (Bas-Rhin - UMP) publiée dans le JO Sénat du 09/08/2012 - page 1800

extension de ses compétences en matière de bureautique. Cet agent doit seulement prendre connaissance de la codification des actes afin de les rentrer correctement dans l'application.

Par ailleurs, il existe des « accompagnements au changement » qui sont diligentés soit par le tiers de télétransmission avec lequel la collectivité aura contracté, soit par des structures locales départementales appelées « mutualisateurs » et qui sont souvent les centres de gestion ou des émanations des conseils généraux. L'application ACTES est en cela très comparable aux autres applications à disposition des services de l'État comme COMEDDEC, mise en place par le ministère de la justice, ou « Réseaux-et-Canalisations/ INERIS », mise en place par le ministère de l'écologie ou encore l'application « Chaîne Comptable et Financière/ HELIOS » de la direction générale des finances publiques.

En revanche, la télétransmission s'effectue via le recours à un tiers de télétransmission, le plus souvent une entreprise privée, qui sécurise le transfert des actes électroniques à titre onéreux. Le coût de la prestation des tiers de télétransmission est fonction de la taille de la collectivité. Ainsi pour une petite commune le coût de la prestation est de l'ordre de 100 € par an. La première année de raccordement à ACTES la commune bénéficie de l'appui de son tiers de transmission pour l'installation du logiciel, les conseils, la formation des agents... La seconde année le coût diminue. Il est recommandé aux collectivités de faire jouer la concurrence avant de choisir leur prestataire. La direction générale des collectivités locales tient à jour sur son site internet la liste des tiers de télétransmission homologués. Pour toutes les raisons précitées et, du fait que le raccordement à l'application ACTES n'est pas obligatoire et permet de réaliser des économies (papier, frais postaux, déplacements en préfecture ou en sous-préfecture), aucune compensation financière ne peut en conséquence être prévue¹.

La collectivité s'engage à transmettre, dans la mesure de ses facultés, les actes sous forme électronique au format natif. Si cela est impossible, elle peut transmettre ces actes numérisés. La double transmission d'un acte est interdite. Dans l'hypothèse d'une impossibilité technique de transmettre un acte par voie électronique, la collectivité peut le transmettre sur support papier ou par tout autre moyen préalablement accepté par le représentant de l'État. La collectivité s'engage à ne faire parvenir par voie électronique que des actes existant juridiquement dont elle est en mesure de produire un exemplaire original signé, de façon manuscrite ou électronique. Elle mentionne sur les actes transmis par voie électronique le prénom, le nom et la qualité du signataire, elle s'engage à ne pas scanner des actes à seule fin d'y faire figurer la reproduction de la signature manuscrite du signataire, la valeur d'une signature manuscrite numérisée étant quasi nulle.

Lorsque cela est possible, la collectivité transmet des actes signés électroniquement dans les conditions prévues par la loi. En termes de confidentialité, la collectivité ne peut

¹ Réponse du Ministère de l'intérieur publiée dans le JO Sénat du 11/10/2012 - page 2241 : <https://www.senat.fr/questions/base/2012/qSEQ120801432.html>

diffuser les informations fournies par les équipes techniques du ministère de l'Intérieur permettant la connexion du dispositif à ses serveurs pour le dépôt des actes autres que celles rendues publiques par les services de l'État. Ces informations doivent être conservées et stockées de façon à ce qu'elles soient protégées d'actions malveillantes. La collectivité s'assure que les intermédiaires techniques impliqués dans ses échanges avec les services préfectoraux respectent également les règles de confidentialité et qu'ils ne sous-traitent pas indûment certaines de leurs obligations à un autre opérateur. Les parties s'engagent à reconnaître la validité juridique des échanges électroniques intervenant dans le cadre du contrôle de légalité, les accusés de réception délivrés par les infrastructures techniques du ministère de l'Intérieur et de l'opérateur de transmission attestent de la réception des échanges intervenus dans les procédures du contrôle de légalité et du contrôle administratif¹.

La collectivité s'engage à respecter la nomenclature des actes en vigueur, prévoyant la classification des actes par matières, utilisée dans le contrôle de légalité dématérialisé et à ne pas volontairement transmettre un acte dans une classification inadaptée. Elle induit nécessairement de réceptionner et d'enregistrer les actes répertoriés par type, de délivrer un accusé de réception, d'effectuer un tri et un routage à la source, de faciliter le repérage des actes incomplets, d'organiser le suivi des actes identifiés comme illégaux et de comporter une "alerte de délais", d'apporter une aide à la gestion du calendrier des lettres d'observation et des procédures contentieuses, d'offrir des moteurs de recherche et, enfin, de contenir un module statistiques pour simplifier l'élaboration du rapport annuel au parlement sur le contrôle de légalité².

Il est d'ailleurs permis d'affirmer que le système électronique est beaucoup plus sûr que n'importe quel système papier. De surcroît, le projet «ACTES» constitue une contribution importante à la réforme de l'État car, au-delà du contrôle de légalité, ce sont tous les processus de production, de validation, de circulation, d'exploitation et de conservation des documents administratifs qui sont modernisés. L'utilisation du contrôle de légalité dématérialisé, l'envoi est simple, rapide, instantané et sécurisé. À terme, il est évident que les collectivités et les services préfectoraux gagneront en simplification du travail, en temps et en efficacité, proportionnellement à l'importance de la masse de documents qui feront l'objet de la télétransmission³. Toutefois, la réalité de cette application dévoile un

¹ Sur ce point, M. Alex Türk attire l'attention de M. le ministre de l'intérieur sur la réalisation du projet de dématérialisation du contrôle de légalité exercé par les préfectures sur les actes des collectivités locales. Il s'agit de simplifier, de diminuer les dépenses et de réaliser un gain de temps pour l'ensemble de ces procédures. Mais dans les petites communes, il faudra former au moins un agent chargé des prestations de transmission de ces actes. Cette formation représentera une charge supplémentaire pour le budget municipal. Il lui demande s'il entend mettre en œuvre des dispositions de nature à aider les communes en la matière. Question écrite n° 00637 de M. Alex Türk (Nord - NI), publiée dans le J.O Sénat du 12/07/2012, p. 1560.

² Réponse du Ministère de l'intérieur, publiée dans le J.O Sénat du 11/10/2012, p.2241.

³@CTES en 2011 alors, c'est l'ensemble des préfectures et sous-préfectures raccordées (à l'exception de Mayotte). • C'est 11 500 collectivités territoriales et établissements publics locaux adhérents. • C'est 15% des actes soumis au contrôle de légalité qui sont télétransmis via l'application.

certain nombre de questions auxquelles il faut encore répondre. La dématérialisation sera progressive. Se limiter à dire ce qu'est la dématérialisation du contrôle de légalité ne suffit pas; encore faut-il s'accorder sur sa nature, ses buts et ses principales orientations. Ce qui justifie l'accent mis sur l'objet de recherche et la problématique qui découle de cette transmission électronique.

B) Une dématérialisation en suspend :

Le contrôle de légalité en ligne présente plusieurs observations concernant certains aspects techniques et juridiques de la mise en œuvre du projet de dématérialisation de la transmission des actes soumis au contrôle de légalité (format des documents, signature des actes...). S'agissant du format des actes transmis, si les données de l'acte sont produites au format XML, le choix du format des documents et des pièces jointes se pose. A plusieurs reprises, un avis défavorable émis sur l'emploi de ce format PDF. En effet, si les collectivités doivent transformer les documents qu'elles produisent dans un format défini, en l'espèce PDF, différent du format de travail et d'élaboration, cela aura deux conséquences.

D'une part, aucun des documents de travail ne sera signé (la mémoire de la collectivité ne sera donc pas authentifiée) et, d'autre part, les documents signés (sorte de duplicata des documents originaux) ne seront pas utilisés, d'où des risques de confusion et des problèmes juridiques qui pourront en découler. Il est donc, en conséquence, difficilement concevable de demander aux collectivités territoriales de constituer deux bases de données différentes pour la même information¹. Tout en reconnaissant à la transmission des actes par voie électronique la même portée juridique que la transmission sur support papier. La dématérialisation de certains actes au contrôle de légalité fait l'objet d'une expérimentation avec deux objectifs : en évaluer la sécurité **(a)** et développer l'application **(b)**. Cependant le défi soulevé est de supprimer les obstacles.

a. Les questions connexes à la télétransmission :

La télétransmission des actes soumis au contrôle de légalité est devenue un enjeu pour l'ensemble du ministère. Ce dernier a alors institué des structures de concertation au niveau central, tant avec les préfetures qu'avec les représentants des collectivités locales. Le champ et l'objet de l'expérimentation nationale française² en la matière diffèrent des initiatives locales, qui visaient à tester la possibilité d'échanger des délibérations par voie électronique. L'expérimentation au niveau central concerne plutôt la sécurisation des échanges par des moyens modernes d'identification et d'authentification, à savoir les

http://www.pyreneesorientales.gouv.fr/content/download/5487/30384/file/ACTES_presentation_dispositif_juin2011.pdf.

¹ La télétransmission des actes offre une réduction des coûts d'impression et d'envoi. • Accélération des échanges. • Accusé de réception en quelques minutes. • Fiabilisation et traçabilité des échanges. • Automatisation des tâches répétitives en préfecture, permettant aux agents de se recentrer sur leur rôle de contrôle et de conseil aux collectivités. • Assistance au contrôle par signalement automatique des actes prioritaires ou en fin de délai de recours. Sur certains points d'achoppement, FERRERO (C.), « Contrôle de légalité : à quand le zéro papier ? », Gaz. Communes, n° 1638, 25 mars 2002, p. 43.

² <http://www.edile.fr/wp-content/uploads/2011/05/8.rapport-IGA.pdf>

cartes à puce. L'architecture de sécurité ainsi expérimentée s'appuie sur des outils logiciels de traitement des données. L'expérimentation de la télétransmission des délibérations des collectivités locales emporte des traits caractéristiques à ce type d'exercice.

En premier lieu, la position du ministère de l'intérieur, développeur des outils logiciels et fournisseur gracieux de cartes à puce, est garante du bon déroulement de l'expérimentation mais pourrait ne pas être conservée au stade de la généralisation. En effet, la responsabilité de l'envoi des délibérations repose avant tout sur les collectivités locales. En second lieu, dès lors que les collectivités sont responsables de l'envoi des documents, elles disposent du choix du vecteur, vaguemestre, courrier ou voie électronique. La télétransmission restera donc une faculté et coexistera avec des formes classiques de correspondance, y compris à l'intérieur d'une même collectivité.

En dernier lieu, si la télétransmission reste une faculté pour les collectivités locales, l'Etat pourrait en revanche être contraint à brève échéance de recevoir des documents transmis par voie électronique par les collectivités locales voire par tout usager dès lors que les textes relatifs à la signature électronique sont entrés dans l'ordre juridique national. L'enjeu pour l'Etat est donc de se préparer rapidement à ce type d'envois. L'authentification actuelle des documents sur lesquels s'exerce le contrôle de légalité est très diverse, au plan local, et repose largement sur la confiance. L'étude du niveau requis de sécurité des télétransmissions n'a pas été réellement faite avant l'expérimentation. Dans le cadre du contrôle de légalité, si la vérification de la compétence est un élément essentiel, elle ne se traduit pas par un examen de chaque signature manuscrite.

Le recours à une signature électronique n'est donc pas nécessaire aux télétransmissions effectuées dans le cadre du contrôle de légalité; il constituerait une sur sécurité disproportionnée. Les garanties fournies par la carte à puce, voire par un certificat logiciel, suffisent. Sur le champ des actes susceptibles d'être télétransmis : Les obstacles techniques à la télétransmission de documents volumineux ou de plans devraient être levés à terme (documents souvent créés sous format informatique). Les actes budgétaires paraissent le chantier le plus prometteur (possibilité de contrôle automatisé, formalisation déjà poussée).

Il restera deux points pour lesquels la télétransmission paraît difficile à l'heure actuelle: les documents revêtus de signatures originales de tiers, et notamment les marchés, et les actes pour lesquels la forme écrite serait requise "ad validitatem". D'autres difficultés techniques, cette fois, apparaissent aux yeux des acteurs publics. Il s'agit de la nécessité de signer les actes indépendamment du mode de transmission sécurisée ou non, de la possibilité d'envoyer les actes de façon groupée (actes complexes) et du choix du format pour les pièces jointes. Ces questions, non négligeables, sont pourtant relativement rassurantes dans la mesure où elles ne concernent que des problèmes qui peuvent rapidement trouver des solutions¹.

¹ FERRERO (C.), «Contrôle de légalité : à quand le zéro papier ?», op.cit, p. 50.

Si la signature de la transmission peut être discutée et laissée au libre choix de l'expéditeur¹, les différents éléments envoyés (données et documents) doivent être impérativement signés électroniquement par l'autorité compétente, cette signature conditionnant la validité des actes envoyés. De plus, s'ils sont signés électroniquement, les documents ainsi transmis seront conservés sous format numérique. Au contraire, si seul l'original papier est signé, et non le document envoyé électroniquement, c'est l'original papier qui est conservé. Pour les archives départementales, le problème devient crucial pour pouvoir recevoir ces archives dématérialisées car le papier n'existe plus.

Sur l'acquisition du caractère exécutoire des actes et sur leur datation : Un accusé de réception délivré automatiquement par un serveur informatique ne correspond pas à la transmission prévue par la loi et explicitée par le Conseil constitutionnel en 1982, qui impose que le représentant de l'Etat soit effectivement en mesure de prendre connaissance de l'acte. La mission recommande d'adopter un accusé de réception calculé sur la plus prochaine heure d'ouverture des services. Les cas d'urgence se traiteront avec la permanence de la préfecture, comme aujourd'hui. La télétransmission peut inciter à une normalisation de la présentation, facilitant l'exploitation des actes (classement en domaines, place des mentions obligatoires, etc.). En l'absence de fondement légal, cette normalisation doit être consensuelle

Le développement de la télétransmission est aussi l'occasion de soulever des questions qui ont trait à des extensions éventuelles de la dématérialisation, telle la publicité des actes, leur conservation et le fonctionnement des organes délibérants. Les sites d'information et les bornes de consultation constituent des modalités intéressantes de publicité, à condition d'être d'un accès aisé et gratuit. Toutefois elles ne peuvent, en l'état des textes, des pratiques et des mentalités, remplacer totalement le recueil ou l'affichage, et encore plus rarement valoir notification. Si la conservation électronique des documents pour l'activité des services ne pose pas de difficulté, la constitution des archives pour l'histoire et la garantie de leur pérennité nécessitent une réflexion à mener; un groupe de travail spécifique devrait être chargé de préparer de nouvelles instructions.

Le recours à la télétransmission pour l'envoi des documents préparatoires (rapports, projets de délibérations) aux assemblées et aux conseillers qui l'accepteront, peut être la source de simplifications notables; il devrait être encouragé. Malgré la brièveté de l'expérience, on peut considérer que sa principale implication organisationnelle tient au travail en réseau, favorisant la qualité du contrôle.

La notion de "stratégie de contrôle" doit être maniée avec prudence. Cette "stratégie" doit être entendue comme l'ensemble des dispositions prises pour un contrôle de qualité, et pas comme une consécration de l'abandon de tout contrôle sur des catégories d'actes. Le tri automatique des actes, à leur réception, peut déboucher sur des pratiques de ce type qu'il faut prévenir, s'agissant de l'exercice d'une compétence obligatoire que le représentant de

¹ Notons néanmoins qu'un envoi de document non signé peut être dangereux juridiquement. Ibid.

l'Etat tient de la Constitution¹. Enfin, l'introduction de la télétransmission permet de revoir, pour l'alléger, la liste des actes soumis à l'obligation de transmission. Ces évolutions concerneront la réduction des manipulations et du stockage de dossiers volumineux, une spécialisation des attributions de chaque agent et une répartition du travail plus fine, la consultation rapide et simple des services déconcentrés.

Ces orientations trouveraient un aboutissement naturel dans la mise en place de pôles de conseil spécialisés, à un échelon territorial à déterminer. Par-delà l'engouement pour un dispositif faisant appel aux technologies de l'information et de la communication les plus récentes, la télétransmission des délibérations des collectivités locales répond à des attentes fortes de la part de ces dernières et des préfectures. Les petites et moyennes collectivités espèrent de la télétransmission une plus grande rapidité de la transmission et des réponses du service en charge du contrôle de légalité ainsi qu'une facilité de gestion de leurs actes (registre électronique des actes avec axes de recherche multiples). Bien souvent, ces collectivités ne disposent pas de bases de données électroniques de leurs actes. Le recours à la télétransmission est enfin un moyen pour elles d'affirmer leur entrée dans la société de l'information. Ce facteur psychologique ne doit pas être occulté.

Pour les collectivités plus importantes, des attentes supplémentaires apparaissent. Elles partagent une préoccupation d'économies, puisque la télétransmission supprime les photocopies de documents et les frais d'acheminement. Leurs attentes ne seront pleinement satisfaites qu'avec l'ouverture de la possibilité de télétransmettre les actes les plus volumineux. Ces collectivités posent aussi une condition essentielle : l'interconnexion de leurs systèmes informatiques avec le dispositif de télétransmission. En son absence, les gains (suppression des frais de photocopies et d'acheminement) seraient amputés par les manipulations requises pour la télétransmission. S'agissant des services chargés du contrôle de légalité, la télétransmission devrait également réduire les tâches de manipulation des actes, tamponnés, renvoyés à l'émetteur, acheminés dans le bureau idoine, étudiés et archivés. Sur ce dernier point, l'archivage électronique permettra de réduire le volumineux espace consacré au stockage des actes conservés par les préfectures.

b. La dématérialisation de la transmission des actes comme source d'optimisation:

La dématérialisation de la transmission des pièces des marchés, pour les besoins du contrôle de légalité, relève de la responsabilité de chaque collectivité. Les pièces des marchés transmises à la préfecture par un dispositif de télétransmission n'ont pas à être transmises simultanément aux comptables publics concernés, soit par le « tiers de télétransmission », soit par la préfecture concernée². Une telle transmission serait inexploitable par le comptable, qui n'est en mesure de traiter une pièce justificative d'une dépense donnée que si elle est référencée dans le ou les mandats de paiement qu'elle justifie. Il relève de la seule responsabilité de l'ordonnateur de joindre, à l'appui des

¹ <https://www.megalisbretagne.org/upload/docs/application/pdf/2015-11/presentation-prefecture56.pdf>

² https://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/guides/guide-pratique-dematerialisation-mp.pdf

mandats, les pièces justificatives des dépenses publiques. Pour les collectivités et établissements publics locaux, seule une partie des pièces des marchés publics est d'ailleurs destinée à justifier les mandatements de l'ordonnateur (celles limitativement prévues par l'annexe I précitée du code général des collectivités territoriales). Les pièces dématérialisées au niveau de l'ordonnateur doivent être transmises au comptable public, avec le mandat de paiement concerné ou parallèlement.

Des obstacles sont de nouveau clairement posées¹. Les collectivités expérimentatrices s'inquiètent, en effet, des coûts du dispositif de certification des échanges, les télétransmissions engagées. Subséquemment, il convient de laisser une totale liberté aux collectivités dans le choix tant de leurs outils que du tiers de confiance. Chaque collectivité doit pouvoir choisir elle-même le tiers qui sécurisera ses transactions et aucune spécificité technique propre à une téléprocédure ne devra orienter ce choix.

Si la compatibilité entre les principes du contrôle de légalité et les caractéristiques de la dématérialisation soulève des difficultés juridiques et techniques certaines, celles-ci ne sont pas insurmontables et déjà les solutions existent. La télétransmission des actes et leur dématérialisation requièrent surtout une évolution culturelle. Actuellement, rien ne semble faire véritablement obstacle à la télétransmission des actes soumis au contrôle de légalité. Dans un tel contexte, la progression de la télétransmission apparaît, de fait, comme incontournable. Au-delà de ces questions, l'un des enjeux sous-jacents de la dématérialisation du contrôle de légalité réside dans la recherche d'une interopérabilité entre les différents acteurs. Il est acquis que, dans le cadre d'un marché public dématérialisé, les collectivités transmettront le même document dématérialisé, d'une part, au contrôle de légalité et, d'autre part, au comptable public et que la même voie d'échange pourra être utilisée.

La dématérialisation de la transmission actes est la suite logique de la numérisation des outils utilisés par les collectivités locales: traitements de texte, tableurs de calcul, systèmes RH, financier et métier, jusqu'à la gestion et l'entretien des bâtiments et, de plus en plus, les achats à travers les catalogues en ligne des fournisseurs. Tous les outils que nous utilisons quotidiennement pour exercer nos missions étant désormais informatiques, il paraît logique que les interfaces entre ces outils soient, elles aussi, numériques, jusque dans les relations de l'administration avec l'utilisateur. Ce dernier, en effet, utilisant de plus en plus massivement Internet et les services numériques dans sa vie quotidienne, attend

¹ Cf. La réponse à la question écrite n° 16676 de Mme Lucienne MALOVRÉ, J.O Sénat. 10 novembre 2005, p. 2914. Le ministre de l'Intérieur considère que la modernisation du contrôle de légalité « permettra, par un renouvellement des méthodes de travail et une rationalisation des organisations, de réduire les coûts de fonctionnement des collectivités territoriales et ce malgré les investissements que ce projet nécessite au moment de sa mise en œuvre ». Côté finances, il rappelle sobrement que « les collectivités territoriales peuvent déjà bénéficier d'aides pour financer les équipements nécessaires à la dématérialisation des documents afin d'alléger le coût des investissements. Il s'agit, en particulier, de la dotation globale d'équipement (DGE). Enfin, l'augmentation passagère de certaines dépenses de fonctionnement due, par exemple, à la nécessité de former les personnels à vocation à être compensée par la revalorisation annuelle de la dotation globale de fonctionnement ». FERRERO (C.), «Contrôle de légalité : à quand le zéro papier ?», op.cit, p 52.

aussi de pouvoir faire de même avec l'administration. Il s'agirait donc, en résumé, de bannir le papier devenu inutile. Pourtant, et malgré les très nombreuses promesses de gain de productivité et d'amélioration du service vantées par les promoteurs de la dématérialisation, peu d'administrations peuvent aujourd'hui se prétendre «entièrement numériques». De très nombreuses initiatives ont été prises, mais souvent limitées à un domaine ou une thématique particulière.

C'est sans doute parce qu'une approche globale se montre particulièrement ambitieuse: techniquement tout d'abord comme déjà mentionné, faire dialoguer tous les systèmes informatiques d'une structure peut vite tourner au casse-tête, même si, conscients de cette difficulté, certains éditeurs commencent à intégrer dans leurs logiciels des interfaces «neutres» de dialogue, capables de s'adapter à tout type de protocole.

Du point de vue de l'organisation et des modes de faire, ensuite, la dématérialisation ne se limite pas à doter chaque agent d'un scanner: elle modifie radicalement les manières de travailler, les interactions des agents avec leurs collègues et même le champ de ces interactions. Elle déstabilise nos organisations et exacerbe les problèmes d'organisation préexistants¹.

La dématérialisation ne peut donc pas se limiter à être un projet informatique. C'est bien autre chose, même si le travail technique reste considérable. Les projets de dématérialisation rappellent que les outils sont, avant tout, au service d'un projet et d'une organisation, et non l'inverse. Dès lors, il convient de définir bien en amont quels sont les objectifs stratégiques du projet qu'on veut mener. Ceux-ci peuvent être de plusieurs ordres; les plus évidents sont des gains de charge et d'efficacité, ainsi que la sécurisation des données ou des opérations. Mais la dématérialisation touchant à l'organisation, des objectifs en termes de management (transversalité, collaboration), de pilotage, voire de relation à l'utilisateur et aux partenaires doivent être intégrés. Dès lors, un projet de dématérialisation est, avant tout, un projet d'administration.

¹https://www.collectiviteslocales.gouv.fr/files/files/finances_locales/dematerialisation/vive_la_dematerialisation.pdf

Section II : Réussir le contrôle d'une dématérialisation budgétaire et comptable du marché public .

Parallèlement au contrôle de légalité, le budget des collectivités locales est soumis à un contrôle budgétaire spécifique. Ce contrôle est exercé par le représentant de l'Etat et la chambre régionale des comptes (CRC). Comme le précédent, ce contrôle est un contrôle a posteriori¹. Le budget est, comme les autres actes de la collectivité, exécutoire immédiatement après son vote et sa réception par le représentant de l'Etat. Et, pas davantage que le précédent, le contrôle budgétaire ne saurait être un contrôle d'opportunité ; il n'appartient pas au représentant de l'Etat ou à la chambre régionale des comptes d'indiquer si le budget doit favoriser tel investissement au détriment de tel autre. La démarche de dématérialisation des documents budgétaires ne modifie pas les pratiques en cours: le calendrier de vote et de transmission des documents budgétaires reste identique.

En outre, le contrôle financier est le domaine d'élection du pouvoir de « substitution d'action » qui fait désormais intervenir, en liaison avec le préfet, de nouvelles juridictions, les chambres régionales des comptes. Dans ce cadre, la mise en œuvre des nouveaux services s'appuie sur la rénovation des échanges ordonnateurs/ comptables. L'emploi de relevés ayant valeur de pièces justificatives nécessite une intégration des systèmes d'informations entre ces acteurs. L'exécution des marchés publics est traditionnellement marquée par une étape importante: le paiement.

Or, comme il s'agit d'engager la dépense de deniers publics, cette phase suit une procédure complexe faisant intervenir différents acteurs et supportant des contrôles successifs. De nombreux formats sont référencés dans la convention cadre nationale², parmi lesquels des outils bureautiques répandus (RTF, PDF, ODT...). Il est conseillé d'utiliser des formats qui sont exploitables par des outils bureautiques largement diffusés ou gratuits ; dans le cas contraire, l'ordonnateur doit fournir l'outil d'exploitation au comptable et à la chambre régionale des comptes (CRC). Les partenaires nationaux (direction générale des finances publiques, Cour des comptes et associations nationales représentatives des ordonnateurs locaux) privilégient le recours au format « données » (XML) par rapport au format « images » (PDF,...), car le premier permet d'automatiser les traitements. Dans le dispositif cible, l'acte d'engagement ou le contrat porte les deux

¹ Notons également que le contrôle budgétaire ne concerne, comme son nom l'indique, que les actes budgétaires au sens strict. En particulier, il ne concerne pas les passations de marchés publics. Le contrôle budgétaire porte exclusivement sur les points suivants : - le respect de la date limite de vote du budget primitif; - l'équilibre réel du budget; - l'arrêté des comptes et le déficit du compte administratif; - l'inscription et le mandatement des dépenses obligatoires. Les collectivités locales dans l'administration territoriale du royaume du MAROC, http://aan.mmsh.univ-aix.fr/Pdf/AAN-1963-02_13.pdf

² Voir point 5.1 : « Annexe 1 : les formats référencés » de la convention du 18 janvier 2010 : http://www.finances.gouv.fr/collectivites_locales/colo_otherfiles_fina_loca/docs_som/conventionunique.pdf

signatures électroniques de l'opérateur économique (devenu titulaire du marché) et du pouvoir adjudicateur; cet acte d'engagement a été à l'origine déposé électroniquement par l'opérateur économique. Temporairement, dans l'attente de la diffusion plus large de la signature électronique, l'acte d'engagement ou le contrat déposé et signé à la main sur support «papier» peut être numérisé (à l'aide d'un scanner) dans le respect des formats prévus. Le raisonnement s'applique également aux annexes à l'acte d'engagement ou au contrat contenues dans l'offre de l'opérateur économique et qui doivent être transmises au comptable (bordereau des prix) et aux documents contractuels qui s'y rattachent (avenant, acte de sous-traitance). Les normes comptables n'exigent pas que les autres pièces de passation soient signées et leur dématérialisation est constituée par le fichier d'origine, présent dans le système d'information de la collectivité ou de l'établissement public local (CCAP...).

Cette problématique soulève de multiples questions, à savoir : À quoi servent les juridictions financières ? Quelles sont les procédures de saisine poursuivies devant la Cour des comptes et les CRC ? Est ce vrai que l'évaluation des juridictions financières ne se confine pas uniquement à vérifier la régularité et la conformité des différents actes de la gestion administrative, comptable et financières sur les marchés publics dématérialisés¹. (§1) Mais embrasse tous les autres aspects de cette gestion pour évaluer les principaux paramètres qui la sous-tendent en terme d'économie, contrôle, efficacité, efficience? (§2)

§1) Les reformes financières de l'économie marocaine : Caractéristiques des échanges numériques.

Dans ce contexte, le renforcement du cadre normatif applicable aux transactions sur les actifs financiers et aux infrastructures de marché (enregistrement, compensation, règlement-livraison et paiement), a permis la définition, conjointement par BANK AL-MAGHRIB des Règlements internationaux (BRI) et l'Organisation Internationale des Commissions de Valeurs (OICV), de nouvelles normes internationales², plus exigeantes, relatives aux infrastructures de marché. Ces principes, axés notamment sur les contreparties centrales, visent à améliorer la résilience du système financier, en s'attachant, en particulier, à promouvoir la compensation centrale et la communication d'informations liées aux opérations sur produits dérivés de gré à gré³. Au plan national, la

¹Rapport annuel sur les systèmes et les moyens de paiement et leur surveillance, exercice 2015, file:///C:/Users/BH/Downloads/Rapport_BAM_sur_les_moyens_de_paiement_2015.pdf

² Dahir n°1-05-38 du 23 novembre 2005 portant promulgation de la loi n° 76-03 portant statut de Bank Al-Maghreb, B.O 5400 du 1^{er} Safar 1427- 2 Mars 2006.

³ L'expression de gré à gré se rencontre dans deux cas de figure : 1°) la vente et 2°) le marché financier. La vente de gré à gré qualifie la transmission d'un droit ou d'un bien par l'effet de la libre manifestation des volontés des parties. Autrement dit, elle s'opère sans intermédiaire et s'oppose à la vente forcée (vente publique) ou par adjudication.. Le marché de gré à gré ou hors cote qualifie dans le monde financier — over-the-counter (OTC) en anglais — une transaction conclue directement entre le vendeur et l'acheteur. Il s'oppose à un marché organisé, dans lequel il faut verser une commission à la bourse concernée. Ce genre de transactions a augmenté de façon importante depuis les années 2000 : aux États-Unis, 40 % des actions étaient échangées de gré à gré en 2014, contre 16 % en 2008. https://fr.wikipedia.org/wiki/De_gr%C3%A9_%C3%A0_gr%C3%A9#:~:text=Le%20march%C3%A9%20de%20gr%C3%A9%20%C3%A0,commission%20%C3%A0%20la%20bourse%20concern%C3%A9e.

surveillance des systèmes et moyens de paiement est une mission fondamentale de la Banque centrale, consacrée par l'article 10 de la loi n° 76-03 portant statut de Bank Al Maghreb¹ habilitant cette dernière à prendre toutes mesures visant à faciliter le transfert des fonds. Elle veille ainsi : • Au bon fonctionnement et à la sécurité des systèmes de paiement ; • A la sécurité des systèmes de compensation, de règlement et de livraison des instruments financiers ; • A la sécurité des moyens de paiement scripturaux et à la pertinence des normes qui leur sont applicables. En 2015, la Banque a continué à assurer ses missions de surveillance des infrastructures de marchés financiers et d'instruments de paiement échangés visant le renforcement de la résilience des systèmes de paiement et la crédibilité des moyens de paiement. Dans le domaine relatif à la surveillance des systèmes de paiement, l'évaluation des IMFs par rapport aux principes et standards en vigueur a fait ressortir que ces dernières sont résilientes et globalement conformes aux standards internationaux. Ce constat a été confirmé par la mission d'évaluation FSAP qui a été conduite par la Banque Mondiale et le Fonds monétaire international, courant Avril 2015. Cette mission a couvert deux IMFs d'importance systémique, à savoir le Système des Règlements Bruts du Maroc (SRBM), le Dépositaire Central et Système de Règlement-Livraison de titres, Maroclear, ainsi que le projet d'opérationnalisation de la Chambre de Compensation-Contrepartie Centrale.

Par ailleurs, Bank Al-Maghrib a pris les mesures nécessaires pour le découplage de l'activité de routage des autorisations et de la compensation des flux monétiques en vue de doter le marché des paiements marocain d'infrastructures sécurisées, résilientes et hautement disponibles, offrant aux intervenants, aussi bien émetteurs qu'acquéreurs, la liberté d'opérer avec le switch de leur choix. Ainsi, après avoir publié en 2014 les exigences minimales pour la gestion d'un Switch domestique en charge du routage des autorisations et de la compensation des flux monétiques, la Banque a autorisé en 2015, trois opérateurs, pour l'exercice de ces activités.

Pour M. LEMAIRE: "(...) Les défis auxquels a à faire face l'industrie des moyens de paiement sont ceux qui traversent toute notre économie : défi des nouveaux usages en perpétuelle évolution, défi de la numérisation, défi de l'utilisation des données et de leur sécurité. Pour que le paiement fasse sa révolution numérique, il faut de la simplicité, de la confiance et un soutien résolu (...) "². Dans l'optique de tirer profit de l'intégration financière des économies nationales dans l'économie mondiale, le Maroc, à l'instar des pays émergents et de certains pays en développement, s'est engagé dans un processus de libéralisation financière. Il s'agit pour le pays, à travers la mobilisation et la sédentarisation de l'épargne domestique et étrangère, de renouer avec une croissance à la

¹ PIMF «Principes pour les Infrastructures de Marchés Financiers », CPSS-IOSCO, Avril 2012.

² AXELLE LEMAIRE secrétaire d'état Français chargée du numérique auprès du ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique, «De nouvelles mesures pour moderniser les moyens de paiement des consommateurs et des entreprises», communiqué de presse, Paris, le 2 juin 2015, n° 337/647. Voir sur : <https://www.banque-france.fr/ccsf/fr/telechar/pdf/communique-moyens-paiement-02-06-2015.pdf>.

fois stable et durable et d'occuper une place convenable au sein d'une économie mondiale en pleine évolution. Un marché public est une dépense publique.

Après plusieurs années d'attente, le système bancaire marocain se met à l'heure du e-commerce, vous pouvez payer ou effectuer des achats ou des prestations de service directement sur Internet. Le Centre Monétique Interbancaire (CMI) et Maroc Télécommerce (MTC) ont parachevé les plates-formes techniques nécessaires à l'accomplissement de ces transactions (A). Encore faut-il s'interroger sur les intérêts de cette dématérialisation des moyens de paiement pour les différents intervenants (B).

A) Le e-règlement : Révolution monétaire

MTC et CMI comptent beaucoup sur l'automatisation du paiement de services publics (procédures administratives, impôts, conservation foncière) pour vulgariser le e-règlement. Les deux institutions estiment que c'est le filon qui correspond le plus aux besoins des internautes marocains. «Nous avons eu des réponses positives aux premières sollicitations. Si dans les pays développés, le commerce a boosté le paiement par Internet, c'est l'administration qui permettra l'essor de ce canal commercial au Maroc»¹. Le paiement électronique n'est pas cantonné à ces services. Tous les types de commerces sont concernés. A commencer par les compagnies aériennes, les agences de voyages, les banques, les grandes surfaces... Mais plusieurs autres activités seront aussi tentées par la vitrine du net. Comme c'est le cas en Europe, la plate-forme marocaine est sécurisée par le processus CVC2 de Visa et CVC2 de Master Card. C'est ce qui permet d'authentifier l'identité du client en vérifiant les trois derniers chiffres du numéro inscrit au verso de la carte.

S'il est vrai que sur papier, les nouveaux modes de paiement s'avèrent avantageux pour tous, il faut prendre en compte plusieurs paramètres qui limitent leur déploiement (b). Ainsi, certaines régions ne disposent pas de la couverture réseau nécessaire à effectuer des transactions monétaires. De plus, le taux d'analphabétisme fait que certains consommateurs ne peuvent pas utiliser de smartphones à cet effet. De plus, certains marchands estiment que le coût d'utilisation de ces moyens est bien plus important que le gain qu'ils génèrent, par exemple, une opération de 50 dirhams sur laquelle ils devront payer 100 dirhams pour le service². De plus, certains marchands préfèrent effectuer leurs transactions par cash, du fait qu'ils ne souhaitent pas communiquer sur le montant réel des opérations effectuées. Les modes de paiement, notamment électronique «e-facturation» et mobile, permettent d'avoir une traçabilité des opérations effectuées. Cela veut dire qu'il faut garder ses comptes à jour, afin de ne pas être pénalisé par le fisc. De plus, ces modes offrent des gains importants pour ce qui est des coûts d'entretien de l'argent physique, mais aussi au niveau de la rapidité avec laquelle les transactions sont effectuées (a).

a. Des solutions de paiement mobile et électronique :

¹ <https://www.yabiladi.com/article-economie-1421.html>

² <https://fr.hespress.com/52100-monetique-ou-en-est-le-maroc-pour-ce-qui-est-des-modes-de-paiement.html>

Au Maroc, l'implication des banques et les efforts gouvernementaux ont permis d'accélérer très largement le développement de la monnaie numérique ces dernières années, avec de nombreux avantages à la clé. En effet, lorsqu'une personne est financièrement exclue, cela signifie qu'une simple transaction, comme payer une facture ou virer des fonds à un parent, est risquée, coûteuse et chronophage. L'utilité de la facturation électronique est indéniable. Toute entreprise à travers le monde, qui vit dans son temps et s'adapte à son époque devrait s'être déjà munie de cet outil qui est devenue une nécessité aujourd'hui.

Le Maroc n'échappe pas à la règle. Etant dans un contexte mondial où la mutation numérique se développe plus vite que l'éclair, le Maroc s'inscrit aujourd'hui dans une dynamique de changements perpétuels. Celui-ci s'accompagne d'une volonté de modernisation des pratiques. L'immatérialisation des données est au centre de ce développement. Peut-on émettre une facture uniquement électronique ? À condition d'être acceptée préalablement par l'acheteur, une facture peut être émise par voie électronique et non sur support papier. La facturation électronique «e-facturation» est le transfert électronique d'informations de facturation (facture et paiement) entre partenaires commerciaux (fournisseur et acheteur¹). La facture dématérialisée s'entend des factures se présentant sous la forme d'un fichier structuré selon une norme prédéfinie (EDI, ASP...). Elle se présente pour sa part généralement sous la forme d'un fichier Word, PDF ou autres, sécurisé à l'aide d'une signature électronique reposant sur un certificat électronique.

Outil essentiel d'une gestion financière efficace, la facturation électronique lie les procédures internes des entreprises aux systèmes de paiement. La création actuelle de l'espace unique de paiement en euros (SEPA – Single Euro Payment Area²) offre un tremplin idéal pour une initiative européenne en faveur de la facturation électronique, les économies pour les entreprises étant estimées à environ 64,5 milliards d'euros par an³. Par

¹GREEN (I.T.), «Dématérialisation de factures, dématérialisation fiscale», le 20/12/2005 par Guide informatique.

² L'espace unique de paiement en euros, en anglais Single Euro Payments Area (SEPA), est un espace de paiement en euro unifié mis en place par les banques membres du Conseil européen des paiements (l'EPC, European Payments Council) en réponse à la demande de la Commission européenne. Cette initiative vise à harmoniser les moyens de paiement en euro (monnaie d'expression) entre les pays membres (virements, prélèvements, carte bancaire). Tous les pays de l'Union européenne, même ceux n'ayant pas l'euro comme monnaie, plus Monaco, la Suisse, le Liechtenstein, la Norvège, l'Islande et Saint-Marin sont membres du SEPA. À l'intérieur de la zone SEPA, un paiement transfrontières en euro devra être traité avec la même rapidité, la même sécurité et dans les mêmes conditions qu'un paiement domestique. SEPA est donc complémentaire à l'instauration de l'euro en tant que devise de plusieurs pays européens, <https://fr.wikipedia.org/wiki/France>.

La mise en place des moyens de paiements SEPA est dictée par la Directive sur les services de paiement publiée au JO de l'UE le 5 décembre 2007, fournissant la base juridique nécessaire. En France le virement SEPA est proposé par les banques depuis 2008 et le prélèvement depuis 2010. https://fr.wikipedia.org/wiki/Espace_unique_de_paiement_en_euros.

³ Directive 2001/115/CE du Conseil du 20 décembre 2001 modifiant la directive 77/388/CEE en vue de simplifier, moderniser et harmoniser les conditions imposées à la facturation en matière de taxe sur la valeur ajoutée.

ailleurs, l'intérêt ou la nécessité de disposer d'une facture répond à d'autres fins¹, notamment probatoires². Elle tient lieu de facture d'origine. Mais l'authenticité de son origine (par l'identification de l'émetteur) et l'intégrité du contenu (non modifiable) doivent être garanties: soit au moyen d'une signature électronique (par un certificat électronique qualifié), soit par la mise en place d'un ou plusieurs contrôles établissant une piste d'audit fiable entre une facture et la livraison de biens ou la prestation de services, soit sous la forme d'un message structuré selon une norme sécurisée convenue entre les parties, permettant une lecture par ordinateur et pouvant être traité automatiquement et de manière univoque : progiciel de gestion intégrée (PGI), échange informatisé de données (EDI), format XML, courrier électronique avec un fichier PDF joint, télécopie reçue en version électronique, par exemple. Ce n'est pas le mode de transmission électronique qui prime (il ne s'agit pas simplement d'une version électronique d'une facture-papier numérisée ou scannée, puis envoyée par courriel), mais le mode de conception de la facture³.

Pour qu'une facture soit considérée comme une facture électronique, elle doit être non seulement émise, mais aussi reçue sous format électronique (courrier électronique ou transmission d'un lien sécurisé sur un portail internet), ce qui implique que les systèmes de l'émetteur (fournisseur) et du récepteur (client) soient compatibles et que la preuve de sa réception puisse être apportée. Le contenu d'une facture dématérialisée doit correspondre à celui d'une facture-papier comportant strictement les mêmes mentions obligatoires. Avec la transposition de l'arrêté du ministre de l'économie et des finances du 24 mai 2013, la facture peut s'effectuer électroniquement selon deux modalités d'établissement et de transmission : l'échange de données informatisées (EDI) et la facture électronique signée électroniquement⁴.

¹ Arrêté du ministre de l'économie et des finances n° 1665-13 du 13 regeb 1434 (24 mai 2013) fixant les conditions de mise en œuvre d'une procédure de télédéclaration et de télépaiement de la taxe sur la valeur ajoutée, B.O n° 6162 du 11 chaabane 1434 (20/06/2013).

² Les contribuables peuvent, à compter du 1^{er} septembre 2013, déposer auprès de la direction générale des impôts, par procédés électroniques, les télédéclarations et effectuer les télépaiements prévus en matière de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA), dans les conditions ci-après : réaliser un chiffre d'affaires au moins égal à vingt (20) millions de dirhams hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA) ; déposer une demande d'adhésion au service électronique de la télé déclaration et du télépaiement de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) auprès de la direction générale des impôts ; effectuer le télépaiement auprès de l'un des établissements bancaires ayant conclu une convention à cet effet avec la direction générale des impôts ; observer les règles d'utilisation annexées au présent arrêté. Article 1 de l'arrêté du ministre de l'économie et des finances n° 1665-13 du 24 mai 2013, précité.

³ «La télé déclaration et le télépaiement doivent comporter une signature électronique, établie par le contribuable concerné en utilisant le certificat électronique, visé à l'article 2, par le procédé électronique instauré par la direction générale des impôts ». Article 3 du 24 mai 2013 de l'arrêté du ministre de l'économie et des finances n° 1665-13 du 24 mai 2013, précité.

⁴ Dans le même contexte et selon l'article 1 « Les services électroniques de télédéclarations et de télépaiements des impôts et taxes, fournis par la direction générale des impôts, sont dénommés e-services "Simpl". Ils permettent aux contribuables concernés d'effectuer les déclarations et les paiements des impôts et taxes par voie électronique, à travers l'un des deux (2) modes de transmission des télédéclarations et/ou des télépaiements suivants: - échange de formulaires informatisés (EFI) ; - échange de données informatisées (EDI) (...). Arrêté du ministre de l'économie et des finances n° 1666-13 du 13 regeb 1434

En effet, le destinataire doit, préalablement, accepter de recevoir des factures électroniques qui se substituent au papier et ce, de manière expresse ou simplement tacite¹. Cela suppose à tout le moins une information claire du destinataire sur le caractère électronique du mode de facturation et une absence de réaction de sa part pour que pouvoir en déduire son acceptation tacite.

En outre, le système utilisé doit présenter des garanties techniques assurant sa fiabilité, qui doivent être équivalentes à celles de la facture sur papier. Le principe général retenu est le suivant : les factures transmises par voie électronique sont acceptées à condition que l'authenticité de leur origine et l'intégralité de leur contenu soient garanties. Ces exigences sont assurées soit par le recours à un moyen de signature électronique, soit au moyen d'un EDI². À cet égard, certains s'inquiètent de ce choix laissé à la discrétion des Etats membres dans la mesure où l'on peut justement penser que certains Etats se satisferont d'une simple signature électronique tandis que d'autres exigeront des conditions plus strictes³. Dès lors, l'harmonisation qui est recherchée par le texte européen ne risque-t-elle pas d'en pâtir ? Toujours est-il que cette prudence est légitime car la conservation doit répondre à un certain nombre de conditions contraignantes⁴.

Cette nouvelle mesure comptable est une preuve de l'engagement du Maroc, qui marque sa volonté de casser les anciennes pratiques afin de laisser place à une nouvelle économie qui repose sur la fluidité des échanges, l'intensification des interactions numériques ainsi que sur le stockage et l'archivage de documents comptables informatisés. Elle sera mise en place progressivement, par secteur d'activité, et son entrée en vigueur ne se fera qu'après la publication de tous les textes d'applications. Quoi qu'il en soit avant d'accepter, le client doit contrôler de façon très précise chacune des étapes du processus de rédaction, de signature électronique, de contrôle, de sécurisation.

D'authentification, d'expédition et d'archivage des factures dématérialisées du fournisseur⁵. Le consentement du destinataire, en l'occurrence la personne publique pour

(24 mai 2013) fixant les conditions de mise en œuvre d'une procédure de télédéclaration et de télépaiement de l'impôt sur les sociétés, B.O n° 6162 du 20/06/2013, p.2067.

¹Cette acceptation doit être matérialisée dans un contrat ou, s'il en n'a pas, par l'octroi (au destinataire des factures) d'un délai raisonnable pour exiger une facture papier.

² Annexe ; l'arrêté du ministre de l'économie et des finances n° 08-14 du 23 rabii 1435 (4 janvier 2014) fixant les conditions de mise en œuvre d'une procédure de télédéclaration et de télépaiement de l'impôt sur les sociétés, B.O n° 6228, 6 rabii II 1435 (6-2-2014), p.600.

³ DALADIER ABI-RIZK (G.), «L'internet au service des opérations bancaires et, financières», Thèse Paris II, 2006, P. I 13.

⁴TREZEGUET (M.), «La télétransmission des factures, l'Europe donne sa directive», Lettre du CEJEM, 5 février 2003, accessible sur www.cejem.com.

⁵ La directive 2014/55/UE prévoit la publication d'une norme européenne de facturation électronique dans un délai maximal de 3 ans suivi d'un délai de transposition de 18 mois pour les autorités centrales, avec report possible de 12 mois supplémentaires pour les autorités subcentrales. La directive dispose qu'à compter du 28 novembre 2019, au plus tard et pour les marchés publics soumis aux directives européennes, l'ensemble des entités et pouvoirs adjudicateurs ne pourront refuser une facture électronique conforme à la norme européenne pour ses données essentielles. Directive 2014/55/UE du parlement européen et du conseil du 16 avril 2014 relative à la facturation électronique dans le cadre des

les marchés publics, implique que le recours à la transmission des factures par voie électronique soit prévu dans le contrat liant les parties. De même, en terme visuel et d'organisation des informations, la facture électronique comporte deux grandes parties, ce qui lui donne une certaine structure sémantique : Les données d'en-tête relatives aux parties et à leurs adresses, aux références, à la date et au numéro de facture, et les données de pied donnant les totaux, le détail de TVA, les informations de paiement, les mentions légales ; les données de ligne ou de détail listant les biens ou services facturés, souvent organisées en tableau ou colonnes.

En pratique L'administration précise que cette acceptation préalable peut être matérialisée par un document formel (contrat d'interchange entre entreprises dématérialisant leurs factures ou contrat de services avec un prestataire de facturation par voie électronique) ou bien être tacite (lorsque l'acquéreur ou le preneur traite ou acquitte la facture reçue ou, à défaut, par l'octroi au destinataire d'un délai raisonnable pour exiger une facture papier). Les factures doivent être restituables par l'entreprise à qui l'administration en fait la demande¹.

Mentions obligatoires pour l'acceptation des factures : L'État, les collectivités territoriales et les établissements publics acceptent les factures transmises par les titulaires et les sous-traitants admis au paiement direct de leurs contrats, sous réserve qu'elles comportent les mentions suivantes² : – la date d'émission de la facture ; – la désignation de l'émetteur et du destinataire de la facture ; – le numéro unique basé sur une séquence chronologique et continue établie par l'émetteur de la facture, avec possibilité de numéroté sur plusieurs séries ; – le numéro du bon de commande ou le numéro de l'engagement généré par le système d'information financière et comptable de l'entité publique ; – le code d'identification du service en charge du paiement ; – la date de livraison des fournitures ou d'exécution des services ou des travaux ; – la quantité et la dénomination précise des produits livrés, des prestations et travaux réalisés ; – le prix unitaire hors taxes des produits livrés, des prestations et travaux réalisés ou, lorsqu'il y a lieu, leur prix forfaitaire ; – le montant total hors taxes et le montant de la taxe à payer, ainsi que la répartition de ces montants par taux de TVA, ou, le cas échéant, le bénéfice d'une exonération ; – le cas échéant, les modalités particulières de règlement ; – le cas échéant, les renseignements relatifs aux déductions ou versements complémentaires.

L'assujetti doit, en effet, tenir à disposition de l'administration fiscale une liste récapitulative séquentielle de tous les messages émis ou reçu et de leurs anomalies éventuelles. Il conserve l'entière responsabilité de ses obligations en matière de facturation et de leurs conséquences au regard de la taxe sur la valeur ajoutée, quel que soit le mandat émis à un client pour l'établissement de la facture, ou le recours à un prestataire. Il faut

marchés publics, J.O n° L 133du 6.5.2014, voir sur : http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=OJ:JOL_2014_133_R_0001&rid=11

¹ Si l'administration le demande, la restitution est effectuée sur support papier. [lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=OJ:JOL_2014_133_R_0001&rid=11](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=OJ:JOL_2014_133_R_0001&rid=11)

² Décret 2016-1478 du 2 novembre 2016, art. 1

être sûr que la solution de dématérialisation proposée est conforme à la législation fiscale marocaine en vigueur; fait usage de signatures électroniques au sens de la loi; est conforme à la législation en matière de dématérialisation, de preuve numérique...; assure la sécurité du transfert à travers le réseau internet et assure la confidentialité des documents lors du transfert, sur le réseau internet.

En outre il faut mettre l'accent sur le rôle important des chambres de commerce et d'industrie pour fédérer l'ensemble des secteurs et avoir des canaux de communication structurés. Tout en soulignant que la facturation électronique ne s'appliquera pas encore au Maroc, étant donné que le texte réglementaire fixant les modalités de son application n'a pas encore vu le jour.

b. E-factures: Gestion des risques opérationnels :

La multiplicité des normes et leur absence d'interopérabilité se traduisent par une complexité excessive, une insécurité juridique et des coûts de fonctionnement supplémentaires pour les opérateurs économiques qui utilisent des factures électroniques dans plusieurs États. Les opérateurs économiques désireux de participer à des marchés publics transfrontières sont souvent contraints de se conformer à une nouvelle norme de facturation électronique chaque fois qu'ils accèdent à un nouveau marché. Du fait qu'elles découragent les opérateurs économiques de participer à des marchés transfrontières, les divergences entre les exigences légales et techniques en matière de factures électroniques constituent des obstacles à l'accès au marché dans le cadre des marchés publics transfrontières et des entraves au commerce. Elles empêchent l'exercice des libertés fondamentales et ont un effet direct sur le fonctionnement du marché intérieur. Un simple fichier image ne devrait pas être considéré comme une facture électronique aux fins de la directive 2014-55-UE du 16 avril 2014¹.

A ce point il est distingué entre deux procédures de transmission des factures électroniques : la facture transmise par la voie de l'échange de données informatisé "EDI"; et les factures transmises par voie électroniques et sécurisées au moyen d'une

¹ La présente directive devrait s'appliquer aux factures électroniques reçues par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices et émises à l'issue de l'exécution des marchés auxquels la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE (J.O L 216 du 20.8.2009, p. 76), la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (J.O L 94 du 28.3.2014, p. 1), la directive 2014/24/UE ou la directive 2014/25/UE s'appliquent. Seules les factures électroniques émises par l'opérateur économique auquel le marché public ou le contrat de concession a été octroyé (dénommer «contractant principal») devraient être couvertes par la présente directive. Cependant, lorsque des États membres prévoient un paiement direct des sous-traitants en application de l'article 71 de la directive 2014/24/UE et de l'article 88 de la directive 2014/25/UE, les arrangements qui doivent être fixés dans les documents de marché devraient comporter des dispositions concernant l'utilisation ou non de la facturation électronique dans le cadre des paiements aux sous-traitants. Il convient de préciser si, lorsqu'un marché est attribué à un groupement d'opérateurs économiques, la présente directive s'applique aux factures électroniques émises tant par le groupement que par chacun des opérateurs économiques.

signature électronique¹. L'échange de données informatisé (EDI) est une technique qui remplace les échanges physiques de documents entre entreprises (commandes, factures, bons de livraison,...) par des échanges, selon un format standardisé, entre ordinateurs connectés par liaisons spécialisées ou par un réseau (privatif) à valeur ajoutée (RVA). Les données sont structurées selon des normes techniques internationales de référence (ex: Edifact²). A titre d'exemple, l'envoi par fax d'une commande puis sa saisie par un opérateur de l'entreprise fournisseur, est remplacée par l'émission d'une information qui est acheminée vers un ordinateur de l'entreprise fournisseur capable d'interpréter la commande. Autrement dit, l'EDI peut être défini comme l'échange, d'ordinateur à ordinateur, de données concernant des transactions en utilisant des réseaux et des formats normalisés. Les informations issues du système informatique de l'émetteur transitent par l'intermédiaire de réseaux vers le système informatique du partenaire pour y être intégrées automatiquement. C'est la structure des messages qui leur permet d'être traité «automatiquement et de manière univoque», offrant ainsi une excellente automatisation du processus et son intégration avec le système comptable de l'entreprise. La signature électronique est un moyen de sécurisation des factures électroniques, susceptible de garantir l'authenticité de leur origine et l'intégrité de leur contenu.

Différentes signatures électroniques existent et sont acceptées par l'administration fiscale aux fins de sécurisation des factures, mais seules certaines d'entre elles garantissent de façon autonome l'authenticité de l'origine et l'intégrité du contenu des factures, à savoir : - la signature électronique avancée, fondée sur un certificat qualifié et créée par un dispositif sécurisé de création de signature ; - les signatures électroniques conformes au référentiel général de sécurité (RGS) de niveau 2 ou 3 étoiles. Les entreprises émettrices de factures assorties d'autres signatures électroniques³ doivent, pour garantir l'authenticité de l'origine et l'intégrité du contenu des factures électroniques, mettre également en place des contrôles établissant une piste d'audit fiable. L'émission de factures sécurisées au moyen d'une signature électronique implique le respect de trois conditions : l'acceptation préalable du destinataire, l'acquisition d'un certificat électronique qualifié et créé par un dispositif sécurisé de création de signature électronique qui doit remplir un certain nombre de conditions, et l'octroi d'une signature électronique « qualifiée » fondée sur ce certificat (CGI Ann. III art. 96 F) déjà traité. Elle est susceptible de garantir l'authenticité de leur origine et l'intégrité de leur contenu. Un assujetti, qui signe électroniquement une facture

¹ «Correspondances syntaxiques»: des lignes directrices sur la manière dont un modèle sémantique de données pour une facture électronique pourrait être représenté dans les différentes syntaxes, Directive 2014/55/UE du parlement européen et du conseil du 16 avril 2014, précitée.

² EDIFACT est l'acronyme pour Échange de données informatisées pour l'administration, le commerce et le transport (en anglais, Electronic Data Interchange for Administration, Commerce and Transport), qui est une norme des Nations unies décrivant des modalités techniques pour l'échange de données informatisé (EDI) dans différents secteurs industriels. EDIFACT définit à la fois une syntaxe et un contenu pour les messages EDI.

https://fr.wikipedia.org/wiki/%C3%89change_de_donn%C3%A9es_informatis%C3%A9es_pour_l%27administration,_le_commerce_et_le_transport

³ Par exemple, signature avancée au sens de l'article 2, point 2, de la directive 1999/93/CE du 13 décembre 1999 du Parlement européen, signature conforme au RGS une étoile...

électronique permet au destinataire de cette dernière d'en authentifier l'émetteur, d'y détecter une éventuelle atteinte à son intégrité (la facture a été modifiée) et, le cas échéant, d'attester la volonté de l'émetteur de donner son approbation aux dispositions contenues dans l'acte¹.

En pratique, le signataire applique un algorithme d'empreinte du document d'origine, qui en constitue une version synthétique et unique. Le signataire utilise alors sa clé privée de signature (donnée de création de signature) pour chiffrer l'empreinte au moyen d'un algorithme cryptographique asymétrique et transmet le document d'origine et l'empreinte chiffrée au destinataire (la signature). Le destinataire applique à son tour le même algorithme d'empreinte à partir du document d'origine et déchiffre l'empreinte chiffrée reçue avec l'algorithme cryptographique asymétrique au moyen de la clé publique (donnée de vérification de signature), associée de manière unique à la clé privée de signature et envoyée avec le message.

Le destinataire compare alors le résultat du déchiffrement avec l'empreinte qu'il a calculée: il s'agit de l'opération de vérification de la signature. Pour être certain que la clé publique appartient bien à la personne ou à l'entreprise ayant signé le document, il est nécessaire d'avoir recours à un certificat électronique, document sous forme électronique signé par une tierce partie, encore appelée prestataire de service de certification, qui atteste de ce lien².

Dans l'hypothèse où plusieurs factures seraient transmises dans un même envoi, il est possible de signer l'ensemble des factures en cause et non chaque facture une à une dès lors qu'elles sont relatives à des opérations intervenues entre les mêmes assujettis. Le signataire de la facture est celui qui détient et met en œuvre le moyen de signature. Il peut s'agir d'une personne morale (on parle alors «de cachet serveur») auquel cas le cachet peut être produit automatiquement lors de l'envoi des factures, ou d'une personne physique (on parle alors de signature) émettant les factures après les avoir signées en son nom pour le compte de l'entreprise. La signature ou le cachet serveur doit être lié au document de manière indéfectible. Dans tout état de cause les signatures électroniques doivent garantir l'authenticité de l'origine, l'intégrité du contenu et la lisibilité des factures seulement si elles s'accompagnent de la mise en place de contrôles établissant une piste d'audit fiable. Elles constituent un élément de la piste d'audit car elles permettent de détecter toute

¹ GOBERT (D), «vers une discrimination de traitement entre la facture papier et la facture électronique?», cahier du juriste, n° 4-5/ 2001, p.45. Pour reconnaître une valeur juridique à la signature électronique, l'auteur indique que l'article 5 de la directive n° 1999/93/CE « contient deux clauses : l'une d'assimilation (art.5.1), l'autre de non discrimination (art 5.2). La première clause consiste à assimiler la signature électronique à la signature manuscrite lorsque certaines conditions sont cumulativement remplies (...). La clause de non discrimination s'applique lorsque l'une (ou plusieurs) des conditions auxquelles est subordonnée l'application de la clause d'assimilation n'est pas rempli ». Par conséquent, l'utilisation d'une signature électronique avancée qualifie la facture de document signé dans la mesure où elle bénéficie de la clause d'assimilation automatique à la signature manuscrite.

²GOBERT (D), «vers une discrimination de traitement entre la facture papier et la facture électronique?», op.cit, p.46.

modification de la facture d'origine (condition d'intégrité). Il est possible d'émettre des factures par e-mail sous réserve de les accompagner d'une signature électronique¹.

Dés lors, est-il pertinent de retenir une signature électronique avancée pour la facture électronique ? A priori non, puisqu'il ne s'agit pas de se placer dans un contexte de preuve de facture. L'intérêt de recourir à une signature électronique avancée est que cette dernière puisse être recevable comme preuve en justice. Pour autant, la signature électronique ordinaire ne suffit pas car il lui manque certaines qualités, comme garantir l'intégrité. Force est donc de revenir sur la signature électronique avancée. Mais alors difficile à considérer qu'une facture accompagnée d'une signature électronique avancée n'est pas une facture signée au sens juridique du terme². Il est pourtant traditionnellement admis qu'une facture ne crée, ni droit, ni obligation. Le fait générateur de toute obligation est la convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. C'est parce qu'il y a contrat et livraison ou réalisation de la chose que le montant doit être réglé par l'acheteur et parce qu'il y a vente que la taxe est due à l'Etat par l'assujetti. Ainsi, dans le cadre de la facture, la signature électronique paraît essentiellement utilisée pour sa fonction d'intégrité, en tant qu'instrument de sécurité qui vise à sécuriser l'échange électronique³.

Une facture dématérialisée consiste en un certain nombre de données se présentant sous la forme d'un message structuré selon une norme convenue entre les parties, message pouvant être traité automatiquement et de manière univoque par ordinateur ; ce document tient alors lieu de facture d'origine à condition de respecter un certain nombre de conditions. Pour télétransmettre des factures dématérialisées, il faut avoir recours à un système de télétransmission spécifique c'est-à-dire à un ensemble de matériels et de logiciels permettant à une ou plusieurs personnes d'échanger des factures à distance en respectant la réglementation applicable. Le message facture doit comporter les mentions obligatoires devant figurer sur une facture et faire apparaître les renseignements permettant l'établissement de la liste récapitulative.

L'utilisation de codes stables, par exemple pour des produits ou des personnes, est admise à condition que cette codification soit déchiffrée automatiquement à l'aide d'une table de correspondance, dont l'historique des modifications est conservé, et intégrée à la fonction de restitution. Chaque message doit faire l'objet d'une vérification de sa conformité aux mentions obligatoires à l'émission et à la réception. Il ne doit pas être altéré après qu'il a été constitué, archivé et émis par le fournisseur. La liste récapitulative, qui doit être établie

¹ GOBERT (D), «vers une discrimination de traitement entre la facture papier et la facture électronique?», op.cit, p. 50.

² De surcroît, la loi 53-05 prévoit qu'une signature avancée soit basée sur un certificat qualifié et crée par un dispositif sécurisé de création de signature. Dans ce cas «la facture est alors automatiquement considérée comme signée en raison de l'application de la clause d'assimilation». La loi n° 53-05 relative à l'échange électronique de données juridiques, précitée.

³ GOBERT (D), «vers une discrimination de traitement entre la facture papier et la facture électronique?», op.cit, p.46.

par toute personne émettant ou recevant des factures dématérialisées, doit comporter un certain nombre de mentions obligatoires: numéro et date de facture; date et heure de constitution du message; montants HT et TTC de l'opération facturée; code devise lorsque la facture n'est pas libellée en euros; éléments d'identification de l'émetteur ou du récepteur qui sont donnés par le système de télétransmission (code, nom ou dénomination sociale, n° Siret ou Siren, adresse, qualité de fournisseur ou de client); version du logiciel utilisé; anomalies éventuelles intervenues lors de chaque transmission. Cette liste doit être produite par le système de télétransmission et conservée sous forme électronique. Le fichier informatique doit être constitué et alimenté au fur et à mesure de l'émission ou de la réception des messages factures et ne doit pas être modifiable. Les entreprises peuvent recourir, par le biais d'un mandat, à un prestataire qui émettra et recevra, en leur nom et pour leur compte, des factures dématérialisées¹. Le mandataire doit garantir que son système de dématérialisation et d'archivage des factures respecte l'ensemble des conditions requises et doit s'assurer qu'une liste récapitulative unique est constituée et archivée pour chaque mandant qui dématérialise ses factures par son intermédiaire. Une liste récapitulative unique, contenant des informations communes à plusieurs entreprises, n'est pas conforme aux textes. Le fichier des partenaires, qui doit être constitué par les entreprises échangeant des factures dématérialisées, mentionne pour chaque partenaire : le nom ou la dénomination sociale, l'adresse, la qualité d'émetteur et/ou de récepteur, la date d'entrée dans le périmètre de dématérialisation et, le cas échéant, la date de sortie de ce périmètre. Si le système de télétransmission ne s'accompagne pas de la liste récapitulative ou du fichier des partenaires, l'entreprise doit mettre en place des contrôles permettant d'établir une piste d'audit fiable.

La restitution des messages factures en langage clair, sur support informatique ou, à la demande de l'administration, sur support papier, doit être possible et le système de télétransmission doit permettre de répondre à une demande sélective de l'administration. Dès lors que toutes les conditions requises sont remplies, les factures dématérialisées d'origine sont celles qui sont créées, transmises et archivées sous forme dématérialisée. Fiscalement aujourd'hui, presque plus rien ne distingue le traitement des factures papier de celui des factures électroniques. En effet, dans la mesure où une facture papier ne garantit ni l'intégrité ni l'authenticité de cette dernière, le législateur, s'appuyant sur la Directive communautaire, a étendu cette nouvelle obligation de contrôles documentés et permanents aux factures papier. Si bien que l'on peut se demander aujourd'hui s'il y a encore un intérêt pour les entreprises à émettre des factures papiers.

B) Les intérêts de la dématérialisation des factures pour les différentes parties prenantes :

La mise en place de la facturation électronique présente un certain avantage pour les différentes parties prenantes ; l'Etat, les PME ou les grandes entreprises **(a)**, le prestataire, le consommateur...**(b)**.

¹ https://www.celge.fr/wp-content/uploads/2016/06/facture_electronique.pdf

a. Pour les entreprises et l'Etat :

Tant les petites entreprises que les structures de grande taille ont vu une amélioration dans le processus d'accélération du règlement et du traitement des factures. Les risques d'erreurs et de fraudes sont limités en matière comptable grâce à l'automatisation du processus et à la vérification des données entrées de manière informatique. Petit à petit, les projets de dématérialisation partis de la chaîne de documents se sont étendus à la gestion des demandes d'achat aux factures jusqu'à l'émission des avis de paiement. Le système de dématérialisation des factures a également permis de réduire les coûts de traitement des documents et des échanges administratifs avec les fournisseurs ainsi que l'automatisation des rapprochements commande facture et bon de commande ou bon de livraison¹. Au sein de la société, le contrôle interne a bénéficié d'une réforme avec, en plus, une nette amélioration de la qualité et de la fiabilité des informations fournies. Certaines sociétés ont même pu constater une division par deux de leurs coûts de facturation grâce à la dématérialisation complète des factures.

Alors que pour l'Etat : Grâce à la dématérialisation des factures, les audits et les contrôles fiscaux effectués par l'Etat et l'administration fiscale au sein des entreprises deviennent moins fastidieux. Lors de la procédure de contrôle, la seule connexion au portail de dématérialisation des sociétés permet à l'administration fiscale de mettre en œuvre la vérification électronique des données inscrites dans les factures, et ce en moins de 20 minutes, afin d'assurer que les documents fournis par l'entreprise client ou fournisseur soient identiques et conformes pour chaque partie. La loi enjoint les services de l'Etat de recevoir les factures électroniques qui ont été transmises automatiquement au système d'information (logiciel). Cette disposition a permis dans un premier temps d'assurer une meilleure gestion des flux de factures pour l'Etat, mais aussi des avantages économiques et environnementaux conséquents (économie de papier considérable).

b. La dématérialisation des factures au sein de l'entreprise :

Dans une stratégie de réduction des coûts, l'entrepreneur peut opter pour la mise en place de la facture dématérialisée au sein de son entreprise. Dans une acception stricte, la facture est un document commercial qui traduit au client le coût convenu de son achat². En tant que document fiscal, la facture est également utilisée dans le but de porter les montants de la TVA lui permettant d'acquérir une valeur probatoire en cas de contrôle de l'administration fiscale. Le passage de ces documents du support physique (sous format papier) au support numérique permet la dématérialisation des factures tout en offrant une nouvelle jeunesse au système de facturation traditionnel. Pour l'entrepreneur, la facturation électronique présente plusieurs avantages³.

¹ SQALLI (N), « Paiement électronique: Comment ça marchera? », publié dans L'Economiste, le 21 - 11 - 2007, consulter sur http://www.leconomiste.com/print_article.html?a=82239.

² SQALLI (N), « Paiement électronique: Comment ça marchera ? », publié dans L'Economiste, le 21 - 11 - 2007, consulter sur http://www.leconomiste.com/print_article.html?a=82239.

³ <http://www.digidotamment.pro/la-dematerialisation-des-factures/>.

En effet, avec la réduction de l'utilisation de papier et des coûts de traitement des envois, un gain financier non négligeable est réalisé ; cette économie demeure plus évidente quand on constate que le tarif pour l'envoi d'une facture dématérialisée entrante ou sortante (4 euros) s'avère moins coûteux que le tarif moyen d'envoi d'une facture papier (17 euros). En ne faisant appel qu'à un ou quelques tiers de confiance pour la mise en œuvre du système de dématérialisation intégré, un gain de productivité conséquent est réalisé pour l'envoi, la certification et l'archivage, évitant ainsi une mobilisation superflue du personnel. L'automatisation du système a permis de rendre possible l'intégration avec les progiciels et logiciels de facturation.

Sur le plan juridique, les factures électroniques émises dans le respect des dispositions légales les encadrant ont une valeur probante et irréfutable. Au sein des grandes entreprises, le système de facturation électronique pour les flux entrants ou sortants a permis de faciliter la transition vers la dématérialisation pour les fournisseurs, permettant ainsi une plus grande disponibilité du système

En revanche, l'usage de la facturation électronique dans les échanges commerciaux est parfois source de divergences auprès des consommateurs qui considèrent la facture papier plus accessible car gratuite, facile à consulter et plus sécurisée que la facture électronique. Dans certains cas, la facture électronique n'avantage pas le consommateur sur le plan financier du fait que ce dernier devient moins vigilant dans la tenue de ses comptes, il engage plus de dépenses pour le coût de l'impression de la facture électronique et il doit également assumer la charge du coût du stockage quand il n'est pas obligé de s'engager à consulter mensuellement ses factures sur internet, faute d'envoi de factures sous format papier¹.

L'achat public au Maroc est actuellement au centre d'intérêt de l'opinion publique et des partenaires internationaux de notre pays, qui demandent plus de transparence, d'efficacité et de rentabilité en termes d'impact sur le quotidien des citoyens et d'amélioration des services rendus par l'administration publique. C'est au regard de cette évolution de l'environnement, qu'il importe de savoir si l'achat public tel qu'il est réglementé et conçu, favorise ou non une gestion régulière et transparente, mais aussi économique et efficace des deniers publics.

A cet effet, il y a lieu de s'interroger sur la cohérence du système juridique et comptable régissant l'achat public et sa compatibilité avec l'objectif d'une gestion saine, régulière, efficace et rentable des commandes publiques. La présentation du thème de notre recherche vise la double ambition de mettre le point d'abord sur l'impact de la régulation juridique et comptable sur l'efficacité de la gestion des achats dans l'administration

¹Sur le plan économique, le processus de dématérialisation des factures permet de faire des économies, tout en appliquant une plus grande célérité dans la mise en œuvre des activités commerciales grâce au système de l'automatisation permettant de limiter les risques de fraudes commises. - Sur le plan environnemental, l'objectif du «zéro papier» en vue de la préservation de l'environnement (moins d'abattage d'arbres, moins de rejet de CO2 dû au transport non conventionnel) devient plus réel et accessible grâce au système de facturation électronique. SQALLI (N), «Paiement électronique: Comment ça marchera?», publié dans L'Economiste, le 21 - 11 - 2007, consulter sur http://www.leconomiste.com/print_article.html?a=822.

publique. Nous abordons en sus l'organisation et le rôle de l'acheteur public dans le management des marchés publics. L'impact du système de contrôle exercé sur les marchés publics sera également d'un éclairage sur la contribution de ce système dans l'amélioration de la qualité de management des achats publics.

D'autant plus que nous assistons au Maroc à un débat portant sur le degré d'adaptation et de transposition des techniques de management du secteur privé dans le secteur public¹. Il s'agit de s'imprégner des méthodes de management adoptées dans le privé en matière des achats, pour lesquels la gestion du temps est cruciale, mais qui n'est pas encore valorisée dans l'administration publique. Enfin, nous proposons un nouveau mode de management de l'achat public axé sur la responsabilité et la transparence garant de l'efficacité dans ce domaine et sur le développement des technologies de l'information et la dématérialisation de la commande publique. Ce mode de management sera aussi focalisé sur l'instauration d'une culture de programmation, de contrôle interne et de bonne gouvernance dans la gestion des marchés publics.

§2 - Les juridictions financières : un contrôle d'évaluation de la performance

Mettant en cause l'usage de deniers publics, les actes budgétaires sont des actes administratifs soumis à un contrôle spécifique, en plus du contrôle du droit commun des actes administratifs des collectivités territoriales. Ce contrôle remplace la tutelle financière qui était un contrôle a priori². Ce contrôle fait intervenir les chambres régionales des comptes, ce sont des juridictions financières, soumises à la Cour des comptes, et qui interviennent en qualité d'organismes administratifs. Les chambres territoriales des comptes exercent leur mission dans les collectivités d'outre-mer (COM)³. La méthodologie dans la conduite de cette recherche fait appelle d'abord, au diagnostic stratégique qui permet d'appréhender le degré d'intégration des règles juridiques et comptables qui organisent la gestion des marchés publics dématérialisés, leur homogénéité et la vision qui prédomine au sein de cet arsenal juridique, comptable et budgétaire (A).

Pour ce faire nous avons eu recours à l'analyse des points faibles, causes de dysfonctionnement et des points forts, vecteurs de modernisation, ainsi qu'à l'analyse des contraintes et des opportunités que présente l'environnement interne et externe dans lequel opère l'acheteur public. Ensuite à l'enquête dans l'administration publique pour

¹ <https://www.mawarid.ma/document-1457.html>

² Colloque International sur les Finances Publiques sous le thème : «L'Etat territorial au Maroc et en France : quelles synergies entre les finances de l'État et les finances des collectivités territoriales?» Rapport introductif, NOUREDDINE BENSOUDA Trésorier Général du Royaume, Rabat, le 12 septembre 2014 ; consulter sur : <http://www.finances.gov.ma/Docs/2014/TGR/Rapportintroductif.pdf>

³ Le contrôle budgétaire est prévu dans quatre cas : lorsque le budget n'est pas adopté à la date légalement prescrite, le 15 avril de chaque année, ou le 30 avril les années d'élection; lorsque le budget n'est pas adopté en équilibre réel ; lorsqu'il existe un déficit de l'arrêté de comptes; en cas d'omission ou d'insuffisance de crédits correspondant à des dépenses obligatoires, c'est-à-dire d'une dépense prévue par la loi ou résultant d'une décision de justice ou d'un engagement contractuel. NOUREDDINE BENSOUDA Trésorier Général du Royaume, Rabat, le 12 septembre 2014 ; consulter sur : <http://www.finances.gov.ma/Docs/2014/TGR/Rapportintroductif.pdf>

savoir le degré d'adaptation des structures administratives et des profils des acteurs en charge de la gestion à l'objectif de l'efficacité de gestion des achats publics. Nous avons également procédé à l'étude des cas en termes de méthodes de gestion et d'organisation adoptées par certaines administrations et leur impact sur la qualité de la gestion¹. Cependant, l'approche juridique et budgétaire du système de gestion des commandes publiques, ne peut suffire pour comprendre la réalité du fonctionnement de l'administration des marchés publics dématérialisés². Celle-ci n'est pas un ensemble fermé agissant par référence exclusive à ses propres lois, elle est insérée dans un ordre structuré et stratifié dont les diverses composantes sont articulées et solidaires³ (B).

A) La transmission électronique des actes soumis au contrôle budgétaire :

La possibilité de transmettre par voie électronique les documents budgétaires porte sur l'ensemble des maquettes dématérialisées pour un exercice budgétaire considéré. Elle concerne l'intégralité des documents budgétaires de l'ordonnateur, soit: Le budget primitif ; Le budget supplémentaire; La (es) décision(s) modificative(s); Le compte administratif. Les documents budgétaires doivent être transmis au format XML. Le flux XML contenant le document budgétaire doit avoir été scellé par l'application TotEM à titre d'exemple⁴, ou par un progiciel financier compatible avec le format XML et ayant intégré les fonctionnalités de TotEM». Cette analyse est focalisée sur le développement stratégique qui consiste à proposer des pistes d'amélioration des modes de gestion de l'achat public, eu égard aux mutations et attentes de l'environnement national et international qui est de plus en plus regardant en matière de gouvernance et d'efficacité.

¹ La CRTC reçoit automatiquement du comptable de la collectivité le compte de gestion et les pièces justificatives qui s'y attachent (documents dits « portables » ; articles L. 231-1 et L. 232-2 du CJF). Mais en cours de contrôle (jugement des comptes du comptable ou examen de la gestion de la collectivité), le magistrat instructeur peut demander l'accès à tout document utile documents « quérables ») qui vient encore accroître la masse de documents papier utilisés. Sur le contrôle des juridictions financières, CRUCIS (H.-M.), «Droit des contrôles financiers des collectivités territoriales», Paris, AJDA-Le Moniteur, 1998, 750 p.

² Il est important de noter que, en cas d'irrégularité constatée dans l'application des règles du décret des marchés publics (par exemple, un fractionnement abusif d'une acquisition pour échapper au formalisme), la Cour ou la chambre régionale et territoriale des comptes, suivant le cas, sont tenues de saisir le procureur de la République qui décidera de l'opportunité d'engager des poursuites (au titre de délit de favoritisme, par exemple) envers le pouvoir adjudicateur concerné. BERTUCCI (J.-Y.) et DOYELLE (A.), «L'activité des chambres régionales des comptes - L'examen des conventions relatives aux marchés ou à des délégations de service public », AJDA, 20 mars 1995, p. 200 ; CHABANOL (D.), «Les chambres régionales des comptes, un autre juge de la légalité?», RFFP, n° 85,2004, p. 51.

³ LAMBERT (A), «Les chambres régionales des comptes doivent aussi devenir des acteurs de la Modernisation », RFFP, n° 85,2004, p.91. «Loin d'être un frein pour les élus et les collectivités», l'auteur appelle de ses vœux les chambres et leurs magistrats à «devenir des acteurs de modernisation et de la simplification».

⁴TOTEM (totalisation et Enrichissement des Maquettes). Logiciel libre mis à la disposition des collectivités par la Direction générale des collectivités locales du Ministère de l'Intérieur française. Cette application gratuite et librement téléchargeable permet de consolider les données budgétaires et extrabudgétaires contenus dans les progiciels de gestion ou sous d'autres formats afin de générer budgets primitifs, budgets supplémentaires, décisions modificatives et comptes administratifs complets sans double saisie. Une fois le budget voté, c'est le fichier XML complet issu de TotEM qui est télétransmis en préfecture en vue du contrôle budgétaire. LAMBERT (A), «Les chambres régionales des comptes doivent aussi devenir des acteurs de la Modernisation», op.cit, p.45.

Il s'agit de l'amélioration des instruments de gestion tel que le dispositif réglementaire qui devra clarifier les règles du jeu, les responsabilités et les marges d'initiative réservées aux gestionnaires. Il s'agit également de la réforme des règles de contrôle (a) qui devra faire place désormais au contrôle interne et à l'audit de performance, de la réinvention des modes d'organisation administrative qui devront valoriser la fonction achat dans l'organigramme et enfin, de la formation comme vecteur du développement de la capacité de gestion et de l'utilisation des techniques issues du commerce électronique dans l'achat public. Les expériences internationales sont d'un grand apport à ce niveau, d'autant plus que les meilleures pratiques s'universalisent et se mutualisent, que ce soit entre les administrations d'un pays, ou entre les pays et les continents. Il en va tout autrement s'agissant de l'accès des données numérisées hors le cadre d'exercice du droit de communication, pourtant, les prescriptives ouvertes par l'accès direct des juridictions financières en font une question d'actualité des textes juridique. C'est donc, s'imprégner des meilleurs pratiques et se mettre au niveau des défis de la mondialisation des échanges commerciaux et de la multiplication des accords de libre échange et d'association dans lesquels s'est engagé le Maroc (b).

a. Les dispositions régissant l'accès des juridictions aux données électroniques :

Nombreuses sont les grandes entreprises à devoir gérer des centaines ou des milliers de données de tous types : textes, chiffres, images et vidéos. À l'ère de l'informatique et du numérique, toutes ces données existent déjà sous une forme informatisée et la recherche de solutions adaptées pour leur modification et leur publication en temps réel est une nécessité. Comment s'effectue l'import des données dans le système ? Les datas sont la clé de voûte de cet outil de gestion avancée. L'import des données dans la base peut s'effectuer de deux façons: Via un fichier CSV¹ préformaté pour permettre à chaque donnée de trouver correctement sa place dans la base; A l'aide d'un connecteur permettant de synchroniser les données de ERP avec la base de données de nouvel outil Datacross². Le processus de l'import des datas nécessite un travail rigoureux en amont afin d'associer chaque donnée à des champs, des graphiques, des tableaux pour modéliser à la volée des documents.

Les dispositions relatives au droit de communication organisent très largement l'accès aux données informatisées des contrôlés, qu'il s'agisse des ordonnateurs ou des comptables . Pour les gestions ou les opérations faisant appel à l'informatique, le droit de communication des rapporteurs implique l'accès à l'ensemble des systèmes électroniques

¹ Comma-separated values, connu sous le sigle CSV, est un format informatique ouvert représentant des données tabulaires sous forme de valeurs séparées par des virgules. Ce format n'a jamais vraiment fait l'objet d'une spécification formelle. https://fr.wikipedia.org/wiki/Comma-separated_values

Un fichier CSV est un fichier texte, par opposition aux formats dits « binaires ». Chaque ligne du texte correspond à une ligne du tableau et les virgules correspondent aux séparations entre les colonnes. Les portions de texte séparées par une virgule correspondent ainsi aux contenus des cellules du tableau. Une ligne est une suite ordonnée de caractères terminée par un caractère de fin de ligne (line break -CRLF), la dernière ligne pouvant en être exemptée. <http://www.commentcamarche.net/contents/367-csv-fichier-csv>.

² <http://www.datacross.fr/applications/import-des-donnees/>

et informatiques, y compris applicatifs, à leur architecture, documentation, ainsi que la faculté d'en demander la transcription par tout traitement approprié dans des documents directement utilisables pour les besoins du contrôle. Toutefois, la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 dite "Informatique et libertés" peut constituer un obstacle relatif à l'exercice de ces prérogatives par la protection qu'elle accorde aux informations nominatives contenues dans les données informatiques qui, en vertu de l'article 34 de ladite loi¹ ne peuvent être communiquées à des tiers non autorisés. Si le traitement des données nominatives (fichiers fournisseurs s'il s'agit exclusivement de personnes morales, immobilisations, stocks...) n'est pas soumis aux procédures relevant de la CNIL, en revanche, le traitement de données relatives aux comptes tiers l'est dès lors qu'y figurent l'identité et des données relative à des personnes physiques². Les documents relatifs au droit de communication, déjà mentionnés, répondent, tout d'abord, à deux questions qui valent pour les données numérisées comme pour les pièces traditionnelles: qui peut utiliser le droit de communication et quand peut-il être utilisé? L'accès à ces données, nominatives ou non, est ouvert uniquement aux magistrats rapporteurs dans le cadre du déroulement d'un contrôle qui leur a été attribué. Concernant l'objet du droit de communication, une importante distinction doit être opérée selon le cadre juridique dans lequel est exercée la demande d'accès aux données numérisées: La loi autorise l'interprétation la plus large dès lors que la demande d'accès est formulée à l'adresse de l'organisme placé sous le contrôle de la juridiction.

Le premier moyen d'analyser les dispositions régissant l'accès des juridictions aux données électroniques présuppose une analyse de l'accès. Les conditions d'accès peuvent être définies comme une capacité d'utilisation minimale, en l'occurrence visualiser les pages et utiliser le courrier électronique. Ici l'idée d'avoir accès incorpore déjà une dimension d'utilisation: disposer de la technologie sans toutefois l'utiliser – même à *minima* – revient à ne pas avoir accès³. Il est évident que raisonner en termes d'accès présuppose l'existence d'une forme d'exclusion numérique (la fracture numérique ou *digital divide*). Ce dilemme est déjà présent dans les politiques publiques des pays. Mais il doit être de plus en plus élargi, en gardant à l'esprit que le défaut d'accès à une telle infrastructure contient un élément potentiel d'amplification des mécanismes de

¹ L'article 34 alinéa 1^{er} de la loi 78-17 du 6 janvier 1978, précitée, prévoit que « le responsable du traitement est tenu de prendre toutes précautions utiles, au regard de la nature des données et des risques présentés par le traitement, pour préserver la sécurité des données et, notamment, empêcher qu'elles soient déformées, endommagées, ou que des tiers non autorisés y aient accès ». ¹
<http://www.datacross.fr/applications/import-des-donnees/>

² A cet égard, la CNIL, dans une lettre du 13 avril 1999 au secrétaire d'État au budget, a reconnu à la Cour et, par extension, à l'ensemble des juridictions financières, la qualité de "tiers autorisé" par rapport aux destinataires ou utilisateurs habituels de ces fichiers. Cette reconnaissance concilie la protection des données informatisées et les besoins des contrôles prévus par le Code des juridictions financières. Le magistrat rapporteur a donc accès à toutes les données, y compris nominatives. Clair dans son énoncé, ce principe appelle, au stade de sa mise en œuvre, des précisions qui en délimitent la portée effective.
<http://www.datacross.fr/applications/import-des-donnees/>

³ Katz (J.E), Rice (R.E), « *Social Consequences of Internet Use. Access, Involvement, and Interaction* », Massachussets, The MIT Press, 2002, p. 4.

contrôle, y compris à plus long terme. Le ‘retard’ relatif est susceptible d’avoir un effet négatif cumulatif, difficilement rattrapable¹.

Mais il faut rappeler, à la suite de Manuel Castells², que le problème de l’exclusion numérique ne saurait être résolu par la seule fourniture d’accès. Ce constat apparaît valable qu’il s’agisse de demandes formulées auprès des ordonnateurs ou des comptables, la distinction des procédures étant indifférente quant à la portée des pouvoirs d’investigation; les demandes de consultations, de communication ou d’extraction de pièces, de fichiers ou de données numériques contenant des éléments nominatifs concernant des personnes physiques que les juges adressent à des organismes tiers à celui de leur contrôle (banque, fournisseurs, organisme de protection sociale, etc.) sont exclus les demandes de copie intégrale de fichiers, sauf si ceux-ci entrent intégralement dans le champ du contrôle³. La question des traitements automatisés effectués directement par les juridictions financières a été posée à la CNIL⁴ sans réponse de sa part ; Il en ressort que si les principes généraux du droit de communication semblent fonder clairement le principe du droit d’accès, de consultation d’extraction et de traitement de fichiers et de données informatiques par les rapporteurs des juridictions financières, la mise en œuvre de ce principe soulève, toutefois, des interrogations sérieuses lorsque l’exercice de ce droit entre dans le champ d’application de la loi du 6 janvier 1978.

En effet, l’intégration de ces systèmes d’information dans le secteur de la justice est très complexe en raison du grand nombre de procédures et de la diversité des tribunaux traditionnels. Il est également envisagé d’utiliser des mots de passe et des systèmes de sécurité de l’information afin de protéger les données, droits et secrets des parties. Ensuite, la mise en place d’une plateforme qui sera également chargée de dématérialiser les archives demeure nécessaire. Les dossiers judiciaires sont classés dans une banque de données électroniques qui conserve les archives à long terme. La loi relative à l’échange des données électroniques 53-05 définit le cadre général des règles juridiques applicables. Néanmoins, tant qu’elle produit des bases de données regroupant des informations personnelles, l’initiative est soumise aux règles relatives aux échanges de données informatiques telles que la loi n° 59-03 qui dispose des infractions liées au traitement

¹ *Idem*, p. 22, on renvoie à Manuel Castells, «The Rise of the Network Society. The Information Age: Economy», *Society and Culture* Vol. I, Cambridge, Blackwell, 2000.

² *Idem*, p. 20-21

³ Ce principe ressort d’une délibération n°82-02 du 2 février 1982 par laquelle la CNIL a précisé certaines des conditions d’utilisation du droit de communication: «le droit de communication des tiers autorisés doit s’exercer par des demandes ponctuelles et motivées pour des informations individuelles et nominatives et ne peut notamment pas aboutir à la transmission de fichiers ou à l’établissement d’interconnexion. Mais les magistrats rapporteurs peuvent réaliser eux-mêmes le traitement des fichiers ou données nominatives récoltés auprès de l’organisme contrôlé ou d’un organisme tiers». <http://www.datacross.fr/applications/import-des-donnees/>

⁴ Il s’agit de savoir si le droit d’accès des magistrats et des rapporteurs emporte pour eux le droit de procéder par eux-mêmes à des traitements automatisés, après récupération des données auprès de l’organisme contrôlé ; ou , encore, lorsque les juridictions financières exploitent, pour les besoins de leur contrôle, des fichiers provenant des organismes contrôlés, si elles sont astreintes à une déclaration au cas par cas, ou si elles pourraient bénéficier d’une habilitation permanente, par exemple, dans le cadre d’un arrêté du Premier président de la chambre concernée, à publier au journal officiel. *Ibid*.

automatisé des systèmes de données ou encore la loi n° 08.09 relative à la protection des données personnelles dans les procédures dématérialisées¹.

Ces dispositions offriraient ainsi des garanties aux justiciables marocains quant à la protection de leurs données personnelles dans les domaines juridique et/ou judiciaire. Pour rappel, les magistrats sont également en charge de faire appliquer la loi 31-13. Pour que le texte produise tous ses effets, il faut que les deux mécanismes chargés de veiller à son application tournent à plein régime. D'une part, le tribunal administratif et de l'autre la Commission du droit d'accès à l'information.

En tout état de cause, plusieurs chambres ont développé des outils de récupération et de traitement des données des contrôlés, soit auprès des comptables publics, soit auprès des ordonnateurs. Le juge sera appelé à se prononcer sur les recours en cas de refus de communication de l'information par l'administration. Quant à la Commission, elle aura la lourde charge de veiller à la bonne application de la loi. Le travail de la commission sera sans nul doute suivi attentivement vu qu'elle est appelée à jouer un rôle dans l'instauration d'une administration publique ouverte et fonctionnant selon les meilleurs standards internationaux.

b. Des obligations de contrôle renforcé : Réglementations extrinsèques au décret des marchés publics régissant la dématérialisation

Les données informatisées doivent être stockées de manière sûre, mais être facilement accessibles aux fins d'analyse. La conception d'un système de gestion des données doit suivre les principes de base du traitement des données. La base de données doit contenir les données brutes d'origine. Le système de gestion des données doit être, dans toute la mesure du possible, intégré dans le système de collecte². L'approche utilisée pour concevoir la base de données et élaborer les logiciels peut aller de l'adaptation d'un système existant à la conception d'un système entièrement nouveau. Dans tous les cas, le système doit être bien documenté. L'interface homme-ordinateur doit aider l'utilisateur à tirer le meilleur parti possible du système, y compris des possibilités d'assistance et des moyens linguistiques locaux.

L'accès à la base de données doit être contrôlé pour en garantir l'intégrité et la confidentialité, mais il faudra interférer aussi peu que possible avec un accès légitime. Les données doivent être interprétées avant de pouvoir être utilisées. Les données primaires brutes représentent souvent un volume très important de sorte qu'elles ne peuvent être utilisées efficacement que dans le cadre d'un système de gestion³. Un principe

¹ Dahir n° 1-09-15 du 22 safar 1430 (18 février 2009) portant promulgation de la loi n° 09-08 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel, B.O n° 5714 - 7 rabii I 1430 (5-3-2009).

² <http://www.fao.org/docrep/004/X2465F/x2465f09.htm>

³ Les fonctions d'un système de gestion d'une base de données sont les suivantes: Assurer la conformité des données avec les classifications types; Assurer la validité des données; Assurer l'intégrité des données et leur cohérence interne; Mettre en sécurité et préserver les données primaires; Permettre un accès facile aux

fondamental consiste à conserver toutes les données telles qu'elles ont été collectées, sous leur forme primaire. Cela réserve une certaine souplesse dans la manière dont les données peuvent être traitées (c'est-à-dire filtrées, agrégées, transformées) et garantit que tous les calculs sont reproduits à partir de données-sources incorporant toutes les révisions. Étant donné l'investissement considérable que représente la collecte des données et les faibles coûts du stockage et du traitement, il n'y a guère de raison de ne pas conserver des données complètes sous leur forme primaire¹. Les avantages et inconvénients varient dans chaque cas et devront être soigneusement pesés avant d'engager des ressources. Les bases de données créées à la demande s'appuient sur la présence et la participation continues des développeurs de système. Des procédures de substitution doivent être établies pour minimiser le risque de défaillance du système, au cas où ces développeurs feraient défaut.

Quoi qu'il en soit, le système doit être pleinement documenté. Cela dit, les systèmes conçus sur commande sont souvent meilleurs qu'une adaptation sur place d'un système disponible dans le commerce, car l'apport de modifications notables à un système existant peut compromettre le fonctionnement. Certes, l'adaptation d'un système coûte au départ moins cher mais elle peut parfois se révéler plus coûteuse au bout du compte en raison de besoins d'entretien accrus. Un avantage important du développement à la demande est que celui-ci peut être configuré de manière à correspondre étroitement à la méthode d'échantillonnage des données, ce qui rendra le système plus efficient et plus facile à accepter.

Un autre avantage possible est que la conception de la base de données peut aussi être utilisée pour le développement du programme de collecte des données. Si les deux phases de développement se déroulent simultanément, l'emploi d'une terminologie commune (par exemple pour l'identification des espèces, les techniques de sondage) et d'outils communs (comme les diagrammes de flux des données, l'analyse des tâches) profitera aux deux systèmes. Selon la quantité de données et les ressources disponibles, les applications périphériques commerciales utilisées pour l'élaboration de la base de données risquent d'avoir, à long terme, des limitations². A la création ou la modification d'un système de saisie des données, il est souvent nécessaire d'incorporer des données historiques qui n'ont

données primaires; Traiter efficacement les données suivant les besoins; Permettre d'intégrer différentes séries de données, de manière à accroître leur utilité globale. <http://www.fao.org/docrep/004/X2465F/x24>

¹ A l'examen de l'approche à adopter pour créer un nouveau système de collecte de données, plusieurs options sont disponibles, à savoir: Prendre un logiciel disponible dans le commerce et l'adapter aux nouveaux besoins; Monter un système à partir de différents composants et logiciels; Créer ex nihilo un système sur mesure. Ex nihilo est une expression latine signifiant «à partir de rien». Elle est souvent utilisée en conjonction avec un terme exprimant une idée de création, comme dans «création ex nihilo», signifiant littéralement «création à partir de rien», par opposition à une «creatio ex materia», création à partir d'un matériau ou d'un substrat préexistant. Cette expression apparaît dans la formulation «ex nihilo nihil fit», «rien ne vient de rien», et se retrouve en science avec le premier principe de la thermodynamique (conservation de l'énergie). On parle aussi de création ex nihilo pour la création monétaire fiduciaire (par la banque centrale) ou scripturale (par les banques commerciales); le crédit est une création monétaire ex nihilo. https://fr.wikipedia.org/wiki/Ex_nihilo.

² SQALLI (N), «Paiement électronique: Comment ça marchera?», publié dans L'Economiste, le 21 - 11 - 2007, consulter sur http://www.leconomiste.com/print_article.html?a=82239.

pas été stockées sur ordinateur. Il faudra alors envisager toutes les méthodes possibles de conversion massive des données (balayage, emploi de personnel local peu coûteux,) pour convertir ces données sous une forme compatible avec l'ordinateur. Cela permettra l'intégration de données nécessaires à de bonnes analyses. Il faudra en outre disposer d'une fonction "importation" permettant d'incorporer des données généralement détenues sous d'autres formes (traitement de texte ou feuilles de calcul).

Cette fonction garantira l'intégrité et la qualité des données. Si cela est possible, des structures spéciales ou des liaisons de logiciel devraient être élaborées pour faciliter la récupération des données provenant d'autres sources informatiques, comme les livres de bord électroniques. Là encore, il faudra veiller à préserver l'intégrité des données, qui devront être correctement validées. La validation des données peut être faite à divers niveaux, y compris au niveau de la collecte des données, de leur compilation, de leur saisie dans le système de gestion de la base de données, de leur traitement et de leur analyse. Les interfaces saisies des données-utilisateur doivent être structurées pour appliquer des ensembles de règles à la validation des données d'entrée¹.

* Traitement des données : Un aspect de la technologie du système de gestion de la base de données qu'il convient d'exploiter quand on met au point ou modifie un système de collecte des données, concerne la possibilité d'incorporer des fonctions de contrôle et de traitement dans la base de données en se servant des procédures et des interrogations contenues en mémoire. Cette approche a pour avantage de: réduire le volume du traitement extérieur nécessaire; permettre une validation plus immédiate des données; accroître la flexibilité en vue de futures modifications du système.

Un point important à prendre en considération quand on traite des données concerne la nécessité de conserver une trace vérifiable de toutes les interventions pratiquées sur les données pour pouvoir examiner ultérieurement la qualité de l'information. Dans la mesure du possible, il faudra utiliser des paramètres augmentant la souplesse du système². Les paramètres sont des valeurs facilement modifiables qui changent la structure et la fonction du système. Souvent, au cours de l'existence d'un système, les besoins évoluent et le fait de pouvoir élargir et modifier le système sans procéder à d'importantes modifications de sa configuration aidera à préserver la viabilité du système de collecte des données.

L'État ou l'organisme d'où émanent les données en est le propriétaire principal. Reconnaissant que les données sont une ressource et, partant, ont une valeur économique ou autre, le gouvernement doit exercer son droit de préserver, garantir et contrôler leur accès. Le contrôle consiste à fixer une limite à la possibilité pour un individu, un groupe d'individus, des organisations ou un autre État d'avoir accès, partiellement ou pleinement, aux données que contient une base de données. L'accès partiel signifie qu'il n'est pas possible de faire un certain nombre d'opérations telles que : - visionner la totalité des

¹ CRUCIS (H.-M.), «Droit des contrôles financiers des collectivités territoriales», op.cit, p. 56.

² <http://www.fao.org/docrep/004/X2465F/x2465f09.htm>

données saisies et stockées par le système, - ajouter des données, - corriger les données, - copier les données ou - diffuser/partager les données de quelque manière que ce soit.

Les contrôles doivent s'exercer pour limiter l'accès en raison du caractère éventuellement confidentiel des données, et pour protéger les données de modifications non autorisées¹. Il est de la plus haute importance de protéger les données primaires contre toute altération accidentelle. La copie originale des données doit toujours être "protégée en écriture". Mais si le contrôle et la sécurité ont leur importance, ils ne doivent pas entraver un accès légitime. La connexion directe des juridictions financières à une banque de données tenue par l'organisme contrôlé relève-t-elle des pouvoirs généraux d'investigation des juridictions ou suppose-t-elle une extension desdits pouvoirs, par la voie législative ou réglementaire ? Une déclaration de traitement est-elle requise dans toutes les situations où une juridiction financière serait susceptible de bénéficier d'une connexion directe sur une banque de données ? En l'absence de réponse à des interrogations, il est difficile de se prononcer définitivement. Compte tenu des besoins évidents des juridictions en matières de traitement de l'information, notamment au stade de la définition de la programmation des contrôles organiques et thématiques, et de l'évolution technologique, une évolution législative et réglementaire semble, en tout état de cause, souhaitable pour clarifier ces possibilités d'accès permanent qui, par nature, ne peuvent être circonscrites dans le cadre juridique strict du droit de communication des rapporteurs. Cette adaptation des textes suppose de donner à ce droit (pour l'accès comme pour les traitements complémentaires) une finalité légale, un cadre juridique et des règles de mise en œuvre². L'intérêt de la dématérialisation est d'autant plus important que celle-ci peut s'effectuer de bout en bout de la chaîne comptable et financière. La dématérialisation doit être pensée pour l'ensemble des intervenants et privilégier les démarches concertées entre tous les acteurs impliqués dans ces échanges.

B) Les changements en matière de contrôles fiscaux :

Après l'indépendance, le Maroc a renforcé son dispositif de contrôle par la modification et la conception de nouveaux textes³. Le contrôle financier de l'Etat sur les établissements et les entreprises publics est régi par le dahir de 1960 jusqu'à 2003. Ce texte juridique demeure lacunaire du fait qu'il présente un certain nombre d'insuffisances tel que l'exercice d'un contrôle de régularité, non généralisé et non évolutif. Ce qui a poussé le

¹ CRUCIS (H.-M.), «Droit des contrôles financiers des collectivités territoriales», op.cit, p. 57.

² Ce système oblige, en effet, une modification du règlement général de la comptabilité publique et, notamment, des articles 47 et 48 du décret du 29 décembre 1962, qui prévoient la transmission au juge des comptes des pièces, prévues par la nomenclature, qui justifient les opérations de recettes et de dépenses retracées aux comptes établies par les comptables publics. CRUCIS (H.-M.), «Droit des contrôles financiers des collectivités territoriales», op.cit, p. 59

³ Il s'agit notamment du dahir du 6 Août 1958 portant règlement de la comptabilité publique, modifié par le décret royal du 21 Avril 1967(HARAKAT, 1992) et complété par le décret du 5 Mars 2002, du dahir du 14 avril 1960 concernant la création de l'inspection générale des finances (IGF), dahir du 14 Avril 1960 organisant le contrôle financier de l'Etat qui est remplacé par le dahir du 11 Novembre 2003(la loi 69-00), du dahir 14 Avril 1960 instituant la commission nationale des comptes qui est remplacée par la cour des comptes (dahir du 14 septembre 1979 et dahir du 13 juin 2002).

législateur marocain à mettre en place un nouveau dispositif qui n'est autre que la loi 69-00¹. Le contrôle financier de l'Etat, est « tout contrôle exercé par l'Etat sur les établissements publics, sociétés et entreprises visés à l'article premier (les établissements publics, sociétés d'Etat, filiales publiques, sociétés mixtes, entreprises concessionnaires), a priori ou a posteriori, selon leur forme juridique et les modalités de leur gestion et ce, dans les conditions prévues par la loi 69-00, ainsi que sur les organismes soumis au contrôle financier de l'Etat en vertu d'une loi particulière » (Article 8 de la loi 69-00)

Partout, les technologies de l'information et de la communication (TIC) sont présentées comme des outils destinés à réaliser des objectifs majeurs tels que favoriser la communication et la gestion démocratique de l'information au profit de tous. Leur utilisation dans l'administration publique est sensée améliorer son fonctionnement interne. L'administration fiscale met à profit le développement du numérique pour favoriser la transparence et vérifier la véracité des informations des contribuables. Les responsabilités de chaque corps intervenant dans la procédure de paiement et de contrôle des dépenses publiques sont clairement identifiées. Après le code des juridictions financières, c'est au tour de loi n° 61-99 relatif à la responsabilité des ordonnateurs, contrôleurs et comptables de l'Etat d'emprunter le cheminement officiel **(a)**. En effet, on assiste à la dématérialisation progressive du contrôle fiscal, ce qui passe par de nouvelles obligations incombant aux entreprises comme aux particuliers. Ainsi peut-on parler de la Dématérialisation de la chaîne comptable et financière, autrement quelles sont les nouvelles responsabilités de ces acteurs dans la sphère informatisée? **(b)**

a. Les acteurs du contrôle : Rôle et responsabilité

Si la commande publique représente un élément clé et un vecteur puissant de promotion et de développement de l'activité économique au Maroc, selon le Ministère de l'Economie et des Finances, la commande publique couvre l'ensemble des marchés attribués par les services publics (l'Etat, les établissements publics et les collectivités locales). Considérant cette importance, les pouvoirs publics marocains restent toujours attentifs au cadre juridique qui régit la commande publique dans le souci d'en améliorer l'efficacité et gouvernance, et des processus d'octroi, de suivi et de contrôle. Les échanges de données entre les trois partenaires de la chaîne comptable et financière représentent un besoin commun, les solutions potentielles peuvent être multiples². En outre, ces échanges sont fortement contraints par les besoins «métiers» de chaque partenaire ainsi que par le cadre réglementaire et juridique régissant leurs relations. Les facteurs principaux influençant ces échanges sont: • les contraintes «métiers» et juridiques propres à chaque partenaire, • les contraintes « métiers » et juridiques liées aux échanges (exemple : portabilité), • l'hétérogénéité liée à la taille et aux moyens disponibles (humains, techniques,...), • les spécificités liées à certains types de données (signature électronique). Le but de cette chaîne est d'uniformiser les documents au niveau local pour rassurer les acheteurs locaux

¹ Dahir n° 1-02-25 du 19 moharrem 1423 portant promulgation de la loi n° 61-99 relative à la responsabilité des ordonnateurs, des contrôleurs et des comptables publics. (B.O du 2 mai 2002).

² <https://journals.indexcopernicus.com/api/file/viewByFileId/374583.pdf>

et leurs comptables publics, mais aussi pour faciliter le travail du juge des comptes. Les règles des contrôles fiscaux des entreprises évoluent. Les entreprises qui tiennent une comptabilité informatisée auront, en cas de contrôle fiscal, l'obligation de présenter à l'administration leurs documents comptables sous forme dématérialisée. Et ce, quel que soit son mode d'imposition : impôt sur les sociétés (IS), bénéfices industriels et commerciaux, impôt sur le revenu (IR)... Sont donc exclues les entreprises qui ont une comptabilité manuelle et les structures soumises au régime forfaitaire annuel¹.

La convention traite de tous les éléments du processus : du contenu des pièces à établir jusqu'au type de format informatique à utiliser pour ces documents. La loi propose un système assez original pour faciliter l'établissement des factures² : auto-facturation à titre d'exemple. Dans ce procédé, le client établit lui-même la facture, simplifiant ainsi sa comptabilité et maîtrisant le format de facture, avant de l'adresser sous forme dématérialisation au fournisseur. Pour rappel, jusqu'à présent, une entreprise tenant une comptabilité informatisée pouvait opter pour la présentation de ses données au fisc sous forme informatisée ou papier."Si le contrôleur souhaitait disposer de fichiers informatiques, il pouvait accéder au système d'information et aux ordinateurs de l'entreprise. Le dirigeant pouvait également réaliser lui-même l'extraction de ses données ou transmettre au contrôleur ses fichiers informatiques sur une clé USB ou un CD Rom".

Au Maroc ; La dématérialisation de la chaîne financière et comptable tend par ailleurs, à raccourcir les délais d'encaissement des recettes de l'Etat et des autres organismes publics. Elle permet enfin, de consolider les règles de transparence, de traçabilité et de responsabilité, en donnant la possibilité à tous les intervenants de consulter et de suivre en temps réel, l'état d'avancement des dossiers. Le dispositif de dématérialisation des documents et des pièces justificatives peut être mis en place selon deux procédés, à savoir: La dématérialisation « native » ou à la source, basée sur l'échange de données informatiques, sans l'existence de documents papiers ; la dématérialisation « duplicative » ou a posteriori, basée sur la communication de documents papiers numérisés. La dématérialisation peut paraître, grâce aux avancées technologiques, comme un processus simple à mettre en œuvre, si les intervenants conviennent d'échanger des flux de données informatiques en lieu et place des documents papiers et qu'ils mettent en place des protocoles pour concrétiser ces échanges³. Toutefois, dans la pratique, la dématérialisation se heurte à des contraintes liées notamment au cadre juridique régissant les flux financiers et comptables, à la multiplicité des modes de gestion, à la pluralité des intervenants et à leur prédisposition matérielle, ... etc. La mise en place d'un dispositif de dématérialisation doit par conséquent, prendre en considération les principaux éléments suivants : 4 la valeur probante des documents dématérialisés et leur validité comme preuve juridique incontestable ; la reconnaissance de la signature électronique sur les documents et les pièces justificatives ; la sécurisation des systèmes d'information, à

¹ <https://www.chefdentreprise.com/Thematique/gestion-finance-1025/Breves/Preparez-vous-contrôle-fiscal>

² Arrêté du ministre de l'économie et des finances n° 1665 du 24 mai 2013 précité.

³ <https://www.tgr.gov.ma/wps/wcm/connect/b28205ac-ad88-4a25-ab54-335832c2392b/Ko>

travers la mise en place d'un dispositif d'habilitations des intervenants, assurant la traçabilité des transactions et l'intégrité du contenu des documents dématérialisés ; – la conservation et l'archivage des documents dématérialisés et leur consultation de manière aisée et à tout moment ; la lisibilité des documents numérisés et la garantie quant à leur authenticité.

L'expérience française : La dématérialisation des documents de la chaîne comptable et financière concernés par la convention¹ doit garantir tant au comptable public, qu'au juge des comptes de pouvoir remplir leurs missions respectives dans des conditions au moins équivalentes à celles qui étaient les leurs lorsqu'ils les exerçaient sur la base des justificatifs produits sur support papier. La dématérialisation est porteuse de nombreux enjeux, par la simplification des procédures et la réduction des délais qu'elle induit et la limitation voire la suppression des flux papier qu'elle permet : suppression des doubles envois, sous format papier et sous format informatique (bordereaux de titres et de mandats, mandats et titres, documents budgétaires et annexes par exemple); réduction des délais de paiement par la suppression des tâches de contrôle entre les flux papier et informatiques d'Hélios ; amélioration des délais de production et de restitution des comptes de gestion aux ordonnateurs et au juge des comptes; simplification des échanges d'information entre les acteurs de la chaîne comptable et financière en évitant la re_matérialisation des données ou documents d'origine électronique.

La présente convention cadre nationale fixe les modalités de dématérialisation de la totalité des pièces échangées entre les acteurs de la chaîne comptable et financière : • les pièces budgétaires (budgets primitifs, décisions modificatives, compte administratif), • les pièces comptables : les titres de recettes, les mandats de dépenses et les bordereaux récapitulant les titres et les mandats, • les pièces justificatives ; elles désignent dans la présente convention toute pièce, autre que les pièces budgétaires et comptables nécessaire à l'exécution budgétaire et comptable et qui est transmise par l'ordonnateur au comptable public. Il peut s'agir de documents relevant de l'examen de gestion des juridictions financières. Par principe, une pièce justificative est rattachée au mandat ou au titre auquel elle se rapporte ou au premier titre ou mandat mettant en œuvre le document concerné (exemple : décision portant délégation de signature, délibération fixant un tarif annuel).

Ces différentes pièces sont transmises par la CEPL au comptable public assignataire compétent. Ces documents sont produits in fine dans le cadre du compte de gestion sur pièces ou du compte financier¹ selon les dispositions des articles L211-1 et L211-2 du code des juridictions financières. Les solutions de dématérialisation sont identiques dans les deux hypothèses. La dématérialisation a pour conséquence pour la CEPL, dès sa mise en œuvre, le remplacement du document papier par le fichier électronique du document correspondant. Elle concerne tout ou partie des documents de la chaîne comptable et

¹ Convention cadre nationale n° 2007-1 du 27 juin 2007 - Direction générale de la comptabilité publique, https://www.collectivites-locales.gouv.fr/files/files/docs_divers/chartedemat.pdf

financière¹. La Cour des comptes suit avec beaucoup d'attention le développement des échanges dématérialisés dans le secteur public. Elle a donné son accord à plusieurs expériences qui ont ainsi pu se dérouler dans ce domaine², en s'assurant que celles-ci s'effectuent dans des conditions permettant d'améliorer et, en tout cas, d'éviter de dégrader la capacité de la Cour et des chambres à contrôler les comptes³.

Sur ce point, le juge financier, lors de la signature des conventions avec les ordonnateurs et les comptables, insiste sur la nécessité pour lui de disposer de supports permettant le traitement des informations. Les données doivent, en effet, pouvoir se prêter à des tris, des classements, des extractions, en cohérence avec des axes de contrôles variés.

Au-delà même des problèmes techniques, de sécurité ou de financement relatifs à l'utilisation de l'électronique, il convient de s'interroger sur les évolutions substantielles que cette dernière pourrait induire au sein des juridictions financières. Monsieur Gory énumérait déjà en 1999 les différentes problématiques qui lui paraissaient fondamentales. Certaines, touchant à la culture, à la méthodologie ou, encore, à l'organisation du travail des juges, sont toujours d'actualité. Par exemple, " l'instruction est écrite, conduite sur pièces et contradictoire: pourrait-elle continuer à le rester ? Le contrôle s'effectue a posteriori, sur compte produit: l'accès possible à une information en temps réel ne va-t-elle pas le modifier de façon substantielle ? Cette capacité d'accès en temps réel pouvant être un vérifiable œil du juge financier par-dessus l'épaule du comptable, serait-elle d'ailleurs acceptable et supportable »⁴. Par ailleurs, "l'information pouvant transiter sur des réseaux informatiques et être accessible à distance, y aurait-il nécessité de conserver des structures de contrôle au niveau régional, du moins sous leur forme actuelle, ce qui pose le problème de la compétence, de la composition et des moyens des instances de contrôle ?" ⁵. Or la volonté du législateur de 1982 n'était-elle pas de rapprocher le juge financier du milieu local? Il ne s'agit pas, à l'évidence, de supprimer telle ou telle instance ou procédure, mais de faire évoluer le fonctionnement des finances publiques, de l'adapter à la société de l'information, en conciliant les principes essentiels du contrôle avec le déploiement des technologies de la communication. Il est certain que le transfert de données numérisées

¹ L'enjeu de cette charte de partenariat est d'aboutir à terme à la dématérialisation de plus de 2500 tonnes d'échanges papier par an entre les ordonnateurs, les comptables et les chambres régionales des comptes. Pour ce faire la charte et son cadre national d'acceptation définissent un ensemble de normes et de références, précisant les conditions sous lesquelles l'information transmise sous forme électronique aura la même force probante que le papier (identification de l'auteur et intégrité des données). La charte de la dématérialisation dans le secteur public local. La dématérialisation de la chaîne comptable et financière, http://www.collectivites locales.gouv.fr/files/files/docs_divers/chartedemat.

² Dès 1992, la Cour des comptes a participé à l'une des premières expériences EDI : celle concernant les travaux effectués au Centre Hospitalier Universitaire de Lille.

³ Deux conditions paraissent particulièrement importantes à respecter : la dématérialisation ne doit pas être l'occasion d'une amputation quantitative ou qualitative de l'information disponible, l'informatique devant normalement améliorer la qualité et la sûreté des informations disponibles ; l'authentification de l'engagement de l'émetteur des documents, son identité comme la non-altération par des tiers des informations transmises, doivent se faire avec une sûreté comparable à celle des circuits papier (signature électronique). GORY (D.), «Nouvelles technologies, nouveaux contrôles», op.cit., p. 475.

⁴ GORY (D.), «Nouvelles technologies, nouveaux contrôles», op. cit., p. 477

⁵ Ibid.

conduit à « un mode spécifique d'échange, qui n'est pas sans incidence sur le contenu et l'usage même de ces informations »¹.

Le cadre juridique qui régit actuellement les relations entre les différents acteurs est de ce fait contraint sur certains points à évoluer, la modernisation des procédures affectant les transmissions de données entre le juge des comptes et les services du Trésor public. L'expérimentation de nouvelles méthodes de traitement et de transmission de l'information est aussi l'occasion d'une réflexion sur une meilleure organisation des contrôles opérés par l'administration. La dimension comptable et de tenue des comptes publics est également intégrée dans le programme de dématérialisation initié par la Trésorerie Générale du Royaume, dès lors que depuis plusieurs années déjà, il a été procédé : à l'abandon de la tenue manuelle des registres comptables ; au remplacement de la majorité des pièces et documents comptables destinés à la centralisation, par des fichiers électroniques des données ; à la substitution des fichiers électroniques des données, aux avis de règlement et de transfert papier des recettes et des dépenses. Le processus de dématérialisation de la chaîne comptable est appelé à connaître des avancées significatives avec l'entrée en vigueur à partir de janvier 2018, de la réforme de la comptabilité de l'Etat fondée sur les droits constatés et la dimension patrimoniale. En effet, cette réforme sera totalement prise en charge par le progiciel dédié à la comptabilité, induisant de la sorte un fort potentiel de dématérialisation et une diminution substantielle du volume de pièces et documents papiers liés à la tenue de la comptabilité. Pour ce qui est de la dématérialisation des comptes des services de l'Etat destinés à la Cour des comptes et représentant environ 40 tonnes par an², la Trésorerie Générale du Royaume œuvre de concert avec la juridiction financière pour une dématérialisation progressive des pièces générales, puis des pièces justificatives et leur conversion en fichiers électroniques des données.

b. Le déploiement de la dématérialisation comptable et financière : Amélioration du contrôle

Traiter de l'évolution des juridictions financières dans le cadre de la dématérialisation du contrôle, peut paraître ambitieux. Leurs missions, depuis la dernière décennie n'ont cessé de se diversifier et de se complexifier, les procédures ont été adaptées et les magistrats des comptes tendent à devenir polyvalents. Les difficultés sont cependant stimulantes et il appartient, si non d'apporter des réponses, de proposer des axes de réflexions qui prennent en compte, face aux réalités financières actuelles, de l'originalité de notre système juridictionnel financier. S'il apparaît, que la rigueur dans la gestion financière, l'efficacité de la dépense publique sont actuellement les expressions utilisées spontanément lorsqu'on évoque les nouveaux modes de gestion financière des organismes publics il est nécessaire de réfléchir sur les conséquences qu'elles impliquent³.

¹ LAMARQUE (D.) et MILLER (G.), «L'impact des technologies de l'information sur les contrôles des juridictions financières», AJDA, 12 avril 2004, p.768.

² <https://www.tgr.gov.ma/wps/wcm/connect/b28205ac-ad88-4a25-ab54-335832c2392b/Koweit+AIS>

³ <https://www.oecd.org/fr/ctp/les-defis-fiscaux-soulevés-par-la-numérisation-de-l-economie-rapport-interim>

Réfléchir sur l'évolution électronique des juridictions, demande de préciser dans quel contexte il leur est demandé d'intervenir. Par ailleurs, caractériser une évolution suppose d'en préciser le cadre et d'établir des perspectives. Le contexte concerne la réalité financière, les nouveaux modes de gestion publique et plus largement la réflexion engagée à la fin de ces années. Les juridictions financières poursuivent trois objectifs : avoir accès aux données de comptabilité générale, budgétaire et de gestion des personnes publiques soumises à leur contrôle, développer une expertise permettant d'assurer l'audit des systèmes d'information et de vérifier l'existence de la piste d'audit, mettre au point des outils informatiques d'aide au contrôle.

Le recours à des moyens électroniques dans la production et la circulation des informations de gestion des incidences sont les conditions et les méthodes de travail des juridictions financières. Il appelle, en effet, des approches statistiques (les sondages, tests et autres examens doivent résulter d'une approche représentative et non aléatoire), un travail en "temps réel" (l'anomalie est recherchée dans un délai court et dans le cadre de missions préparatoires) et un recours plus fréquent à la collaboration avec des organismes extérieurs. L'application informatique relative au suivi de la procédure « vérification et jugement des comptes » est considérée en tant que projet intégré. Il permet, d'une part, le suivi de l'ensemble des étapes de la procédure : de la programmation des missions jusqu'au rendu du jugement, en passant par l'ouverture des dossiers, suivi de l'instruction, l'élaboration des notes d'observations et des rapports. Et d'autre part, il permet le suivi de l'état des dossiers, la gestion de sauvegarde sécurisée de l'ensemble des documents de travail sur une base de données allouée à cette opération ainsi que l'interfaçage avec les applications métiers existantes, le suivi de la situation des comptables publics ou celle de la production des comptes.

L'utilisation d'outils informatiques est incontestablement facteur d'évolution pour le contrôle de la gestion des organismes nationaux et locaux. L'accès à des données dématérialisées directement exploitables permet aux juridictions financières, d'une part, de mener avec une fiabilité accrue le contrôle de la régularité des opérations décrites dans les comptes¹ et, d'autre part, de développer des méthodes d'investigation qui s'orienteront vers une analyse du contrôle interne, au moyen d'éléments statistiques, de sondages, de test de procédures ; l'affinement des méthodes de contrôle leur donne une fonction évaluatrice, s'inscrivant dans les logiques de culture de résultat et de performance fixées par le législateur. Le système de contrôle, tel qu'il est actuellement organisé, est d'une grande complexité à de multiples niveaux². Les contrôles des juridictions financières s'orientent davantage vers la sélectivité, la hiérarchisation, la mesure de la performance, la certification des comptes publics, mais également vers l'échantillonnage et la technique

¹ La validation du compte de gestion par l'ordonnateur, le vote de l'assemblée délibérante. Le visa sur chiffres du comptable supérieur doit être intégré dans le circuit de transmission de données, chacune de ces validations ayant un effet juridique.

² Contrôles du service fait, contrôles « qualité », contrôles par sondage, audits de système par la Commission interministérielle de coordination des contrôles (CICC), audits d'instances nationales ou communautaires. ² GORY (D.), « Nouvelles technologies, nouveaux contrôles », op. cit., p. 478.

des sondages, dans un souci d'efficacité, d'efficience et de qualité¹. Le recours aux techniques informatiques permet d'extraire des échantillons définis par l'auditeur en fonction du seuil de signification qu'il s'est donné et des risques possibles². La reconfiguration de la chaîne des contrôles réunit trois catégories d'acteurs de la dépense: le gestionnaire-ordonnateur, le contrôleur financier et le comptable. La présente analyse traite la question à travers l'évolution du contrôle financier et son articulation avec le comptable, pour les fonctions d'intérêt commun aux deux contrôles. Il donne ainsi une vision nécessairement partielle de la future chaîne des contrôles de la dépense dans la mesure où son évolution dépend tout autant de la réflexion en cours sur la fonction comptable que de la définition et de la mise en œuvre par les gestionnaires de nouvelles modalités de contrôle interne. C'est au fur et à mesure de l'avancement de ces différents chantiers et de leur nécessaire articulation que se dessineront progressivement les contours de la future chaîne de la dépense. L'approche présentée ici permettra de lancer les expérimentations nécessaires à la poursuite de la réflexion. L'évaluation qui sera faite des expérimentations permettra de valider les présentes orientations sur l'exercice du contrôle financier ou de faire émerger les modifications qui devraient leur être apportées sur l'exercice de ce contrôle.

Prenant en considération les évolutions en cours (contrôle financier déconcentré, développement du contrôle interne, piste d'audit sur les fonds structurels européens, automatisation de certains contrôles...) et les perspectives offertes par la réforme de la loi (gestion axée sur les résultats, nécessité de développer le contrôle interne, professionnalisation de la fonction gestionnaire), il est à formuler deux séries d'orientations : La première orientation consiste à donner un nouveau positionnement au contrôle financier dématérialisé, d'une part en le recentrant sur les risques et les enjeux les plus importants, d'autre part en lui assignant un rôle accru en matière d'information et d'alerte sur l'utilisation des crédits. La seconde, qui se comprend par sa seule énonciation, tend à faire participer dans certains cas le contrôle financier à des missions d'audit. Cette orientation n'est pas reprise ici. Les fonctions de contrôle de gestion et d'audit interne relèvent par nature de la responsabilité du gestionnaire³. Associer le contrôleur financier à leur exercice irait sans doute à l'encontre de la nécessaire démarche de clarification des compétences entre les acteurs de la chaîne de la dépense numérique. Affirmer la primauté du contrôle budgétaire associé à la fonction de contrôle financier par rapport au contrôle

¹ 1-Diminution des délais d'exécution, simplification des procédures, 2. Possibilité de redéployer les moyens libérés (financiers mais aussi humains) vers des tâches à «plus forte valeur ajoutée» ; diminution de la charge d'accès aux documents. 3. Augmentation de la qualité du service et recentrage sur le cœur des missions de chacun. GORY (D.), «Nouvelles technologies, nouveaux contrôles», op. cit., p. 478.

² Cette technique statistique permet, à partir d'un échantillon, par exemple, de mandats de paiement tirés de façon aléatoire, de calculer un taux d'anomalies dans l'échantillon puis de l'étendre à l'ensemble des mandats avec un degré de confiance donné. L'idée consiste donc à procéder à un contrôle sur un échantillon réduit de pièces ou de salariés (on parle généralement d'échantillonnage) et à transposer les résultats obtenus sur l'ensemble des pièces concernées ou l'effectif salarié (on parle alors d'extrapolation). ² GORY (D.), «Nouvelles technologies, nouveaux contrôles», op.cit., p. 478.

³ LAMARKE et MILLER (G.), «L'impact des technologies de l'information sur les contrôles des juridictions financières», op.cit., p. 771.

des actes conduit aussi à réexaminer l'étendue et la portée du contrôle sur les actes juridiques. Procéder à la rénovation du contrôle suivant une démarche expérimentale répond principalement à trois objectifs. Ne pas figer prématurément le futur mode de contrôle alors même que les schémas de budgétisation et de gestion dans lesquels ils s'inséreront restent, pour une très large part, à construire collectivement. Il est indispensable d'éprouver, au cours des trois prochaines années, la faisabilité et la pertinence des mesures susceptibles d'être mises en œuvre en diversifiant les schémas de contrôle selon les ministères et les services. Anticiper rapidement de manière concrète une des orientations générales exposée plus haut et qui consiste à concevoir des dispositifs adaptés aux enjeux et, partant, susceptibles d'être modulés. - Ouvrir des champs d'évolution sans modification préalable des textes qui serait inopportune sans avoir recueilli au préalable les enseignements à tirer des expérimentations. En outre, l'élaboration d'un texte avant le lancement des expérimentations en retarderait l'enclenchement. La numérisation des procédures peut être l'occasion d'harmoniser les différents contrôles et d'instituer des processus de validation des flux informatiques garantissant la fiabilité des données et la sécurité des transactions.

Il faut souligner, de même, un aménagement des contrôles du juge des comptes "sur la base de priorités plus clairement définies, qui tiennent compte de l'efficacité des procédures de contrôle interne et des enjeux significatifs de la gestion". Aura-t-en, demain, deux écoles, celle des collectivités qui joueront le jeu de la dématérialisation, donc de la transparence, et celle des collectivités qui s'en tiendront au support papier, moyen pour elles de transmettre moins d'informations ? Par ailleurs, la dématérialisation des données et des procédures n'est-elle pas un enjeu particulièrement important pour l'Etat et ses collectivités ? Facteur d'efficacité dans les procédures, source d'économie, élément d'une sécurisation et d'une accélération des échanges, la dématérialisation est aussi, bien des égards, une illustration du dynamisme des organismes publics¹. Développée sur une base largement expérimentale, elle a déjà séduit bon nombre d'ordonnateurs et de comptables, avec l'assentiment du juge financier. Les principes sur la valeur probante des pièces comptables et justificatives échangées sous forme dématérialisée entre les ordonnateurs, les comptables et les juridictions financières.

En la sécurisant juridiquement-ces principes vont faciliter davantage encore le déploiement de la dématérialisation. En particulier, puisque désormais la valeur juridique des pièces dématérialisées est reconnue comme étant équivalente à celle des pièces papier, se pose de manière encore plus aiguë (et non résolue) la question de la position à tenir en cas de divergence matérielle entre les pièces papier et leurs analogues dématérialisées. Cette instruction concerne les services de l'État, les collectivités locales, les établissements publics locaux. Elle constitue une évolution majeure, mais laisse plusieurs points en suspens. La «vie» d'un contrat administratif ne se borne pas à son exécution. Comme tout acte administratif engageant une personne publique, il est soumis à

¹ http://circulaires.legifrance.gouv.fr/pdf/2017/06/cir_42323.pdf

différentes procédures de contrôle et de conservation. Le contrat administratif est un acte destiné à «circuler» au sein de différentes instances administratives¹.

Or, un contrat électronique, pour pouvoir être transmis, suppose que son destinataire soit pourvu des outils informatiques nécessaires à la réception d'un écrit électronique. La transmission d'un contrat induit la rencontre avec toute la «machine administrative». Aussi se pose la question suivante: Peut-il y avoir contrat électronique sans la naissance de nouveaux contentieux électronique ?

¹ LAMARKE et MILLER (G.), «L'impact des technologies de l'information sur les contrôles des juridictions financières», op.cit., p. 773.

CHAPITRE II : Le contentieux du contrat administratif électronique.

C'est vrai qu'il y a plusieurs axes qui encadrent le créneau de la dématérialisation des documents tant au point de vue juridique, technique qu'à celui des règles sectorielles. Mais Ces contraintes sont en perpétuelle évolution et auxquelles, il faut répondre par des offres et des solutions adaptées. Des opérateurs spécialisés et des organismes dédiés sont créés¹. La dématérialisation des contrats électroniques connaissent un essor notoire dans le monde. Le Maroc n'échappe pas à la règle, le phénomène s'impose de plus en plus aussi bien dans le secteur public que privé, national et international.

Admettons que les règles du droit international privé continuent à se voir applicables, tout particulièrement en ce qui concerne la détermination du juge compétent du contrat électronique international, sans être pour autant à l'abri de toute épreuve², de véritables difficultés surgissent³. Ces dernières sont inhérentes aux caractéristiques du cyberspace. En effet, l'ubiquité et l'immatérialité des activités sur internet sont de nature à remettre fondamentalement en question la notion de territorialité sur laquelle sont basés les principes du DIP, la communication sur internet ne connaissant pas de frontières géographiques.

La question de la compétence juridictionnelle en matière contractuelle n'est pas sans utilité pratique. Ceci est vérifiable à plusieurs niveaux. D'une part, la possibilité de déterminer avec certitude la loi applicable à une transaction électronique et d'identifier le tribunal compétent en cas de litige relatif à une obligation contractée par internet est un élément susceptible de renforcer la confiance des utilisateurs, facteur indispensable pour le développement du commerce électronique.

En effet, la stabilité et l'efficacité sont facteurs de l'effectivité juridictionnelle. Doter les colitigants et en particulier le consommateur d'une juridiction proche et dont le règlement est assez rapide constitue une garantie fondamentale de l'effectivité de leurs droits⁴. Ceci

¹ La Fédération internationale pour l'ILM (Information Lifecycle Management (FEDISA) fait partie de ces institutions qui s'activent dans le domaine depuis des années. A cet égard, elle a organisé récemment une rencontre sur le document électronique animée par des professionnels de renom. «De plus en plus, on se dirige vers la dématérialisation des documents(...) Mais ce phénomène est dicté par plusieurs contraintes. Vers 2020, le document électronique va gagner le terrain face au document papier. Il y a une panoplie d'outils qui va nous permettre de nous retrouver dans cet environnement numérique», a affirmé Jean-Marc Rietsch, président de FEDISA International. La Fédération internationale pour l'ILM A pour objectif de fédérer les différents acteurs du marché de la dématérialisation et de l'archivage électronique. Consulter sur le site : <http://www.fedisa.eu/fedisa2007/>.

² VALLERERSUNDI (P), «Comment résoudre les conflits transnationaux », dans Georges CHANTILLON, dir., Le droit international de l'Internet : actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpège, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 504.

³.FUENTES-CAMACHO (T), « Les dimensions internationales du cyberspace », Paris : Economica, 2000, p. 47 ; L. BOCHURBURG, Internet et commerce électronique, DELMAS, 2ème éd, p.20; CAPRIOLI (E-A), « Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique », op.cit, p. 69.

⁴ CACHARD traite déjà de la compétence juridictionnelle dans le cadre d'un chapitre intitulé l'effectivité des droits, CACHARD (O), « Les modes électroniques de règlement des litiges », Com. Com. élec. décembre 2003, p.p.322-422.

présuppose des règles précises et prévisibles de conflits de lois et de juridictions pour éviter que le commerce électronique ne devienne le lieu d'une foire d'empoigne faute d'un tribunal pour connaître des litiges et d'un droit appelé à les régir¹. A défaut de telles précautions, la reconnaissance et l'exécution de la décision à l'étranger soulève d'importantes difficultés. Ce qui nuit à l'intérêt des parties ainsi qu'à l'impératif de bonne administration de la justice².

D'autre part, si la compétence juridictionnelle d'un for ne conduit pas nécessairement à l'application de la loi de ce for, elle exerce cependant son influence. La loi applicable au contrat serait ainsi déterminée nécessairement selon les règles de conflits de lois du for compétent. De ce fait, il ne serait pas certain que le conflit de lois sera résolu de la même manière selon les différentes législations, vu les différences des pratiques judiciaires.

La compétence juridictionnelle et généralement le commerce électronique passé en ligne, représentent un évitable défi pour le juge. En effet, pris dans un univers qui n'est point celui de son impérium naturel, le juge est confronté à un phénomène nouveau qui n'entre peut-être pas dans les schémas reçus³. En même temps qu'il fait naître de nouveaux types de contentieux, le développement du contrat électronique international, ne suscite-t-il pas une évolution des méthodes de traitement des litiges ?

Certes, l'avènement des nouvelles technologies n'est pas sans mettre en épreuve les règles, méthodes et solutions classiquement conçues pour résoudre les litiges traditionnels (par opposition aux litiges générés par les transactions électroniques). L'étude repose sur deux composantes qu'il s'agira de confronter aux nouvelles technologies : le fondement de la compétence internationale d'une part (**SECTION I**) et la phase contentieuse de l'autre part (**SECTION II**).

¹DUTOIT (B) « Quand le virtuel débouche sur le réel, le DIP conventionnel à l'épreuve des contrats conclus sur internet », dans mélanges offerts à Jean Pierre Sortais, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.115.

²FAUVARQUE-COSSON (B), «Le droit international privé classique à l'épreuve des réseaux », dans Le droit international de l'Internet : actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, Georges CHANTILLON, dir., l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpège, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.55.

³VIVANT (M), « le commerce électronique, défi pour le juge », D., 2003, n°10, p.676.

SECTION I : L'impact de l'internet sur le fondement de la compétence du juge du contrat électronique international

La détermination objective du tribunal compétent, qui s'oppose à la désignation de la juridiction de façon subjective par l'accord des parties, consiste généralement en l'application de règles utilisant des critères facultatifs ou alternatifs. Etant en nombre limité, ces critères portent en matière contractuelle sur la localisation du siège des parties litigantes ou du siège d'exécution du contrat ou d'une obligation contractuelle. Ces critères sont fondés sur des considérations de rattachement à un territoire. Leur mise en œuvre à propos des litiges relatifs à un contrat électronique, mettrait alors en cause leur valeur locatrice. Il s'agit en quelque sorte d'un conflit entre la réalité et la virtualité, entre le rattachement à un territoire et l'architecture immatérielle des réseaux.

N'est-il pas légitime d'éprouver certaines hésitations quant à l'extension de tels critères au monde électronique¹? Incontestablement, ces critères attributifs de compétence juridictionnelle, conçus pour régler des litiges traditionnels, une fois transposés en monde électronique ne seraient pas de la même application, si applicables en monde analogique. Il faut noter les critères rattachés aux personnes peuvent avoir la faveur, la partie au litige en la personne d'internaute est avant tout un être terrestre dont la localisation est faisable (§1). Il n'en est pas de même en ce qui concerne le critère fondé sur l'opération contractuelle elle-même, la localisation d'un acte étant plus difficile (§2).

§1- La prédilection des critères de compétence :

Le critère du for du défendeur (*sequitor forum rei*²), critère prévu pour déterminer de façon générale le juge compétent pour trancher un litige, peut servir également en matière contractuelle, en particulier en ce qui concerne les litiges cybernétiques (A). Dans un souci de protéger le cocontractant et le cyberconsommateur tout particulièrement, un autre for serait pris en considération dans la détermination objective du juge compétent. C'est celui du domicile de l'acheteur demandeur, *le forum actoris* (B) tout en se basant sur la jurisprudence en matière de droit privé.

¹ Ceci n'est pas anodin surtout que les textes relatifs au commerce électronique, qui tout en traitant minutieusement des questions relatives à la formation du contrat électronique, au consentement électronique, à la preuve, aux entraves juridiques, au développement du commerce électronique, ne se sont pas préoccupés de la question relative à la compétence juridictionnelle en matière de commerce électronique. A juste titre, Ali BENCHENEB a pu constater qu'on chercherait en vain dans la réglementation internationale du commerce électronique des dispositions pertinentes en matière de règlement des différends : A.BENCHENEB, op.cit, p. 33.

² MAYRAND (A), «Celui qui agit en justice suit le tribunal du défendeur», Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit, 3ème éd., Cowansville, Yvon Blais, 1994, p. 12.

A) Le sequitor forum rei : compétence classique en adéquation avec les spécificités du monde électronique

Solution fondamentale, traditionnelle et naturelle en matière de compétence juridictionnelle¹, la compétence du for du défendeur se trouve affichée dans tous les systèmes juridiques, la règle étant universelle. S'il est difficile d'établir un tableau exhaustif de l'ensemble des législations, on peut affirmer cependant que la tendance générale allant vers l'admission de la compétence de principe du domicile du défendeur². Néanmoins, sa transposition pour régler cette fois-ci, la question de la compétence juridictionnelle à propos d'un litige généré à l'occasion de l'exécution d'un contrat électronique n'est pas sans poser certaines difficultés (a), qui paraissent surmontables eu égard l'abondance des solutions envisageables (b).

a. Les difficultés de l'exécution du contrat administratif électronique:

A priori, peut-on croire que l'application de ce critère universel ne pose pas de problèmes spécifiques dans l'environnement dématérialisé du commerce électronique? Néanmoins, une analyse plus poussée de la mise en œuvre de cette règle fait apparaître quelques hésitations. Une polémique doctrinale en témoigne. D'une part, certains auteurs ont constaté que le critère objectif de rattachement fondé sur le domicile du défendeur ne pose pas de véritables problèmes³ en le faisant transposition au monde des nouvelles technologies. De l'autre part, d'autres pensent que le recours au domicile matériel effectif d'une personne devrait être considéré comme inopérant dans le monde des réseaux. A ce propos certaines objections (non convaincantes) à la transposition de tel critère au monde électronique ont été adressées⁴. Suivons une position médium entre ces deux courants antagonistes, peut-on estimer avec M.CACHARD que la transposition de tel critère est possible sans pour autant cacher certaines difficultés surmontables.

En effet, bien qu'adapté aux contrats électroniques, ce facteur de rattachement ne va pas sans poser, outre la difficulté de rapporter la preuve, des difficultés d'identification et de localisation du défendeur auxquelles se heurterait un demandeur. M. DE BOTTINI estime que la notion même de personne donne lieu à la réflexion dans l'univers virtuel. Il s'est

¹GUILLEMARD (S), «le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial », thèse précitée, p.150

² Voir à titre d'exemples : l'art. 3 du CDIP, les articles 42 et 43 du NCPC français, l'art. 2 de la convention de Bruxelles et l'art. 2 du règlement Bruxelles I (l'art. 4 du règlement Bruxelles I bis), l'art. 3 de l'avant projet de convention de La Haye sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale (Projet de Convention de La Haye sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale. Texte provisoire préparé par le Bureau Permanent et les Rapporteurs, en ligne : ftp://hcch.net/doc/jdgm2001draft_f.doc). Reste que ce dernier a préféré retenir le critère de résidence habituelle. Mentionnons que la résidence, définie comme le lieu où séjourne habituellement une personne, est un critère plus pragmatique que la notion de domicile. Ce dernier est en effet le siège des intérêts juridiques de la personne qui ne coïncide pas forcément avec le lieu de son établissement effectif.

³CAPRIOLI (E-A), «Règlement des litiges international et droit applicable dans le commerce électronique», op.cit., p. 120.

⁴BENCHENEB (A), «Commerce électronique et règlement des litiges contractuels», J.C.P, n°4, 2002, p. 33.

même demandé si peut-on faire des ordinateurs le substitut des utilisateurs, étant donné que c'est avec ces machines que s'effectue le commerce électronique¹. La résolution de ces difficultés est d'une importance capitale eu égard le développement du commerce électronique qui dépend dans une large mesure des facteurs de confiance et de sécurité. Pour un internaute, connaître son « adversaire éventuel » de façon certaine, contribue forcément à atteindre ces facteurs. Pour cette raison, il est indispensable que le défendeur soit aisément identifiable car on conçoit mal qu'une personne exerce le commerce à titre professionnel sans relever son identité². Les difficultés relatives à l'identification et à la localisation du défendeur peuvent incontestablement être résolues, les solutions étant à ce propos divergentes.

b. Les solutions envisageables :

Certains auteurs³ ont soutenu par fiction et pour sortir de l'impasse la thèse du domicile virtuel. Ce dernier, qu'elle que soit la technique utilisée pour la conclusion du contrat, correspond selon cette thèse au centre des affaires sur un point des réseaux, serveur BAL, le seul apte à prendre en compte la réalité de la dématérialisation⁴. Les réflexions qu'appelle l'application de ladite thèse conduisent cependant à tirer quant à son efficacité certaines limites pouvant être envisagées sous deux angles: en termes d'opportunité et sous un angle plus juridique.

En opportunité, on se demande comment pour un plaidoyer identifier de façon rapide et sûre son prétendu domicile virtuel ? En outre, par un choix judicieux de l'implantation de son site et son hébergement chez un serveur y localisant ainsi artificiellement un pseudo domicile, le futur défendeur serait à même de mettre gravement dans l'embarras son client demandeur : l'ignorance du pays d'implantation du site ou du serveur, surprise de devoir aller diligenter dans un pays, dans une langue et selon des règles totalement inattendus, avec le danger d'y avoir peut être appliqué une loi imprévue. A ces généralités, s'ajoutent des considérations juridiques.

En effet, un domicile virtuel est loin de présenter la caractéristique essentielle normalement reconnue à un domicile à savoir l'installation durable de la personne qui implique nécessairement une attache physique avec un lien géographique. La thèse du domicile virtuel serait plutôt focalisée sur les modalités techniques de communication servant de supports aux activités électroniques, sur les relais, simples outils par lesquels le défendeur éventuel traite ses offres ou ses commandes ou ses prestations⁵.

¹DE BOTTINI (R), «Détermination de la juridiction compétente et commerce électronique international entres professionnels », in RAYNAUD, dir, les premières journées internationales du droit du commerce électronique, actes de colloques de Nice des 23, 24 et 25 octobre 2000, LITEC, p. 67.

²DE BOTTINI (R), «Détermination de la juridiction compétente et commerce électronique international entres professionnels», op.cit, p. 67.

³CAPRIOLI (E-A), «Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique», op.cit, p.11.

⁴ Ibid.

⁵ CAPRIOLI (E-A), «Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique», op.cit, p.13.

Lesquels moyens ne constituent pas selon la directive du parlement européen et du conseil du 8 juin 2000 sur le commerce électronique «*un établissement du prestataire*»¹. Cette thèse du domicile virtuel doit être alors catégoriquement rejetée. Plus logique et efficace mais encore critiquable en certaine mesure est de se référer aux recommandations ou lignes directrices que pourraient contenir certains textes relatifs au commerce électronique et qui sont de nature à surmonter les difficultés susmentionnées, du moins les minimiser.

C'est ainsi que la Convention sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux contient un ensemble de règles traitant du lieu de situation des parties². Elle n'impose pas aux parties l'obligation d'indiquer où se trouve leur établissement mais établit un certain nombre de présomptions et de règles supplétives destinées à faciliter la détermination de leur lieu de situation. Elle attribue une importance primordiale - mais non absolue - à l'indication fournie par une partie quant à son établissement. L'obligation de divulguer l'adresse de la résidence ou de l'établissement fait partie des lignes directrices de l'OCDE³.

De même, la directive de 8 juin 2000 CE⁴ a imposé aux Etats de prévoir dans leurs législations que les services de la société de l'information doivent rendre possible pour les destinataires et pour l'autorité compétente un accès facile, direct et permanent à un certain nombre d'informations dans le cadre des contrats conclus avec les prestataires des services internet. Parmi ces informations figurent le nom du prestataire et s'il est inscrit dans un registre de commerce le registre auprès duquel il est inscrit et son numéro d'immatriculation. Les mêmes exigences sont reprises par le projet de la loi française sur la société de l'information⁵ dont l'article 20 oblige tout professionnel à indiquer l'adresse où il est établi. L'article 25 de la loi tunisienne du 9 août 2000 transcrit les mêmes exigences.

¹ 19ème considérant et l'article 2.c de la directive. De même, les rédacteurs de la Convention sur l'utilisation des communications électronique dans les contrats internationaux de 2005 se sont montrés prudents en ce qui concerne les renseignements annexes associés aux messages électroniques tels que les adresses et la Convention protocole Internet, les noms de domaine ou l'implantation géographique de systèmes d'information qui, malgré leur apparente objectivité, ne sont guère utiles voire pas du tout, pour déterminer le lieu de situation exact des parties (l'art.6-4). Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), J.O des Communautés européennes L 178/1, 17.7.2000.

² Les articles 6 et 7 de convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, New York, 2005.

³ Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique, Paris, OCDE, 2000, consultables sur le site de l'organisation : <http://www.oecd.org/>

⁴ L'art. 6 de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique», précitée.

⁵ Projet de loi sur la société de l'information (LSI), document mis en distribution le 18 juin 2001, n° 3143, en ligne: <http://www.assemblee.nationale.fr/11/projets/pl3143.asp>.

Les recommandations canadiennes en la matière sont au même effet¹. Là quelle solution s'inscrivant dans une perspective de précaution et d'autorégulation, n'a pas échappé à toute critique. On lui a opposée d'une part l'effet non contraignant de ces recommandations. On lui a objectée d'autre part le fait qu'elle repose sur un système fondé avant tout sur les déclarations des parties et par conséquent les abus auxquels il peut donner lieu². Nonobstant ces critiques adressées à cette solution, on admet son efficacité quant à la résolution des difficultés relatives à l'identification et à la localisation du défendeur. Un professionnel, soucieux de conserver sa clientèle, se tient volontairement de la véracité de ses déclarations quant aux informations nécessaires à révéler son identité ainsi que sa résidence³. Si le for du défendeur est le principe en général, le for compétent peut également être celui du demandeur, lorsque celui-ci est consommateur.

B) Le forum actoris : un for protecteur du cyberconsommateur

Afin de protéger la partie faible au contrat contre le jeu de la règle de compétence de principe aboutissant dans certain nombre de cas à la désignation du juge de l'Etat dans lequel est établi le professionnel avec lequel il a été contracté⁴, certaines législations renferment des règles spécifiques protectrices du cocontractant. Cette logique de protection du cocontractant dans le contexte du commerce électronique, affirmée tant à l'échelle communautaire qu'à l'échelle mondiale prend plusieurs aspects⁵. Le volet de protection auquel on s'intéressera consiste dans l'instauration d'un for particulier pour les contrats électroniques: le forum actoris⁶, une compétence au profit du for du domicile du

¹GUILLEMARD (S), « Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial », thèse de doctorat pour l'obtention du grade de docteur en droit (LL.D.), Faculté de droit Université LAVAL QUÉBEC et Université PANTHÉON-ASSAS (PARIS II), 2003, p. 212. Et thèse «Industrie Canada, «Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique. Le cadre canadien», p.475 en ligne : <http://strategis.ic.gc.ca/pics/caf/principesf.pdf>; KAUFMANNKOHLE (G), «Internet : mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges» in Internet: Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?, s. dir. BOELE-WOELKI (K) et KESSEDJIAN (C), La Haye, Kluwer, 1998, p. 89 et s. spéc. p. 91.

² «La bonne foi de l'utilisateur est la seule garantie de la véracité de sa déclaration quant à son lieu du domicile», KAUFMANNKOHLE (G), «Internet: mondialisation de la communication -mondialisation de la résolution des litiges » in Internet : Quel tribunal décide ? Quel droit s'applique ?, s. dir. BOELE-WOELKI (K) et KESSEDJIAN (C), La Haye, Kluwer, op.cit, p.93.

³ GUILLEMARD (S), «Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique. Le cadre canadien», thèse précitée, p. 477.

⁴PASSA (J), «Le contrat électronique international : conflits de loi et de juridictions», Communication Commerce électronique, Mai 2005, n° 5, p.14.

⁵Il s'agit en fait du principe général d'interdiction de déroger aux règles de compétence juridictionnelle, du régime particulier des clauses attributives de juridiction, strictement encadrées quand elles lient un professionnel et un consommateur et d'autres aspects. Voir à ce propos: EL. OWENGA ODINGA, «Vers l'émergence d'une justice on-line» lex Electronica, vol 7, n°2, p. 2, disponible en ligne sur : [http : //www.lex-electronica.org/articles/v7-2/owenga.htm](http://www.lex-electronica.org/articles/v7-2/owenga.htm). ; J.HUET,« Libres propos sr la protection des consommateurs dans commerce électronique», dans mélanges offerts à Jean-GALAIS-AULOY, Dalloz, 2004, p.p.507-516 ; PATAUT (E), «Clauses attributives et clauses abusives» dans mélanges offerts à Jean GALAIS-AULOY, Dalloz, 2004, pp.807-821 ; Th. VERBIEST, La protection juridique du cyberconsommateur, Litec, 2002, pp. 146;.PASSA (J), «Commerce électronique et protection du consommateur», D.2002, n°6, p.p-555-564.

⁶ DUASO CALES (R), «La détermination du cadre juridictionnel et législatif applicable aux contrats de cyberconsommations», disponible en ligne sur : www.lexelectronica.org/docs/articles_128.pdf

consommateur demandeur qui témoigne d'une protection affichée (a) mais d'une portée limitée (b).

a. Le forum actoris : Une protection affichée

Il convient d'exposer les différents textes optant pour un tel chef de compétence, avant de traiter de la question de la qualité même du cyberconsommateur.

* La consécration du forum actoris: Il s'agit en fait du bénéfice d'option octroyé au consommateur demandeur, exception la plus significative¹ et objet des articles 13 et 14 de la convention de Bruxelles, des articles 15 et 16 du règlement Bruxelles I² et de l'article 7 al 1er de l'avant projet de convention de La Haye sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale. Les quelles dispositions ouvrent une option au consommateur demandeur lui permettant de saisir à son choix soit le tribunal du domicile de son cocontractant soit celui du lieu de son propre domicile. En optant pour le deuxième choix, le principe serait alors inversé et le défendeur se déplacerait pour se défendre³. Laquelle option constitue également une particularité pour le droit québécois, les choix étant cependant plus nombreux.

En vertu du droit québécois, si le consommateur est demandeur, quatre options s'offrent à lui. Il peut ainsi saisir le tribunal de son domicile ou de sa résidence, par le biais de l'article 3149 C.C.Q., ou celui du domicile ou de l'établissement du commerçant, comme le prévoient les deux premiers paragraphes de l'article 3148 du C.C.Q. La création nette⁴ et ferme d'un for alternatif protecteur, trouve naturellement une justification dans la possibilité qu'offre l'internet au professionnel d'accéder facilement à de nouveaux marchés au cœur d'Etat pour proposer des offres de contrats à l'échelle internationale⁵. Ceci impose en contrepartie que ce dernier assume la charge de déplacement lié à un éventuel procès suite à une mauvaise exécution du contrat.

¹ Arrêt Pammer et Hôtel Alpenhof, arrêt du 7 décembre 2010, Pammer et Hôtel Alpenhof, C-585 /08 et C-144/09, Rec.2010 p-I-12527 point 53 : « l'article 15 p 1 sous c) du règlement Bruxelles I constitue une dérogation tant à la règle générale de compétence édictée à l'article 2 p1 de ce règlement, [...] qu'à la règle spéciale en matière de contrats énoncée à l'article 5 p1 de ce même règlement ».

² Qui correspondent aux arts. 17 et 18 du règlement Bruxelles I bis, précitée.

³ Cette logique du professionnel défaillant attrait devant un juge du consommateur mécontent trouve un prolongement parallèle dans l'art. 14 al 2 de la convention devenu l'art. 16 al 2 du règlement Bruxelles I (art. 18 al 2 du règlement Bruxelles I bis) et dans l'art. 7 al. 2 de l'avant projet de convention de La Haye. En vertu de ces dispositions, une action intentée contre le consommateur par l'autre partie au contrat ne peut être portée que devant les tribunaux de l'Etat contractant sur le territoire duquel est domicilié le consommateur.

⁴ Outre la consécration nette et expresse du forum actoris, Olivier CACHARD parle d'un forum actoris déguisé : CACHARD (O), «La régulation internationale du marché électronique», Paris, LGDJ, 2002, p.387- 388.

⁵ FALAISE (M), « Réflexions sur l'avenir du contrat de commerce électronique », P.aff., 7 août 1998, n°94, p. 4 ; V. ETIENNE, Le développement de la signature électronique, mémoire de maîtrise de recherche en droit des affaires, Université de Paris, 2010-2011, p.1 disponible en ligne sur : www.cngtc.fr/pdf/telechargement/doc_1_27.pdf.

En d'autres termes, ce for alternatif n'est rien que la contrepartie logique d'un avantage choisi et exploité offert par l'outil internet¹. Cette solution ait alors de l'autre part une commodité pour le consommateur, qui dans la situation difficile où il se trouve, situation de faiblesse potentielle, ne doit pas en plus subir de dépaysement² en lui imputant le coût et les difficultés d'un procès orchestré³ dans un Etat autre que celui de son domicile. En outre, la philosophie protectrice des articles tendant à préserver les intérêts du consommateur, contractant à protéger en lui affectant un for spécifique dérogatoire, s'inscrit dans la perspective d'assurer l'objectif principal de ces textes à savoir la bonne administration de la justice⁴.

Cependant, ne faut-il pas se demander si un cyberconsommateur doit être protégé comme un consommateur classique⁵ ? Laquelle question est légitime puisqu'un auteur, tout en suivant un long raisonnement argumenté a pu conclure «l'inexistence» du cyberconsommateur⁶ et puisqu'encore un autre auteur prône qu'il faut partir de la recherche de l'existence même du cyberconsommateur⁷. Est intéressante la question tant que la politique de protection du cyberconsommateur peut être un moyen créant la confiance et assurant le développement du commerce électronique⁸. Convient-il alors de traiter de la qualité du cyberconsommateur, éventuel bénéficiaire de la protection découlant du forum actoris.

* Le problème de la connaissance de la qualité du cyberconsommateur : Un système de protection reposé sur la qualité de l'un des contractants réputé la partie faible au contrat et éventuellement au litige se heurte en monde électronique au risque provenant de l'anonymat des échanges s'y effectuant. La question est intéressante pour les deux parties⁹. Les risques auxquels sont exposées les deux parties paraissent selon M.

¹DE BOTTINI (R), «Détermination de la juridiction compétente et commerce électronique international entres professionnels», op.cit, p. 66.

² .GUILLEMARD (S), « Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique. Le cadre canadien », thèse précitée, p. 158.

³.DE BOTTINI (R), «Détermination de la juridiction compétente et commerce électronique international entres professionnels», op.cit, p. 66

⁴ Le 16^{ème} considérant du règlement Bruxelles I bis.

⁵ GUILLEMARD (S), «le contrat international privé face au contrat de vente cyberspecial», thèse précitée, p. 389 ; dans le même sens, DUASO CALES (R), «La détermination du cadre juridictionnel et législatif applicable aux contrats de cyberconsommations», disponible en ligne sur : www.lexelectronica.org/docs/articles_128.pdf, p.16

⁶.Ibid, p.413. Elle ajoute que « la notion de contrat d'adhésion, moins incertaine que celle de contrat de consommation et, appelle un traitement plus équitable de tous les contractants cyberspatiaux. Elle reflète parfaitement les pratiques du cyberspace et correspond mieux à la réalité du cyberspace que celle du contrat de consommation ». Voir également : GUILLEMARD (S), «Le cyberconsommateur est mort, vive l'adhérent» in JDI, 2004, p. 7 -8.

⁷VIVANT (M), «La protection du cyberconsommateur entre tentations, tensions et hésitations» dans mélanges offerts à Jean-GALAIS-AULOY, Dalloz, 2004, p. 1152.

⁸ VIVANT (M), «La protection du cyberconsommateur entre tentations, tensions et hésitations», op.cit, p.1153

⁹ Elle est d'une part utile pour le professionnel qui serait déplacé pour se faire défendre du seul fait qu'il a été partie contractante d'un consommateur. D'autre part, l'absence de présence physique qui rend difficile au professionnel la reconnaissance de la qualité du consommateur exposerait ce dernier au risque de perdre la protection qui lui est accordée en matière de conflits de juridictions.

FROMENT limités en pratique. Ce dernier considère que «le développement du commerce électronique repose sur la parfaite connaissance des clients et de leurs besoins, grâce à la gestion automatisée de nombreux paramètres. Il est aisé pour l'utilisateur de s'identifier en tant que consommateur auprès du vendeur et, réciproquement, pour le vendeur de connaître la qualité de consommateur de l'utilisateur»¹. Une telle conclusion ne semble pas convaincante, la distinction classique entre commerçants et consommateurs étant justement remise en question même dans le monde réel par la doctrine². La qualité du consommateur n'étant pas évidente, faisait souvent l'objet d'une question préjudicielle examinée par la juridiction saisie. Le réseau, étant par essence ouvert et les sites marchands offrant leurs produits indistinctement aux professionnels et aux consommateurs, leur distinction serait difficile voire impossible.

Comme le fait constater Mme Guillemard, si avec l'expérience et l'avancement technologique les deux marchés commencent à se distinguer, il n'en reste pas moins que «la segmentation est encore loin d'être aussi nette que dans le monde réel»³. Mme. Kessedjian s'interroge: «[...] la notion même de consommateur, telle que nous la connaissons pour les opérations de la vie courante non électronique, est-elle encore viable lorsque le consommateur opère par le truchement de la toile?»⁴. Le principe de bonne foi et celui de la stabilité des engagements, même si contestés par certains auteurs, devaient s'imposer pour régler la situation. De même, une norme universelle imposant aux utilisateurs de s'identifier serait d'une importance capitale pour faire face à l'anonymat⁵. Etant tributaire de la qualification donnée à une partie au contrat, la protection afférente au forum actoris est encore subordonnée à certaines conditions, la portée en est encore limitée⁶.

b. Le forum actoris : une protection à portée limitée

Outre le fait qu'elle est exclusive pour certains contrats dont la détermination fait l'objet de l'article 15 du règlement 2000, la protection offerte au cyberconsommateur n'est pas illimitée⁷, mais plutôt subordonnée à la satisfaction de certaines conditions qui sont de nature à en limiter davantage le champ d'application. Ces conditions ont subi une

¹FROMENT (C), «La loi applicable aux contrats du commerce électronique», mémoire de D.E.S.S de droit de multimédia et de l'informatique, Université de droit, de l'économie et de sciences sociales, Paris II, Panthéon-Assas, disponible en ligne : <http://www.infotheque.info/ressources/878.html>.

²POULLET (Y), «De la maison multimédia au droit du village global, quelques réflexions d'humeur», disponible en ligne sur : <http://www.droit.fundp.ac.be/textes/Maisonvillage.pdf>

³GUILLEMARD (S), «le contrat international privé face au contrat de vente cyberspecial», thèse précitée, p.310, voir aussi : M.FALLON et J.MEEUSEN, «Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé », Rev. Crit. D.I.P., 91 (3) juillet-septembre 2002, p. 461.

⁴Kessedjian (C), «Internet et le Règlement des différends» op.cit, p.72

⁵Pourrait-on alors penser par exemple aux mentions informatives qui doivent figurées dans l'offre du professionnel et, s'agissant du consommateur, aux mentions relatives à son agrément pour lequel son identification représente un préalable.

⁶On se limite dans les développements suivants aux seuls cas des articles 15 et 16 du règlement Bruxelles I.

⁷La C.J.C.E., dans l'arrêt Pammer et Hôtel Alpenhof précité, précise qu' «...il est vrai que l'article 15§1, sous c), du règlement Bruxelles I vise à protéger les consommateurs, cela n'implique pas que cette protection soit absolue...».

évolution parallèlement au formatage de la convention de Bruxelles en règlement Bruxelles I vers une protection plus affirmée. Et on passe ainsi des critères dépassés par l'avènement du commerce électronique via internet, vers un critère tendant à en prendre compte, celui de «l'activité dirigée».

* Des Critères dépassés: Selon l'article 13 de la Convention de Bruxelles, disposition calquée sur l'article 5 de la convention de Rome relatif à la détermination de la loi applicable à un contrat de consommation¹, seul l'acheteur qualifié de passif² ou de statique amené à conclure à l'initiative du commerçant, pourrait être bénéficiaire de telle protection. La passivité de l'acheteur ressort d'une double condition cumulative. Il faut d'une part que le consommateur ait fait l'objet dans le pays de sa résidence habituelle d'une sollicitation débouchant sur la conclusion du contrat³. Il faut d'autre part que l'acheteur soit connecté au réseau dans le pays de sa résidence habituelle pour entrer en relation avec l'opérateur de commerce électronique en y accomplissant les actes nécessaires pour la conclusion du contrat⁴. Le corpus de la protection accordée par le texte dépendait alors de la démarche active ou passive effectuée par l'acheteur.

La condition de l'accomplissement par l'acheteur des actes nécessaires pour la conclusion du contrat dans le pays de sa résidence habituelle pose également des difficultés⁵. Ces dernières se rapportent essentiellement au problème de prouver ultérieurement que c'est bien dans ce pays qu'il s'est connecté puisqu'il peut évidemment ne pas l'avoir fait à son domicile⁶. La Convention présente alors les mêmes défauts que la Convention de Rome quant à la réalité du cyberspace⁷. Les critères y sont adoptés, intimement liés à la notion de territorialité, ont révélé leur inadaptation aux contrats conclus en ligne. Une modification vers l'abandon d'une conception statique en faveur d'une conception

¹ DUASO CALES (R), «La détermination du cadre juridictionnel et législatif applicable aux contrats de cyberconsommations», op.cit, p.15.

² Depuis la révision de son art. 126, la convention de Bruxelles connaît la distinction entre consommateur actif et consommateur passif. La doctrine, elle aussi, se fondant sur le rapport explicatif de ladite convention, rapport de P.JENARD, JCOE n°C59 du 5 mars 1979, a développé les concepts de consommateur actif et passif.

³PASSA (J), «Le contrat électronique international: conflits de lois et de juridictions», Communication Commerce électronique n°5, mai 2005, Étude 17, p.17, disponible également en ligne au <http://www.lexisnexis.com/fr/droit/delivery/PrintDoc.do>.

⁴ PERTEGAS SENDER (M), «Les consommateurs internautes face au nouveau droit de la procédure internationale : du régime conventionnel au régime communautaire», Journal des tribunaux, 17 février 2001, n°6000, p.191, disponible en ligne sur www.larcier.be/jt6000.

⁵ PERTEGAS SENDER (M), «Les consommateurs internautes face au nouveau droit de la procédure internationale : du régime conventionnel au régime communautaire», op.cit, p.192.

⁶ Partant du postulat selon lequel l'interactivité est l'une des caractéristiques du réseau Internet, GUILLEMARD (S) suggère de considérer ce cheminement (le mode d'acceptation du consommateur d'une offre ou d'une publicité associant saisie de données et cliquage de validation et/ ou de confirmation) comme constituant « les actes nécessaires à la conclusion du contrat » : GUILLEMARD (S), « le contrat international privé face au contrat de vente cyberspecial », thèse précitée, p.340

⁷ DUASO CALES (R), «principe de finalité, protection des renseignements personnels et secteur public : étude sur la gouvernance des structures en réseau », thèse présentée à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit de la Faculté de droit de l'Université de Montréal et docteur en droit de l'Université Panthéon -Assas Paris II Septembre, 2011, p.16.

dynamique au plan spatial s'est ressentie nécessaire. D'où le recours au critère d' «activité dirigée vers».

* Critère d' «activité dirigée vers» : une tentative d'adéquation : Procédant d'une intention nette d'élargir la catégorie des personnes protégées, l'article 15 du règlement Bruxelles I (l'article 17 du règlement Bruxelles I bis) a substitué le critère du démarchage préalable par celui «d'activité dirigée». Désormais, Le cyberconsommateur bénéficie de la nouvelle protection dès lors qu'il a contracté avec «une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'Etat membre sur le territoire duquel [il] a son domicile ou qui, par tout moyen dirige ses activités vers cet Etat membre ou vers plusieurs Etats dont cet Etat membre et que le contrat entre dans le cadre de ces activités»¹. Le jeu de l'option ne se conçoit ainsi que par référence à la notion «d'activité dirigée» par le cocontractant fournisseur vers le domicile du consommateur².

Le verbe «diriger» indique ainsi que le professionnel en question, ayant installé le siège de ses intérêts principaux en un Etat donné, sort du cadre géographique national pour proposer des offres à l'échelle internationale³. La recherche d'un critère opérationnel dans le contexte du commerce électronique a obligé alors à inverser les concepts. Ce qui importe désormais pour l'application du chef de compétence fondé sur le for du domicile du cocontractant c'est la démarche active du professionnel et non plus le comportement du cocontractant⁴. En outre, la possibilité qu'un cocontractant pourra toujours saisir les tribunaux de son domicile dès lors que le site dirige les activités du commerçant vers son pays ou vers plusieurs pays dont celui de ce dernier, encouragera sans doute l'achat en ligne et favorisera le développement du commerce⁵.

Enfin, cette solution permet de se dispenser de la délicate recherche plus ponctuelle du lieu où étaient faites les offres ou publicités ayant précédé la conclusion et ouvre

¹ Il est à mentionner que l'application de la règle de protection du consommateur telle que prévue par l'art. 15 du règlement est envisagée dans deux cas d'espèce. Outre l'hypothèse susmentionnée, celle du commerçant qui « exerce des activités commerciales ou professionnels dans l'Etat membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile » est également envisagée. Cependant, notre réflexion a été consacrée à la seule notion d' «activité dirigée» en raison de l'attention particulière et l'intense discussion qui lui ont été accordées. En outre, «activité dirigée» semble être destinée spécifiquement au commerce électronique même si l'expression «par tout moyen» paraît inclure les autres modes de communication à distance.

² La notion d'«activité dirigée vers », notion inconnue de la convention de Bruxelles de 1968 et adoptée par le règlement Bruxelles I, est aussi essentielle qu'ambigüe. "Activité dirigée" notion essentielle : Essentielle est l'expression «qui par tout moyen dirige ses activités», car elle décrit en fait le schéma particulier de fonctionnement de cette nouvelle forme de commerce qu'est le commerce réalisé en ligne par l'intermédiaire d'un écran ordinateur. Cette notion est également applicable en matière de conflit de lois. Ainsi le règlement de Rome I du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, qui remplace la convention de Rome s'appuie dans son art. 6, en ce qui concerne la détermination de la loi applicable sur cette notion.

³ MARMISSE (A), «Conflits de juridictions, commerce électronique et consommateurs en Europe» in J.RAYNARD, s. dir, Les premières journées internationales du droit de commerce électronique, LITEC, 2000, p.82.

⁴ PASSA (J), «Le contrat électronique international: conflits de lois et de juridictions», op.cit, p.20.

⁵ DUASO CALES (R), «principe de finalité, protection des renseignements personnels et secteur public : étude sur la gouvernance des structures en réseau », op.cit, p. 18.

beaucoup plus largement l'accès à la protection. Cependant, faute de précision et de prévisibilité quant aux problèmes que peut engendrer la notion d' «activité dirigée vers», cette dernière est source d'ambiguïté.

* Activité dirigée : source d'ambiguïté. L'absence de clarté en ce qui concerne la notion «d'activité dirigée» a abouti à une divergence jurisprudentielle. Alors que certaines juridictions des Etats membres limitent le jeu de l'article 15 à l'hypothèse du site actif, d'autres envisagent son application à l'ensemble des sites web¹. Citons à cet égard l'exemple de l'affaire Pammer / Hôtel Alphenhaf précitée, dans laquelle la cour de justice précise que la seule accessibilité du site internet ne suffit pas à la détermination de la compétence sur la base des règles spéciales².

De même, dans un arrêt plus récent de la cour de justice de l'union européenne datant du 6 septembre 2012³, même si la qualité du consommateur n'a pas été remise en cause par les différentes instances, une grande majorité des considérants s'est focalisée sur l'interprétation de la notion d'activité dirigée et sa valeur déterminante du champ d'application de l'article 15 §1 c) du règlement.

La jurisprudence française⁴ peut elle-même illustrer la divergence et l'incertitude quant à l'interprétation de la notion d' «*activité dirigée* ». Dans un premier temps, les tribunaux français ont été dirigés vers l'adoption d'une approche dite «*universaliste*», focalisée sur le seul critère d'accessibilité des sites internet à partir des ordinateurs situés sur le territoire français⁵. Cette tendance serait dans un second temps éloignée⁶ suite à la précision⁷ apportée par la Cour de cassation quant au sens d' «*activité dirigée vers*». Contrairement à la jurisprudence dominante, il est exigé désormais qu'il ait une invitation au consommateur d'inclure un contrat.

¹BENCHENEB (A), «Commerce électronique et règlement des litiges contractuels», J.C.P, n°4, 2002, p. 34 ; Olivier (F), «Quels sont les enjeux de la dématérialisation des achats publics», in Le Moniteur, 15 décembre 2000, p. 21.

² Cette précision a été motivée par le fait que « si telle avait été la volonté du législateur de l'Union, il aurait posé comme condition d'application des règles en matière de contrats conclus par le consommateur non pas la simple direction des activités vers un Etat membre mais la simple existence du site internet » : Affaire Pammer / Hôtel Alphenhaf , affaire précitée, point. 71

³ C.J.C.E, 4ème chambre, arrêt du 6 septembre 2012, Daniel M. / Ahmad et Wadat Y., Disponible en ligne sur : http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3520.

⁴ Bien que la plupart des décisions examinées concerne la matière délictuelle, elles permettent d'illustrer l'attitude des tribunaux dans l'appréciation de leur compétence fondée sur le critère d' «activité dirigée ».

⁵ Voir à ce propos notamment l'affaire Yahoo qui a marqué un débat entre les juridictions américaines et françaises et qui a écoulé tant d'ancre.DE GROOTEI (B), «L'Internet et le droit international privé: un mariage boiteux ? À propos des affaires Yahoo! et Gutnick», Revue Ubiquité – Droit des technologies de l'information – n° 16/2003, pp.61-82; SEDALLIAN (V), «Commentaire de l'affaire Yahoo! À propos de l'ordonnance du Tribunal de grande instance de Paris du 22 mai 2000», disponible en ligne sur: <http://www.juriscom.net/chr/2/fr20001024.htm>; Y. POULLET, «Les implications de l'affaire Yahoo! Inc», disponible en ligne sur : <http://www.lthoumyre.chez.com/uni/d>

⁶ Affaire jugée le 11 mars 2003 en matière de contrefaçon, cité par KONÉ (M-A), «La protection du consommateur dans le commerce international passé sur internet, une analyse comparée des systèmes français canadien et québécois», mémoire en vue de l'obtention de grade de maitrise en droit (LL.M), Université de Montréal, 2007, p. 107.

⁷ Le simple accès à un site internet dans un Etat ne suffit pas à fonder la compétence de ses tribunaux.

Une évolution jurisprudentielle accélérée s'est également ressentie au niveau des juridictions américaines¹ qui sont parmi les premiers précurseurs à se pencher sur la question de la compétence en matière de transactions passées par internet². Cette évolution peut être résumée en trois étapes alimentées par deux tendances quant à l'interprétation du niveau d'interactivité du site internet³. Une tendance minoritaire⁴ fondée sur la simple accessibilité d'un site internet dans un pays, fut rapidement dépassée avec l'apparition de la notion de site passif⁵ dans la jurisprudence américaine; impliquant ainsi une nouvelle approche⁶ fondée sur la distinction entre «site actif» et «site passif»⁷.

La rapidité avec laquelle évolue la technologie a cependant révélé les limites⁸ d'une telle approche à appréhender toutes les situations possibles et a montré une difficulté de mise en œuvre par les tribunaux américains. Ces derniers se sont alors tournés vers une nouvelle approche de compétence fondée plutôt sur les effets réels du site internet dans un Etat et non sur son caractère commercial ou non⁹. Une doctrine¹⁰, partant des lacunes de ces approches, prône pour le critère de ciblage¹¹. Ce dernier implique la détermination des intentions des parties et l'évaluation des mesures prises pour pénétrer dans une zone de compétence donnée ou au contraire l'éviter¹².

¹ KONÉ (M-A), «La protection du consommateur dans le commerce international passé sur internet, une analyse comparée des systèmes français canadien et québécois », op.cit, p. 115.

² LAKSHMINA RAYAN (S), « Juridictions compétentes et internet », dans G. CHANTILLON, dir., *Le droit international de l'Internet : actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpège*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 534.

³ BETTELHEIM (N), «Personal jurisdiction and the internet, cyber differences shed new light on existing conflicts» (2006), *Journal of Internet Law*, cité par KONÉ (M-A), mémoire précité, p. 116.

⁴ Identique au modèle français de compétence universaliste, cette approche est illustrée par l'arrêt *Inset system, Inc. V. Instruction Set. Inc.* 937 Supp 161(D.comm.1996). Elle s'appuie sur le critère de contact minimum qu'un site internet doit avoir avec un tribunal pour permettre la revendication de sa compétence.

⁵ Voir sur la notion de «site passif» : DARETTE (U), *Internet et commerce électronique en droit international des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 212

⁶ Il s'agit de l'approche Zippo qui trouve son origine dans l'affaire *Bensusan Restaurant Corporation. King* F.supp.295(S.DN.Y.1996) qui a posé les bases de ce nouveau courant consacré effectivement par l'affaire Zippo, affaires citées par KONÉ (M-A), mémoire précité, p. 118

⁷ Voir sur cette distinction : GIEST (M), « Compétence et internet : changement d'approche juridictionnelle », (printemps 2002) disponible au <http://www.isuma.net/vo3n01/giest.F.shtml>. Voir sur l'approche Zippo: Richard GARNETT « Are foreign internet infringers Beyond the reach of the law ? »(Les délinquantes sur internet sont-ils hors de portée de la loi ?), *University of New South Wales Law Journal* 23(1), 2000.105-126, cité par LAKSHMINARAYN (S), op.cit, p.535

⁸ KONÉ (M-A), «La protection du consommateur dans le commerce international passé sur internet, une analyse comparée des systèmes français canadien et québécois», mémoire précité, p. 132.

⁹ C'est ce que la Cour suprême des Etats Unis a établi dans l'affaire *Calder.c.Jones* en matière quasi délictuelle : N.J. 38 (N.J.2000), affaire citée par M-A KONÉ, mémoire précité, p.124.

¹⁰ CODSTEIN (G), « La protection du consommateur : nouvelles perspectives de DIP dans le code du Québec », dans Yvon BALAISE, *développement récents en droit de la consommation*, SV de la formation permanente Barreau du Québec, Cowansville, 1994, pp. 143-229.

¹¹ Voir la théorie de focalisation, CACHARD (O), «La régulation internationale du marché électronique», Paris, LGDJ, 2002, p. 401-402.

¹² L'approche de la compétence des tribunaux américains a exercé une influence sur les autres systèmes juridiques, mais de façon partielle au Canada. Voir à ce propos: affaire *Braitech Inc.KOSTITUK (V)*, citée

A signaler a ce point, que le conseil d'Etat considère qu'aux termes de l'article R. 312-1 du code de justice administrative: *«Lorsqu'il n'en est pas disposé autrement par les dispositions de la section 2 du présent chapitre ou par un texte spécial, le tribunal administratif territorialement compétent est celui dans le ressort duquel a légalement son siège l'autorité qui, soit en vertu de son pouvoir propre, soit par délégation, a pris la décision attaquée ou a signé le contrat litigieux. Lorsque l'acte a été signé par plusieurs autorités, le tribunal administratif compétent est celui dans le ressort duquel a son siège la première des autorités dénommées dans cet acte»*; qu'aux termes du premier alinéa de l'article R. 312-11 du même code: *" Les litiges relatifs aux marchés, contrats, quasi-contrats ou concessions relèvent de la compétence du tribunal administratif dans le ressort duquel ces marchés, contrats, quasi-contrats ou concessions sont exécutés. Si leur exécution s'étend au-delà du ressort d'un seul tribunal administratif ou si le lieu de cette exécution n'est pas désigné dans le contrat, le tribunal administratif compétent est celui dans le ressort duquel l'autorité publique contractante ou la première des autorités publiques dénommées dans le contrat a signé le contrat, sans que, dans ce cas, il y ait à tenir compte d'une approbation par l'autorité supérieure, si cette approbation est nécessaire »*; qu'il résulte de ces dispositions que le juge compétent pour statuer sur un référé précontractuel présenté sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative est le juge des référés du tribunal dans le ressort duquel le contrat doit être exécuté ; que, par suite, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille n'a pas commis d'erreur de droit en retenant sa compétence pour statuer sur la demande de référé présentée par la SARL Olympe Service¹.

Ainsi, que ce soit du fait d'un cocontractant mécontent, d'une personne publique lésée ou encore d'un soumissionnaire déçu, il arrive que la passation, la conclusion ou l'exécution d'un contrat génère des contentieux. Toutefois, il convient de se demander si l'usage de procédés électroniques n'aura pas pour conséquence d'engendrer davantage de nouveaux contentieux.

par KONÉ (M-A), « la protection du consommateur dans le commerce international passé sur internet, une analyse comparée des systèmes français, canadien et québécois » mémoire précité, p 127.

¹ Conseil d'Etat, 7ème / 2ème SSR, 26/06/2015, 389599, La SARL Olympe Service a demandé au tribunal administratif de Marseille, le 13 mars 2015, d'une part, d'ordonner au ministre de la défense de se conformer à ses obligations de transparence, de publicité et de mise en concurrence dans le cadre de la consultation lancée le 30 octobre 2014 pour la réalisation de diverses prestations de services de nettoyage au profit de l'hôpital d'instruction des armées Alphonse-Laveran à Marseille, d'autre part, d'annuler la décision de rejet de sa candidature aux trois lots de ce marché ou à défaut d'annuler la procédure sous astreinte de 100 euros par jour de retard. Par une ordonnance n° 1501973 du 9 avril 2015, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a annulé la procédure à compter de l'examen des offres et a enjoint au ministre de la défense de la reprendre à ce stade dans le cas où il envisagerait de la poursuivre.

SECTION II : L'incidence de la dématérialisation sur le règlement du contentieux du contrat administratif électronique.

L'activité contentieuse se rapportant au contenu du contrat, à la bonne exécution ou à la possibilité de saisine d'une autorité, elle est donc indifférente au support de passation voir d'exécution du contrat. Ainsi, si certains critères d'appréciation de la validité ou du caractère probatoire changent lorsque le contrat est passé par voie électronique, la procédure contentieuse reste la même. C'est pourquoi nous ne reviendrons pas sur l'ensemble des problèmes contentieux liés au contrat administratif. Si l'usage de procédés électroniques ne remet pas en cause le contentieux classique du contrat administratif, il induit toutefois de nouvelles évolutions dans la matière: Il permet d'envisager de nouvelles possibilités de saisine du juge (§1) et il implique la naissance d'un nouveau contentieux (§2).

§1 - La saisine électronique du juge.

Bien sur, un contrat administratif électronique n'impose pas une saisine ou un jugement électronique. Il peut connaître, à l'instar de tout contrat administratif, une procédure classique. Néanmoins, il est intéressant d'envisager la possibilité de saisine d'un juge par voie électronique et ce même pour les contrats «classiques» (ou tout autres actes administratifs). Il existe, sur ce sujet, un début de réponse. Il semble que la saisine d'une autorité puisse se faire par voie électronique. Ainsi, dans les conclusions du M. Sébastien Degommier, à propos du jugement du tribunal administratif de Nantes du 7 juin 2001, Maisdon-sur-Seine¹, celui-ci considère, qu'à l'instar de procédés comme le télégramme, le télex ou la télécopie, le courrier électronique est un moyen valable de transmission de requête. Ceci étant possible, dans la mesure où il n'existe pas de dispositions dans le code de la justice administrative ni, pour le cas d'espèce dans le code électoral, imposant l'usage d'un écrit papier.

Mais, si l'utilisation d'un procédé électronique n'est pas exclue, sa recevabilité n'est pas pour autant admise dans cette décision. L'écrit électronique est considéré comme n'offrant pas des garanties de fiabilité suffisantes, car pouvant être aisément falsifié. En l'espèce, une requête envoyée par courrier électronique avait été déclarée recevable, car elle avait été «régularisée» ultérieurement par l'envoi d'un courrier papier. Le Conseil d'Etat adopte ici une position plus souple puisqu'il admet la recevabilité, dans les délais, du courriel, dans la mesure où l'écrit papier apporte au courrier électronique les garanties de fiabilités qui lui faisaient défaut. L'écrit électronique seul n'aurait donc pas été recevable.

Cependant, dans les conclusions du M. Maugué sur cet arrêt, il apparaît que l'écrit électronique peut en lui-même être recevable s'il donne des garanties de fiabilités suffisantes, c'est-à-dire en utilisant la signature électronique sécurisée. Ainsi, le commissaire du gouvernement, dans ses conclusions énonce: *«Autrement dit la loi, qui vise précisément à donner la même force probante à une signature électronique qu'à une*

¹ Voir les Petites Affiches, 10 août 2001, n°159, op.cit, p.25.

signature écrite, pourrait conduire le juge à considérer qu'il est valablement saisi par la seule transmission d'un courrier électronique». Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 748-1 du code de procédure civile¹. La transmission d'une requête ou encore la saisine d'un juge administratif par voie électronique² est recevable à condition de recourir à une signature électronique sécurisée, voir à un tiers horodateur pour avoir garantir une date certaine. Si l'électronique est source de progrès, il peut aussi engendrer des préjudices, et ce tout particulièrement dans le cadre d'un contrat administratif. Aussi risque-t-il de générer de nouveaux risques de contentieux relatifs à l'écrit électronique comme preuve (A) d'une part, ainsi que la validité de la copie fidèle d'autre part (B).

A) Le contentieux de l'écrit électronique :

Les tribunaux précisent les conditions de la valeur probante de l'écrit numérique : L'audit juridique des processus dématérialisés repose actuellement sur l'interprétation des dispositions récemment introduites dans notre droit pour prendre en compte la numérisation croissante des échanges et des documents. Cette interprétation s'appuie sur quelques textes réglementaires, ainsi que sur un important travail normatif et technique permettant de traduire de façon concrète les exigences fonctionnelles de hauts niveaux posés par la loi pour pouvoir conférer la même valeur probante à un document numérique et à un document papier. Nous manquons jusqu'ici de l'appui de la jurisprudence marocaine. Or, Face à des dispositions nouvelles qui s'inscrivent dans une révolution sociétale majeure, celle de la disparition progressive du papier au profit du numérique, les acteurs restent frileux. Ils attendent une réponse crédible à la grande question : quelle valeur ce document numérique aura-t-il s'il est contesté?

En France la cour de Cassation a récemment rendu quelques jugements qui confirment la stricte interprétation des articles 1316 et 1317 du Code Civil ; donne des pistes de réponses qui nous paraissent fondamentales pour asseoir la confiance des acteurs concernés :

* Cour de Cassation, Civ. 2, 4 décembre 2008, «preuve électronique: Qu'en vertu de l'article 1316-1 du Code civil, l'écrit sous forme électronique ne vaut preuve qu'à condition que son auteur puisse être dûment identifié et qu'il soit établi et conservé dans

¹Modifié par décret n°2009-1524 du 9 décembre 2009, art. 3, consulté sur <https://www.legifrance.gouv.fr>

² Les envois, remises et notifications des actes de procédure, des pièces, avis, avertissements ou convocations, des rapports, des procès-verbaux ainsi que des copies et expéditions revêtues de la formule exécutoire des décisions juridictionnelles peuvent être effectués par voie électronique dans les conditions et selon les modalités fixées par le présent titre ; qu'aux termes de l'article 748-6 du même code : Les procédés techniques utilisés doivent garantir, dans des conditions fixées par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice, la fiabilité de l'identification des parties à la communication électronique, l'intégrité des documents adressés, la sécurité et la confidentialité des échanges, la conservation des transmissions opérées et permettre d'établir de manière certaine la date d'envoi et celle de la réception par le destinataire (...) ; devront être remis, sauf impossibilité résultant d'une cause étrangère à celui qui l'accomplit, à la juridiction par voie électronique à compter de cette date, à peine d'irrecevabilité relevée d'office(...). L'arrêté du Conseil d'État, n° 343365 18 octobre 2010, relative à la communication électronique entre les juridictions ordinaires du premier et second degré et les avocats ainsi que les annexes VI et IX à cette convention. <https://www.legifrance.gouv.fr>

des conditions de nature à en garantir l'intégrité; qu'en considérant le document produit par la CPAM de la MARNE comme la "copie informatique du courrier en date du 20 janvier 2003", sans rechercher si le fichier informatique litigieux avait bien été établi le 20 janvier 2003 et conservé dans des conditions interdisant à la Caisse de modifier le contenu de ce document, la Cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article 1316-1 du Code civil.» la nécessité de documenter le processus de dématérialisation par une politique d'archivage afin d'optimiser le traitement judiciaire de ce type de litige paraît indispensable.¹

* Cour de Cassation, Civ .2, 25 juin 2009, "preuve à soi-même" : L'administration fiscale entendait dans cette affaire apporter la preuve d'une différence entre les revenus déclarés à la CAF et ceux déclarés aux impôts à partir de la preuve d'une impression d'écran issue des fichiers des impôts. Or, cette copie d'écran était issue du propre fichier de l'administration fiscale, ce qui revenait à se constituer une preuve à soi-même, elle a donc été jugée irrecevable. Toute preuve fiable nécessite l'intervention d'un tiers.²

* Cour de Cassation, civ. 1, 30 septembre 2010 : vérification des conditions art. 1316 : Dès lors qu'une partie dénie être l'auteur d'un écrit sous forme électronique, le juge est tenu, en application de l'article 287 du code de procédure civile, de vérifier si les conditions mises par les articles 1316-1 et 1316-4 du code civil à la validité de l'écrit (ou de la signature) électroniques étaient satisfaites. *Qu'en statuant ainsi, sans vérifier, comme elle y était tenue dès lors que M. X... déniait être l'auteur des messages produits par Mme Y..., si les conditions mises par les articles 1316-1 et 1316-4 du code civil à la validité de l'écrit ou de la signature électroniques étaient satisfaites, la cour d'appel a violé les dispositions susvisées ;* Conformément à l'article 287 alinéa 2 du code de procédure civile, "si la dénégation ou le refus de reconnaissance porte sur un écrit ou une signature électroniques, le juge vérifie si les conditions, mises par les articles 1316-1 et 1316-4 du code civil à la validité de l'écrit ou de la signature électroniques, sont satisfaites." Viole cette disposition la cour d'appel qui se borne à relever l'absence de preuve contraire pour rejeter la dénégation d'une telle écriture.³

Une décision du 24 juin 2014 : l'offre de la société BearingPoint France, candidate au titre du lot n° 2, a été rejetée comme irrégulière au motif que l'acte d'engagement dématérialisé qu'elle avait déposé sur la plateforme PLACE n'était pas assorti d'une signature électronique ; que le ministre des finances et des comptes publics se pourvoit en cassation contre l'ordonnance du 24 juillet 2014 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Paris, saisi par la société BearingPoint France sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a enjoint au service des achats de l'Etat de reprendre la procédure d'attribution du lot n°2 en y incluant l'offre de la société BearingPoint France, au motif que le pouvoir adjudicateur ne pouvait, pour le seul motif

¹ Cour de Cassation, Civ. 2, 4 décembre 2008, pourvoi n°07-17622.

² Cour de Cassation, Civ .2, 25 juin 2009, pourvoi n°08-12248.

³ Cour de Cassation, civ. 1, 30 septembre 2010, pourvoi : n°09-68555 ; C.E, n° 332800, mardi 24 novembre 2009.

tiré de l'absence de signature électronique de l'acte d'engagement de la société BearingPoint France, estimer son offre irrecevable; Pour les marchés passés selon les procédures formalisées, l'acte d'engagement et, le cas échéant, les cahiers des charges en sont les pièces constitutives.

L'acte d'engagement est la pièce signée par un candidat à un accord-cadre ou à un marché public dans laquelle le candidat présente son offre ou sa proposition ; conformément aux termes de l'article 48 du même code : "I - Les offres sont présentées sous la forme de l'acte d'engagement défini à l'article 11. / L'acte d'engagement pour un marché ou un accord-cadre passé selon une procédure formalisée, lorsque l'offre est transmise par voie électronique, est signé électroniquement dans des conditions fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie. / (...) " ; l'article 56 du même code stipule que: "Dans les cas où la transmission électronique est obligatoire et dans ceux où elle est une faculté donnée aux candidats, le pouvoir adjudicateur assure la confidentialité et la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible de façon non discriminatoire, selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie" ; alors que termes de l'article 5 de l'arrêté du 14 décembre 2009 relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics: "Le dépôt des candidatures et des offres transmises par voie électronique ou sur support physique électronique donne lieu à un accusé de réception indiquant la date et l'heure de réception¹".

Enfin, l'article 3.7.7. du guide utilisateur de la plate-forme PLACE, auquel renvoyait le règlement de la consultation, précise que l'accusé de réception électronique, qui constitue la preuve de dépôt du dossier opposable par le soumissionnaire, indique "chaque fichier transmis, son poids, ainsi que le nom du jeton de signature associé le cas échéant et son poids "; Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de ces dispositions qu'une offre dont l'acte d'engagement n'est pas, avant la date limite de remise des offres, signé par une personne dûment mandatée ou habilitée à engager l'entreprise candidate est irrégulière et doit être éliminée comme telle avant même d'être examinée; que le juge des référés du tribunal administratif de Paris ne pouvait ainsi, sans commettre d'erreur de droit, juger qu'à défaut de signature électronique de l'acte d'engagement, la signature électronique des autres documents composant l'offre de la société Bearing Point France suffisait à établir l'engagement juridique de cette société.

Pourtant, au vu des premières décisions en la matière, les juges administratifs semblent adopter une position formaliste à l'égard de l'écrit électronique. Cependant, une saisine ne s'inscrit pas dans la même démarche qu'un contrat. Une saisine est une démarche unilatérale et qui peut souvent être le fait d'un particulier. Inversement; un contrat est acte synallagmatique, qui, dans le cas des contrats administratifs, est souvent conclu avec des professionnels.

¹Conseil d'État, 7ème / 2ème SSR, 07/11/2014, n°383587 consulter sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000029724761&fastReqId=293289442&fastPos=1>

En outre, le contrat admet généralement plus de souplesse (d'autant plus quand il est conclu avec un professionnel). Par exemple, il est possible de conclure des conventions de preuve entre les parties. Cela permet d'admettre à titre de preuve la plupart des outils électroniques de passation de marché. Aussi, il n'est pas dit que le juge administratif fera preuve d'un aussi grand formalisme pour admettre un contrat électronique à titre de preuve. C'est pourquoi la transposition de cette position à l'univers contractuel est contestable. Pourtant, de cette jurisprudence, il faut retenir le souci du juge administratif de garantir la sécurité juridique, car comme l'affirme Catala¹ : *«En présence d'un procédé de preuve nouveau, le juge doit donc se demander en toute hypothèse, alors même que l'écrit n'est pas exigé, s'il mérite que l'on y prête foi et quelle est alors sa valeur probante»*. Le juge administratif se doit de rester très méfiant à l'égard des procédés électroniques tenant notamment à l'authentification de l'auteur ou à l'horodatage. Il a tendance à considérer que certains de ces procédés sont facilement falsifiables².

Comme le juge administratif ne s'est pas prononcé sur les autres moyens électroniques (autres que le courriel), il est donc impossible de connaître clairement les procédés qui selon le juge garantiront une sécurité juridique satisfaisante. Néanmoins, en l'état du droit, un seul procédé semble pouvoir être affirmé comme garantissant une sécurité juridique suffisante, il s'agit de la signature électronique sécurisée. C'est le seul outil reconnu comme garantissant juridiquement et techniquement l'authentification et l'intégrité de l'acte sur lequel il est apposé. L'utilisation de procédés électroniques implique nécessairement d'envisager les problèmes de défaillances informatiques tel est le cas de la copie électronique.

B) La copie fidèle :

L'intérêt de la mise en place d'un système d'archivage électronique réside dans la possibilité d'utiliser ultérieurement les documents issus de ce système notamment dans le cadre de contentieux. En l'absence de cadre légal applicable à l'archivage électronique, plusieurs fondements juridiques peuvent être envisagés pour donner force probante aux documents archivés électroniquement. En cas d'archivage électronique des originaux sur support papier ou sur microformes, il convient de s'interroger sur la nature du document électronique issu du système d'archivage. Ce document peut être considéré comme la copie électronique du document original. A ce titre, il peut être admis comme preuve en justice sous réserve du respect de certaines conditions. Ainsi, à défaut de précisions sur les modalités de l'archivage, il est possible de se reporter aux règles édictées par le Code civil qui définissent les caractéristiques que doivent présenter les copies pour être admises à la place des originaux (a). Ces dispositions sont souvent invoquées devant les juges pour reconnaître la force probante de photocopies (b)³.

¹ CATALA (P), «Ecriture électronique et actes juridiques», in Mélanges Michel Cabrillac, Paris, Litec, 1999, p.91.

² Dans les deux cas, il s'agissait du courrier électronique. Ce procédé électronique ne semble pas pouvoir satisfaire les conditions tenant à la sécurité juridique.

³ Cass. 1ère civ, 25 juin 1996 : Bull civ. I, n° 270, <http://www.mascre-heguy.com/>

Les juges disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation du caractère fidèle et durable de la copie par rapport au document original. En raison des difficultés qui existent pour rapporter la preuve du caractère fidèle et durable, le recours à un expert est souvent nécessaire. Pour l'heure, il existe une jurisprudence faisant application de ces dispositions à un document issu d'un système d'archivage électronique.

a. L'exigence de l'original n'exclut pas une copie fidèle et durable :

* Cass, 23 septembre 201¹: *Attendu qu'il résulte des deux premiers de ces textes que lorsqu'une partie n'a pas conservé l'original d'un document, la preuve de son existence peut être rapportée par la présentation d'une copie qui doit en être la reproduction non seulement fidèle mais durable ; que, selon le troisième, l'écrit sous forme électronique ne vaut preuve qu'à condition que son auteur puisse être dûment identifié et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité; (...) Qu'en statuant ainsi, alors que la caisse produisait la copie des notifications faites aux parties dans la base de données "Cristal-intégré", le tribunal, qui se devait de rechercher si ces documents répondaient aux exigences des articles susvisés, n'a pas donné de base légale à sa décision; (...) Le défaut de l'original d'un acte, exigé à titre de preuve, ne fait pas échec à ce qu'une copie fidèle et durable soit admise en substitution. S'agit d'un écrit électronique, sa validité est admise dès lors qu'il a été "établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité" et que son auteur peut "être dûment identifié"*².

C'est officiel ! Depuis l'ordonnance du 10 février³, la copie numérique d'un document papier est présumée fiable, sous réserve que les moyens adaptés soient employés pour sa création et sa conservation. Ces moyens existant depuis 2013. Ils sont précisés par la norme NF Z 42-013⁴ et ses règles de certifications NF 461, qui traitent les processus et moyens techniques à mettre en place pour constituer une copie numérique fidèle et maîtriser son archivage à vocation probatoire.

Le respect de la norme NF Z 42-013 permet de créer une chaîne de confiance dès la numérisation. Ce nouveau texte constitue une avancée juridique relative vers l'autorisation de la destruction des originaux papiers. En effet l'acceptation de la copie numérique reste soumise à l'appréciation du juge, qui peut demander la production de l'original papier si celui-ci a été conservé.

¹ Cour de cassation, 2ème chambre civile, 23 septembre 2010, pourvoi n°09-68367. Non publié au bulletin.

² Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016 texte n° 26.

³ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, précitée.

⁴ La norme NF Z 42-013 énonce un ensemble de spécifications de l'AFNOR concernant les mesures techniques et organisationnelles à mettre en œuvre pour l'enregistrement, le stockage et la restitution de documents électroniques, dans des conditions qui en garantissent l'intégrité. Le titre de la norme révisée en mars 2009 a évolué: «Spécifications relatives à la conception et à l'exploitation de systèmes informatiques en vue d'assurer la conservation et l'intégrité des documents stockés dans ces systèmes». https://fr.wikipedia.org/wiki/NF_Z_42-013

b. La réédition d'une copie électronique - commencement de preuve :

* Cass : 1^{er} juillet 2010¹ : Et attendu que l'arrêt relève que la caisse produit, pour justifier de l'accomplissement de son obligation d'information de l'employeur, une copie de la lettre recommandée du 17 février 2004 par laquelle elle a informé la société de la clôture de l'instruction et de la possibilité de venir consulter le dossier pendant un délai de dix jours à compter de l'établissement de ce courrier ainsi que l'accusé de réception signé par la société le 19 février 2004; que cette pièce constitue un commencement de preuve émanant de la personne à laquelle elle est opposée(...) *par ces motifs ,rejette le pourvoi.*

La copie résultant de la réédition d'un acte informatisé peut constituer un commencement de preuve dont la valeur et la portée sont souverainement appréciées par les juges du fond. Partant, imaginons l'envoi d'un courrier électronique qui ne parvient jamais à son destinataire, la destruction de certaines informations contenues les conséquences sont dans tout les cas préjudiciables que ce soit pour la personne publique ou son cocontractant. Ces dommages ne peuvent pas rester sans réparation.

Dans un arrêté, du jeudi 7 avril 2011² le conseil d'état à décider l'annulation pour excès de pouvoir de la décision du directeur général de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie (UNCAM) en date du 19 mars 2010 fixant le montant de la contribution forfaitaire aux frais de gestion due par les professionnels, organismes ou établissements ; qui n'assurent pas la transmission électronique pour la facturation de leurs actes,...). Dans le cas de transmission électronique par les professionnels, organismes ou établissements dispensant des actes ou prestations remboursables par l'assurance maladie, l'identification de l'émetteur, son authentification et la sécurisation des échanges sont assurées par une carte électronique individuelle, appelée carte de professionnel de santé³(...).

D'un point de vue juridique, un e-mail peut être produit en justice dans tous les cas où la preuve est libre (droit pénal, droit commercial et, selon les domaines, droit civil). Comme preuve, ou comme commencement de preuve, selon les cas.

Reste que, d'un point de vue technique, un message électronique n'apporte généralement aucune fiabilité quant à l'identité de l'expéditeur et à l'intégrité du message. Sa valeur probatoire est soumise à l'appréciation du magistrat qui aura à statuer, et dépendra de la connaissance technique de ce dernier. Pour les messages importants ou susceptibles de faire l'objet d'un litige, il est fortement conseillé de fiabiliser son envoi. S'il satisfait les 3 critères de fiabilité (identification claire de l'émetteur, précision de la date et assurance de l'intégralité du message), notre e-mail sera plus facilement considéré comme une preuve ou un commencement de preuve. Pour ce faire, plusieurs techniques sont à notre disposition. A savoir la signature électronique, même si cette dernière implique elle aussi la naissance de nouveau contentieux.

¹ Cour de cassation, 2ème chambre civile, 1er juillet 2010, pourvoi n°09-14685

² C.E, n° 339813, jeudi 7 avril 2011.

³ C.E, n° 339813, jeudi 7 avril 2011.

§2 - La signature électronique en question, point sur la jurisprudence récente :

Dix ans après son introduction en droit français, la question de la signature électronique donne toujours lieu à une jurisprudence importante et ce aussi bien en droit civil, qu'administratif. Dernièrement des décisions de juridictions de degré différent sont relevées certes, mais ayant trait toutes au régime et aux conditions juridiques qui entourent la signature électronique (A). Une jurisprudence vient invalider les signatures «en bloc» de conteneurs zip comprenant les réponses à un appel d'offres, ainsi que le problème de scan d'un document papier signé (B).

A) Les conditions de la validation d'une signature électronique :

La signature électronique, ou la constante nécessité de rappeler le régime applicable aussi bien aux juridictions civiles qu'aux collectivités territoriales : La première décision est un arrêt de cassation rendu le 30 septembre 2010 concernant le rejet d'un email comme preuve de la résiliation d'un bail d'habitation du fait du non vérification par la Cour d'appel de la valeur de la signature électronique (a)¹. La seconde décision est quant à elle une Ordonnance de référé du Tribunal administratif de Limoges. Cette dernière annule une partie de la procédure dématérialisée d'un marché public en raison de la défaillance du portail électronique dans la transmission des offres (b)². La troisième décide qu'une signature électronique remplissent les conditions de l'article 1316 du code civil peut-elle être rejetée au regard du règlement de consultation (c).³

a. Du non vérification par la Cour d'appel de la valeur de la signature électronique :

Dans le ce cas, le bailleur niait être l'auteur d'un email qui aurait donné acceptation de la résiliation du bail demandée par le locataire. L'arrêt de Cour d'appel est cassé du fait du non vérification des «conditions mises par les articles 1316-1 et 1316-4 du code civil à la validité de l'écrit ou de la signature électroniques». L'article 1316-1 du Code civil dispose que *«l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité»*. L'alinéa 2 de l'article 1316-4 du code civil ajoute que lorsque la signature est *«électronique, elle consiste 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'État »*. La Cour d'appel avait considéré que l'email devait être accepté comme une preuve valable du fait que son signataire n'avait communiqué aucun document de nature à combattre la présomption de fiabilité édictée par l'article 1316-4 du Code civil.

¹ Cass., Civ 1, 30 septembre 2010, n° 09-68.555.

² Ordonnance de référé du 15 novembre 2010, Tribunal administratif de Limoges, Jugement du 12 novembre 2010 Infostance / Région Limousin et autre.

³ Ordonnance de référé du 10 octobre 2010, Tribunal administratif de Bordeaux, B.BRAUN Médical / CHU de Bordeaux.

La Cour de cassation annule et renvoie devant la Cour d'appel de Dijon au motif qu'elle n'a pas vérifié, comme le requiert l'article 1316-4, que la signature électronique ait été créée, que l'identité du signataire ait été assurée et que l'intégrité de l'acte ait été garantie, dans des conditions fixées par le décret d'application de cet article. Décret qui définit notamment les caractéristiques fonctionnelles d'un dispositif de création de signature électronique sécurisé et ses conditions de certification.

b. La défaillance du portail électronique dans la transmission des offres :

Dans la seconde affaire qui nous intéresse, la juridiction administrative était saisie en référé contre le résultat d'une procédure de passation d'un marché public¹. En l'espèce le juge a eu non pas à rappeler le régime de la signature électronique aux juridictions du fond, mais cette fois-ci c'est à l'administration qu'il a fallu rappeler qu'elle ne peut se prévaloir du défaut de production d'une signature électronique valable alors même que c'est le site internet utilisé qui était à l'origine de l'erreur.

La société Infostance était candidate à une procédure de passation du marché à bon de commandes pour le déploiement d'espaces numériques de travail dans les établissements d'enseignement secondaire du Limousin. Lors de sa tentative de soumission de sa candidature sur le portail informatique indiqué par le pouvoir adjudicateur, cette société a vu sa signature électronique rejetée au motif que celle-ci était «altérée». Pour ne pas dépasser l'heure limite de transmission, la société Infostance a soumis sa candidature avec cette «signature altérée».

Ce n'est qu'après l'heure limite et après avoir réinstallé son certificat de signature électronique, suivant les recommandations du service d'assistance en ligne de l'opérateur achatpublic.com, qu'elle a pu transmettre les documents avec une signature validée. L'opérateur ayant indiqué à la société que les difficultés rencontrées provenaient de ce qu'elle n'avait pas correctement installé le «certificat racine», la région Limousin n'a pas admis sa candidature.

Le juge administratif précise tout d'abord qu'il ne peut être fait grief à la société soumissionnaire d'avoir procédé à l'envoi de sa candidature que peu de temps avant l'heure limite. Il souligne par ailleurs que le soumissionnaire avait déjà fait usage de cette signature électronique au cours de procédures similaires, et que le message d'erreur «signature altérée» ne figurait pas au nombre de ceux mentionnés par le «manuel d'utilisation de la salle des marchés» du site de l'opérateur achatpublic.Com. En l'espèce, il est jugé que l'existence d'un certificat de signature électronique adéquat n'est pas en cause, la difficulté ayant uniquement concerné le contrôle de la validité de l'utilisation de ce certificat.

¹ Tribunal administratif de Limoges Jugement du 12 novembre 2010, précité.

Le juge administratif conclut ainsi que « des défaillances de l'opérateur du portail électronique de transmission des offres auquel il a obligé les candidats d'avoir recours sont de nature à affecter la régularité de la procédure de passation du marché public ». Le juge administratif considère donc que, dans la mesure où les candidats ont respecté les impératifs techniques exigés concernant leur signature électronique, le risque de transmission des offres pèse sur l'administration lorsqu'elle organise un marché public dématérialisé.

c. Le rejet de la signature électronique :

Une signature électronique remplissant les conditions de l'article 1316 du code civil peut-elle être rejetée au regard du règlement de consultation¹? Le tribunal administratif de Bordeaux décide ce qui suit : La signature électronique associe une composante cryptographique à un certificat électronique ; confondus aux yeux de l'utilisateur, ces deux composants remplissent des fonctions différentes. La composante cryptographie permet de garantir l'intégrité du document, le certificat constitue la composante identification.

Alors que la signature électronique est normalisée, les logiciels de signatures ne sont pas soumis à la production de formats de signatures normés de telle sorte que les signatures diffèrent souvent légèrement. Le manque d'interopérabilité de la signature électronique, particulièrement patent dans les marchés publics, constitue une difficulté majeure qui explique au moins en partie le manque d'engouement des parties contractantes pour la dématérialisation. Une entreprise qui répond à plusieurs centaines d'appels d'offres par an se voit contrainte de jongler avec différents logiciels et formats de signature, au gré du désidérata des acheteurs publics.

La dématérialisation devient, au mieux impraticable à grande échelle, au pire introduit une véritable faille de sécurité juridique². En donnant raison au pouvoir adjudicateur, le tribunal administratif confirme qu'en l'absence de dispositions réglementaires particulières, ce dernier est en droit d'imposer les conditions fixées par son règlement de la consultation. Voilà une jurisprudence récemment publiée qui va faire hurler plus d'un spécialiste de la signature électronique et plus d'une entreprise répondant de manière dématérialisée à un appel d'offres dans le cadre d'un marché public³.

¹ Ordonnance de référé du 10 octobre 2010, précitée.

² Ordonnance de référé du 10 octobre 2010, précitée

³ Ibid.

B) La signature électronique engendre déjà une jurisprudence administrative en France :

Depuis le 1er janvier 2010 la procédure de dématérialisation des marchés publics se densifie. En effet, certaines procédures dématérialisées n'admettent que des offres dématérialisées et signées électroniquement, conformément à l'article 56 du Code des marchés publics français. Mais attention, un document signé en version papier puis scanné n'est pas un document signé électroniquement **(b)**, aussi la non validation des signatures «en bloc» de conteneurs zip comprenant les réponses à un appel d'offres **(a)**.

a. La non validation des signatures « en bloc » de conteneurs zip comprenant les réponses à un appel d'offres:

Le tribunal administratif de Toulouse¹ a, dans le cadre d'un litige opposant le CNRS et le cabinet MC2I, jugé que, en l'état actuel du Droit, la signature électronique devait être apposée sur chaque document transmis dans le cadre d'une réponse à un appel d'offres. Signer numériquement un conteneur zip intégrant tous les documents de réponse n'est de ce fait pas valable, pratique qu'avait suivi MC2I.

Signer «en bloc» l'ensemble des documents contenus dans un conteneur zip est pourtant plus rapide et plus simple. Lorsque de très nombreux documents sont envoyés, ce qui peut arriver dans une réponse à un marché public, la pratique est moins fastidieuse qu'une signature individuelle de chaque document. De plus, tous les formats de documents ne supportent pas nativement une signature électronique et devoir signer chacun implique, dans la pratique, de tout transmettre en format PDF et de rejeter les formats de type image par exemple.

Sur le plan technique, la signature électronique garantissant l'intégrité du tout, un conteneur zip en l'occurrence, elle garantit nécessairement l'intégrité de chaque partie de ce tout, donc chaque fichier contenu dans le conteneur zip. Mais la signature veille aussi à garantir l'approbation du signataire. De ce fait, il faut garantir que le signataire a bien approuvé chaque document et pas seulement leur regroupement dans un conteneur. Le tribunal a estimé que le CNRS avait été fondé à écarter la réponse de MC2I à son appel d'offres. De plus, s'il pouvait demander une retransmission signée convenablement par MC2I, le CNRS n'y était nullement obligé. Le raisonnement du tribunal ne reposant que sur une interprétation de l'article 1316-4 du Code Civil, cette jurisprudence peut être étendue à tous les échanges du domaine privé.

Aussi considérant que l'article L. 551-1 du code de justice administrative dispose: " Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la

¹ Tribunal administratif de Toulouse Ordonnance de référé 09 mars 2011, pourvoi n° 1100792.

délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique¹./ Le juge est saisi avant la conclusion du contrat ".

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que la direction des approvisionnements en produits de santé du ministère de la défense, dont le siège est à Fleury-les-Aubrais (Loiret), a lancé le 30 octobre 2014 une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de la réalisation de diverses prestations de services de propreté pour le compte de l'hôpital d'instruction des armées Alphonse-Laveran, qui est situé à Marseille (Bouches-du-Rhône); que, par une décision du 3 mars 2015, la candidature de la SARL Olympe Service à chacun des trois lots de ce marché public a été écartée comme irrégulière au motif que la signature électronique de son acte d'engagement n'était pas valide ; que, par une ordonnance du 9 avril 2015, contre laquelle le ministre de la défense se pourvoit en cassation, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a fait droit à la demande présentée par la société sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative en annulant la procédure à compter de l'examen des offres et en enjoignant au ministre de la reprendre à ce stade dans le cas où il envisagerait de la poursuivre.

Aussi Considérant qu'aux termes du III de l'article 53 du code des marchés publics: "Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées (...) "; qu'est notamment irrégulière une offre qui, ne contenant pas toutes les pièces ou renseignements requis par les documents de la consultation, est incomplète ; qu'aux termes de l'article 56 du même code:" II. Le pouvoir adjudicateur peut imposer la transmission des candidatures et des offres par voie électronique (...) / IV. - Dans les cas où la transmission électronique est obligatoire et dans ceux où elle est une faculté donnée aux candidats, le pouvoir adjudicateur assure la confidentialité et la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible de façon non discriminatoire, selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie"; que s'agissant des modalités de signature électronique des documents de marché transmis par voie électronique, l'arrêté ministériel du 15 juin 2012 relatif à la signature électronique dans les marchés publics précise au II de son article 2 que: "Le signataire transmet, avec le document signé, le mode d'emploi permettant de procéder aux vérifications nécessaires.

Ce mode d'emploi contient, au moins, les informations suivantes² : / 1° La procédure permettant la vérification de la validité de la signature ; / 2° L'adresse du site internet du référencement du prestataire par le pays d'établissement ou, à défaut, les données publiques relatives au certificat du signataire, qui comportent, au moins, la liste de révocation et le certificat du prestataire de services de certification électronique émetteur (...) " ; que l'article 4 du même arrêté dispose: " Pour apposer sa signature, le signataire utilise l'outil de signature de son choix " ; qu'aux termes de l'article 5 du même arrêté : " I.

¹<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000030788039&fastReqId=232625992&fastPos=1>

² Conseil d'État, 7ème / 2ème SSR, n°389599, 26/06/2015.

- La fourniture de la procédure permettant la vérification de la validité de la signature mentionnée au II de l'article 2 est gratuite¹. Elle permet, au moins, de vérifier : / 1° L'identité du signataire ; / (...) 4° Le caractère non échu et non révoqué du certificat à la date de la signature ; / 5° L'intégrité du fichier signé/. II. - Ces vérifications peuvent être effectuées de manière automatisée, lorsque les techniques utilisées sur le profil d'acheteur le permettent, à l'exception de la vérification de l'identité du signataire du document. / III. - L'opérateur économique qui utilise le dispositif de création de signature proposé par le profil d'acheteur est dispensé de fournir la procédure de vérification de la signature"; qu'enfin, l'article 6.3 du règlement de la consultation, versé au dossier du juge des référés et cité par l'ordonnance attaquée, prévoit que les candidats qui utilisent un outil de signature autre que celui qui est mis à leur disposition par le pouvoir adjudicateur pour la signature des documents transmis, doivent permettre" la vérification gratuite de la signature et de l'intégrité du document, en transmettant concomitamment les éléments nécessaires à la vérification de la validité. / Dans ce deuxième cas, le signataire indique la procédure permettant la vérification de la validité de la signature en fournissant notamment le lien sur lequel la signature peut être vérifiée avec une notice d'explication en français"; (....)

la signature électronique de l'acte d'engagement de la SARL Olympe Service² a été rejetée comme non valide par l'application de transmission électronique des candidatures et des offres mise en œuvre par l'administration, au motif que l'acte d'engagement signé ou la signature avait été modifié et, d'autre part, que l'administration a procédé au contrôle de la validité de cette signature après que, sur sa demande, la société lui a communiqué, comme elle y était tenue par les prescriptions de l'article 6.3 du règlement de la consultation et de l'article 2 de l'arrêté ministériel du 15 juin 2012 cité ci-dessus, le mode d'emploi permettant cette vérification ; qu'ainsi le juge des référés ne pouvait, sans dénaturer les pièces du dossier qui lui était soumis, juger que la candidature de la société avait été écartée sans que l'administration ne procède aux vérifications nécessaires de sa signature ; qu'il en résulte, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, que le ministre est fondé à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée (...). Autre jurisprudence Française mérite d'être étudiée.

¹ Conseil d'État, 7ème / 2ème SSR, n°389599, 26/06/2015.

² <https://www.legifrance.gouv.fr/>

b. Le scan d'un document papier signé n'est pas une signature électronique :

Attention, un document signé en version papier puis scanné n'est pas un document signé électroniquement. Ceci est rappelé par le tribunal administratif de Toulouse dans une ordonnance du 9 mars 2011¹. Dans cette affaire, le Centre national de la recherche scientifique (CNRS) a lancé un appel d'offres en vue de la conclusion d'un accord-cadre ayant pour objet la réalisation de prestations de service d'assistance et de conseil informatique pour la gestion de projets. La société MC²I a répondu de manière dématérialisée à cet appel d'offre, comme le prévoit le code des marchés publics. Pour ce faire, MC²I a envoyé des documents signés en version papier puis scannés. Ces scans d'originaux avaient été introduits dans un fichier compressé au format zip, qui a été signé électroniquement.

Le CNRS a rejeté cette offre au motif que les pièces, dont l'acte d'engagement, n'avaient pas été signées électroniquement. Aux termes de l'article 5 de l'arrêté du 28 août 2006 pris pour l'application de l'article 48-1 du code des marchés publics: «Les candidatures et les actes d'engagement, transmis par voie électronique ou envoyés sur support physique électronique, sont signés par l'opérateur économique au moyen d'un certificat de signature électronique, qui garantit notamment l'identification du candidat».

Dès lors, le tribunal administratif de Toulouse confirme que le CNRS pouvait rejeter l'offre de la société MC²I au motif de l'absence de signature électronique des pièces de la candidature et de l'offre pour lesquelles une telle signature était requise. Il est essentiel pour les entreprises de se munir d'une signature électronique certifiée afin de répondre aux appels d'offres.

A cette fin, il est conseillé de bien sécuriser juridiquement le contrat d'achat de signature électronique et ainsi de se prémunir contre toute défaillance du processus de signature électronique qui pourrait intervenir lors de son utilisation sur les plateformes d'appel d'offres en ligne².

¹ <https://www.legifrance.gouv.fr/>

² <https://www.legifrance.gouv.fr/>

Conclusion de la deuxième partie

La réforme des marchés publics s'inscrit dans un environnement national et international marqué par des mutations profondes, dont cinq éléments fondamentaux à savoir: Le premier élément concerne, l'adoption par notre pays de la constitution du 1er juillet 2011, avec une forte valeur ajoutée en termes de transparence, de responsabilité, de reddition des comptes, de gouvernance du service public et de nécessité de répression de toutes infractions constatées en matière de marchés publics, dimensions que la politique d'achat public doit nécessairement intégrer; Le deuxième élément se rapporte au programme gouvernemental, qui fait de la réforme des marchés publics l'un des leviers fondamentaux de la transparence et de l'amélioration du climat des affaires.

La réforme du décret sur les marchés publics s'articule d'ailleurs, avec les chantiers de modernisation engagés par les pouvoirs publics en matière de consécration de la bonne gouvernance dans la gestion des affaires publiques, dans le cadre d'une logique de clarification, de simplification des procédures et de veille à l'intégrité et à la transparence de la vie publique¹. Le troisième élément porte sur l'évolution prochaine qu'est appelé à connaître notre système financier public, en termes de passage d'une culture de moyens qui a démontré ses limites, à une logique fondée sur les résultats, l'efficacité et la performance des politiques publiques, menées essentiellement par le biais de la commande publique. Le quatrième élément a trait à l'évolution qu'a connue le monde de l'entreprise et les améliorations enregistrées au niveau du climat des affaires, dimensions à mettre en relation avec les engagements pris par notre pays dans le cadre des accords d'association et de libre échange, avec leur impact sur le processus de passation et d'exécution des marchés publics. Le cinquième élément est afférent à la crise économique et financière qui, avec la mondialisation aidant, n'a pas manqué de désarticuler l'économie internationale et de déstabiliser les finances publiques mondiales, amenant certains pays à brandir le réflexe de protectionnisme de leur économie.

Ces éléments de contextualisation de la réforme des marchés publics ne sauraient être appréhendés avec toute la pertinence requise, sans qu'ils soient mis en rapport avec la pluralité des dimensions que peut recouvrir une politique rénovée de la commande publique. Cinq dimensions qui semblent fondamentales en matière de marchés publics. C'est d'abord et avant tout, la dimension économique, dès lors que la réforme appréhende les marchés publics non seulement comme simple moyen d'achat de travaux et de biens et services, avec un meilleur usage des deniers publics, mais surtout, comme un levier puissant de politique économique, de promotion de l'entreprise, de génération de la croissance pour l'économie nationale et de distribution et redistribution des ressources. C'est ensuite, la dimension financière de la commande publique, en relation avec les enjeux budgétaires sous-jacents et le volume de la dépense publique brassé par les achats de l'Etat, des collectivités locales et de leurs groupements et des établissements et entreprises publics. C'est également, la dimension sociale de l'acte d'achat public, à

¹ <https://www.marchespublics.gov.ma/pmmp/IMG/pdf/InterventionMrGuiriNouveauMP.pdf>

travers la contribution de la commande publique à la promotion de l'emploi et à la lutte contre le chômage et surtout, à la réalisation de programmes sociaux à même de répondre aux besoins des citoyens en termes d'éducation, de santé et de transport et de développement de leur bien être¹.

C'est en outre, la dimension de protection de l'environnement, de veille à l'efficacité énergétique et de développement durable, tant au niveau de la passation des marchés publics, que de la réalisation des prestations architecturales, ou encore au niveau de la dématérialisation du processus de passation et d'exécution de la commande publique. C'est enfin et c'est le plus important, la dimension démocratique que recouvrent plus précisément les marchés publics, face à une demande forte des citoyens qui exigent eux-mêmes ou par le biais de la société civile et de la représentation nationale, une politique de la commande publique qui intègre les valeurs de qualité, de neutralité, d'intégrité et de probité dans la réalisation des projets et programmes publics.

La réforme des marchés publics a été menée selon une démarche participative, largement concertée, avec une forte implication des différents partenaires. Cette méthodologie a été marquée par sept caractéristiques principales : En premier lieu, la réforme du décret sur les marchés publics constitue le couronnement d'une large concertation, engagée durant plus de trois années avec les principaux acteurs et partenaires concernés par la commande publique, qu'ils soient acheteurs publics, entreprises ou fédérations d'entreprises, société civile, organes de contrôle ou institutions internationales intervenant dans le domaine de la commande publique.

Le processus de concertation a été mené notamment, dans le cadre d'une série d'ateliers tenus à ce sujet, en particulier avec les départements ministériels, les fédérations professionnelles, notamment la fédération nationale du bâtiment et des travaux publics (FNBTP) et la fédération marocaine du conseil et de l'ingénierie (FMCI) et l'ordre national des architectes.

En second lieu, le processus de concertation a été également enrichi par les travaux menés avec la Banque mondiale et la Banque africaine de développement sur l'évaluation du système national de passation des marchés publics, dont l'objectif consiste en l'utilisation de la réglementation marocaine en matière de passation et d'exécution des marchés publics financés par lesdites institutions. La dynamique de concertation a en outre bénéficié, des travaux menés avec l'OCDE pour ce qui est de l'étude d'apprentissage mutuel sur le renforcement de l'intégrité en matière de marchés publics, que le Maroc a été le premier pays à avoir lancée².

En troisième lieu, la démarche de concertation a également bénéficié des rencontres et ateliers organisés à l'international en matière de convergence des normes de préparation,

¹ <https://www.marchespublics.gov.ma/pmmp/IMG/pdf/InterventionMrGuiriNouveauMP.pdf>

² GUIRI (A), « Le nouveau décret des marchés publics : Une réforme globale et inclusive », Journée nationale de présentation du décret du 20 mars 2013 relatif aux marchés publics, Rabat, le 27 juin 2013.

de passation et d'exécution des marchés publics, auxquelles notre pays a participé, notamment au niveau de l'organisation mondiale du commerce (OMC) et du groupe de travail de la CNUDCI en charge des marchés publics ; En quatrième lieu, le processus de concertation a en outre, été enrichi de manière significative par les contributions, les débats et les recommandations du colloque national sur les marchés publics organisé à la Trésorerie Générale du Royaume en avril 2009, dont l'un des objectifs fondamentaux consistait à dégager les axes principaux de la réforme des marchés publics, à la lumière des dysfonctionnements ou insuffisances relevées, des attentes du secteur privé, de la société civile et des différents partenaires ;

En cinquième lieu, la réforme proposée procède, du souci de mise à profit des bonnes pratiques et du benchmark international, ainsi que de la prise en considération des engagements du Maroc pris dans le cadre d'accords d'association ou de libre échange ; En sixième lieu, le processus de concertation s'appuie également sur les propositions du ministère de l'intérieur relatives aux particularités des collectivités locales et de leurs groupements, sur quelques règlements intérieurs régissant les marchés des établissements et entreprises publics, ainsi que sur les propositions de l'ordre national des architectes pour les prestations architecturales, en vue de prévoir des dispositions adaptées aux spécificités de ces deux catégories d'organismes publics et à celles des prestations d'architectes ; En septième lieu, le décret a été largement enrichi par les observations et les propositions émanant de tous les partenaires nationaux et internationaux ainsi que des citoyens eux-mêmes, suite à sa publication à deux reprises sur le site du Secrétariat Général du Gouvernement, sachant que le décret sur les marchés publics est le premier texte à être publié sur ledit site.

La réforme des marchés publics a été conduite autour de sept principes directeurs fondamentaux : Il s'agit en premier lieu, de la consolidation des normes et principes universels régissant la commande publique en termes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des concurrents, de modernisation des outils et des procédures de passation et de gestion des marchés publics, de renforcement des garanties des concurrents, d'efficacité de l'achat public et de transparence dans le choix des attributaires. IL s'agit en deuxième lieu, de la consécration de l'unicité de la réglementation en matière de marchés publics¹.

En effet et eu égard à la nécessité d'harmonisation et de normalisation du processus d'achat public pour l'ensemble des acteurs notamment, pour les entreprises candidates à la commande publique, la réforme préconise l'adoption d'un décret unique pour les marchés de l'Etat, des établissements à caractère administratif et des collectivités locales et leurs groupements. Le principe d'unicité de la réglementation des marchés publics a été également consolidé, par l'intégration des prestations architecturales dans la cadre du nouveau dispositif des marchés publics, marquant ainsi une rupture avec une réglementation particulière pour les prestations architecturales, insuffisamment en phase

¹ <https://www.marchespublics.gov.ma/pmmp/IMG/pdf/InterventionMrGuiriNouveauMP.pdf>

avec les principes de concurrence et de liberté d'accès auxdites prestations¹. Néanmoins et tout en préconisant l'unicité de la réglementation, la réforme proposée prend largement en considération les spécificités liées aux établissements publics, aux collectivités locales et à leurs groupements ainsi qu'aux prestations architecturales, pour lesquelles des chapitres reprenant les particularités respectives ont été réservés. Il s'agit en troisième lieu de l'unification des canaux d'information des concurrents et de prospection électronique des opportunités d'affaires.

Dans le sillage de l'unification d'ordre réglementaire et en vue d'unifier également les canaux d'information des concurrents en recherche d'opportunités d'affaires indépendamment de l'organisme acheteur, le portail des marchés de l'Etat a été consacré comme portail unique, national et fédérateur de l'ensemble de la commande publique, sachant que ledit portail intègre depuis sa mise en place, toutes les administrations de l'Etat, toutes les collectivités locales et une partie importante des établissements publics à caractère administratif.

Il s'agit en quatrième lieu, de l'articulation et de la synchronisation de la réforme des marchés publics avec les réformes juridiques indissociables et complémentaires, notamment la refonte du dispositif juridique régissant la commission des marchés, l'élaboration d'un projet de loi sur le partenariat public privé, la réforme du nantissement des marchés publics, la refonte des cahiers des clauses administratives générales. Il s'agit en cinquième lieu, de la volonté de faire de cette réforme, une réforme intégrale, intégrée et inclusive, en ce sens que l'on peut dire aujourd'hui qu'il ne s'agit pas d'une énième tentative d'amendement du seul décret sur les marchés publics, mais que l'on est plutôt en présence d'une volonté de refonte globale du système de la commande publique, qui intègre toutes les dimensions de l'acte d'achat public sur le plan juridique et normatif, au niveau informatique et technologique et dans son volet managérial de formation et de développement des compétences et des expertises. Il s'agit en sixième lieu, d'une réforme fondée sur la recherche d'un équilibre entre les attentes et les exigences des différents acteurs intervenant dans le processus d'achat public.

La réforme des marchés publics met indéniablement en action des intérêts et des enjeux assez souvent divergents et parfois même antinomiques, nécessitant par conséquent, un effort de régulation et de conciliation d'un jeu complexe de pouvoir, de confrontation des intérêts et de jugulation d'une multiplicité d'exigences, d'aspirations et d'attentes. Ainsi et partant du principe qu'un bon marché public est un contact où il n'y a pas de perdant, mais que des gagnants, on peut affirmer aujourd'hui que l'ensemble des partenaires dans l'acte d'achat public peuvent y trouver leur compte².

¹ <https://www.marchespublics.gov.ma/pmmp/IMG/pdf/InterventionMrGuiriNouveauMP.pdf>

² GUIRI (A), « Le nouveau décret des marchés publics : Une réforme globale et inclusive », op.cit - p. 6.

Journée nationale de présentation du décret du 20 mars 2013 relatif aux marchés publics, Rabat, le 27 juin 2013.

L'acheteur public trouvera ainsi son compte dans cette réforme, qui lui indique de manière beaucoup plus claire et précise, comment programmer et effectuer ses achats, selon quels mécanismes et instruments il peut les passer et en fonction de quels paramètres d'efficacité, d'économie de gestion, de transparence et de sécurité juridique, il peut les conclure et les exécuter. Pour sa part, le fournisseur retiendra au moins de cette réforme, les allègements des circuits et procédures, le renforcement du processus de dématérialisation de la commande publique, l'encouragement de la petite et moyenne entreprise, l'amélioration des garanties des concurrents et des mécanismes de recours et de réclamation et la consolidation des instruments, à même de donner un contenu concret à la liberté d'accès à la commande publique, à l'égalité de traitement des concurrents et à la transparence dans le choix des attributaires.

Le citoyen contribuable, et c'est le plus importants, y trouvera lui aussi son compte à travers les mécanismes préconisés en termes de transparence et de prévention de la corruption et des conflits d'intérêts pour lui permettre d'une part, de connaître la destination de l'argent public et de jauger le degré de transparence de la dépense publique et le niveau d'intégrité des acteurs de l'achat public et d'autre part, constater de lui-même l'impact direct des investissements publics réalisés par le truchement de la commande publique. Il s'agit en dernier lieu, d'une réforme fondée sur l'intégration avisée et globale des technologies de l'information et de la communication. Cette orientation procède de notre conviction à tous que, c'est dans la dématérialisation des procédures que se feront les grands changements de l'acte d'achat public dans les années à venir, que c'est là également que gisent les économies de gestion potentielles pour l'acheteur public et le fournisseur et qu'il nous appartient à tous, d'intégrer cette dimension dans nos pratiques quotidiennes d'offres et de demandes publiques.

Pour conclure cette intervention sur le caractère intégral, intégré et inclusif de la réforme, quatre convictions a évoquer à ce niveau: La première conviction est qu'à y regarder de plus près, cette réforme vient surtout rappeler que les textes et les procédures ne sont en réalité que de simples supports d'encadrement de l'acte d'achat public, car ce qui compte en définitive, c'est plutôt l'économie du marché, la manière d'en assurer la gestion et son impact sur le déploiement des politiques publiques en termes d'efficacité, de souplesse d'exécution et de résultat sur le terrain. Le nouveau dispositif est censé donc accompagner et non se substituer à la sagesse et au comportement au quotidien de l'acheteur public et du fournisseur, car de l'œuvre d'art que peut être un acte de commande publique, il faut privilégier le tableau et non plus le cadre, comme cela a été souvent le cas¹.

La deuxième conviction est qu'il nous appartient à tous de faire de cette réforme un point d'ancrage, devant assurer le passage d'un dispositif de procédures, à une vision de véritable management de l'achat public Car, ce qui compte vraiment au niveau de l'achat public, c'est de rapprocher l'offre privée de la demande publique, dans un rapport de juste prix et de qualité, sachant que lorsqu'on se libère des contraintes du formalisme

¹ <https://www.marchespublics.gov.ma/pmmp/IMG/pdf/InterventionMrGuiriNouveauMP.pdf>

procédural, c'est sur les comportements et la déontologie de l'achat public, qu'il faut agir, mais agir ensemble, acheteurs publics, fournisseurs et organes de contrôle. La troisième conviction est que, pour faire vivre cette réforme et lui assurer un ancrage durable et une forte appropriation auprès de tous les acteurs, il est nécessaire de professionnaliser le métier d'achat public et le statut d'acheteur public. L'enjeu est tel, que l'on comprend mal pourquoi la carrière et le statut de l'acheteur public ne sont pas organisés, alors qu'ils le sont dans une fonction publique de l'emploi dans les pays anglo-saxons, avec le « contracting officier ».

C'est là, un axe qu'il faut nécessairement intégrer dans la stratégie de management de la commande publique, pour donner à la réforme toutes les conditions de succès et de durabilité. La quatrième et dernière conviction est qu'il est grand temps, d'engager une réflexion sur la codification des textes sur l'achat public au sens large du terme, à l'effet de recréer un grand code de la commande publique regroupant les marchés publics, les partenariats publics privés, les concessions et les contrats et conventions. L'on peut même se demander à ce titre, si ce n'est pas là justement, le point d'aboutissement de l'évolution naturelle du dispositif juridique régissant la commande publique, avec une véritable autorité de régulation qui jouerait pleinement son rôle en matière de veille au respect des principes et règles fondamentaux et universels de la commande publique.

La dématérialisation des contrats administratifs, au stade de leur exécution, n'est pas qu'une notion juridique, c'est avant tout une notion opérationnelle. L'augmentation des échanges et des flux sur internet accroît de façon exponentielle la contractualisation dématérialisée. Depuis le 1er janvier 2015, l'arrêté n° 20-14 du 4 septembre 2014 relatif à la dématérialisation des procédures des marchés publics est entré en vigueur¹. Les acheteurs publics se trouvent ainsi dans l'obligation d'accepter les offres électroniques via le portail des marchés publics www.marchespublics.gov.ma pour les appels d'offres dont l'estimation est supérieure ou égale à 5 millions de dirhams Hors Taxes².

Les lacunes de la loi Marocaine sur cette question de l'intégrité sont heureusement compensées par les normes techniques. Il est de ce fait, essentiel que le législateur et le juge s'astreignent à apporter des réponses claires en matière de droit public de l'internet ; car, en l'absence d'éclaircissements nous ne pourrions conclure qu'à une existence conditionnelle du contrat administratif électronique³.

¹ Arrêté du ministre de l'économie et des finances n° 20-14 du 8 kaada 1435 (4 septembre 2014) relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics, B.O n° 6300 du 21 hija 1435 (16-10-2014), p. 4197.

² <https://www.marchespublics.gov.ma/pmmp/spip.php?article119>

³ Pour n'en citer que les plus importantes : 2001 : création d'une plateforme de paiement en ligne ; 2004 : encouragement des banques à utiliser les cartes bleues sur Internet (Banque populaire et BMCI) ; 2006 : création du .ma en et adoption de la charte de nommage du .ma par l'ANRT qui reprend la règle du « premier arrivé premier servi. » et prévoit les modalités de résolution des conflits ; 2005/2010 : Plan de développement des TICS au Maroc, Stratégie E—Maroc 2010 ; 2013 : Stratégie «Maroc Numéric 2013 » visant à positionner le Maroc parmi les pays émergents dynamiques dans les technologies de l'information et de la communication, stratégie portant sur quatre axes : favoriser l'accès à l'internet et à la connaissance,

Conclusion générale

En arrivant au terme de ce travail consacré au «contrat administratif électronique - cas des marchés publics», une conclusion majeure s'impose : la dématérialisation est en marche mais les résultats sont timides, pour l'instant, elle n'est qu'à ses débuts. En effet, trois ans après l'obligation légale du 20 mars 2013¹, les craintes persistent encore pour les acheteurs publics et pour les entreprises. Les administrations ont respecté leurs obligations en s'équipant des moyens nécessaires, mais l'appropriation reste limitée. Ceci limite les gains en efficacité et en coûts de la dématérialisation. Certains problèmes technique, organisationnels et juridique persistent en entravent la bonne marche de la dématérialisation². La soumission des entreprises par voie électronique, est presque négligeable, la dématérialisation n'a pas dépassé la phase de consultation en ligne des appels à candidatures. C'est pourquoi, les mécanismes de procédures dématérialisées mis en place gagneraient probablement à être corrigés ou perfectionnés sur certains points³.

Moderniser le service public par la technologie, certainement! Mais attention : jamais il ne doit revenir à un système technique, quelles que soient sa qualité et sa sécurité, de se substituer à la collectivité publique, dont l'autonomie est maîtresse du Royaume, ni aux représentants qu'elle s'est choisis, dont la liberté est consubstantielle à la démocratie. C'est le responsable (élu ou dirigeant), et non la machine, qui doit, toujours, et même s'il est utilement conseillé, conserver le choix, la décision, à tout moment de la procédure de dématérialisation du contrat administratif. C'est lui, et non l'opérateur, qui doit demeurer libre du choix des outils, logiciels ou matériels, complétant ou accompagnant le système d'échanges sécurisés - à l'opérateur le seul devoir d'y être compatible.

Autant dire que la dématérialisation des contrats administratif dont les marchés publics sont un exemple ne sera le levier attendu de la révolution économique de l'achat public que si l'administration, la collectivité, l'établissement publics qui doivent la mettre en

développer le programme e-gouvernement, améliorer l'informatisation destinée aux Petites et Moyennes Entreprises afin d'accroître leur productivité, et soutenir les acteurs TICs locaux ou exerçant en Offshore.

¹ En 1999 le Maroc adhère aux principales conventions de l'OMPI : Traité de coopération en matière de brevet (1999) ; Traité sur le droit des marques ; Traité sur les interprétations et exécutions et phonogrammes ; Traité de droit d'auteur et arrangement de Lisbonne concernant la protection des appellations d'origine et leur enregistrement international (2011) ; Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale du dépôt des micro organismes aux fins de la procédure en matière de brevets (2011) ; Accord de Strasbourg relatif à la classification internationale des brevets : approuvé en conseil de ministres (2012).

² Juge Nancy GERTNER, dans l'affaire Digital Equipment Corp. C. Altavista Technology Inc., 960 F. Supp. 456 (D. Mass. 1997), cité par M. GEIST, « Y a-t-il un "là" là? Pour plus de certitude juridique en rapport avec la compétence judiciaire à l'égard d'internet », Étude commandée par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada et Industrie Canada, version 1.3, 76 p., disponible au <http://www.chlc.calfr/c1s/internet-jurisdiction-fr.pdf>, note 173, p.1 ; A.BRAHMI, « La conclusion du contrat par voie électronique », R.J.L, 2000, n°2, p.9.

³ LAJOIE (Th), et HISLAIRE (L), «les marchés publics dématérialisés», éd Le Moniteur, 4 avril 2004, p. 10.

place pour en bénéficier, la maîtrisent¹. Ce développement de la contractualisation de l'usage et du recours à internet va-t-il bouleverser les règles de droit? Le recours aux technologies nouvelles va-t-il révolutionner le formalisme caractéristique du contrat administratif, à tout le moins, celui des marchés publics? Ou bien, internet ne suppose-t-il pas de nouvelles méthodes de définition des procédures internes? Nous possédons maintenant tous les outils conceptuels et juridiques, nous permettant d'apporter une réponse à ces questions, réponse qui nous conduira, à la fin, à établir la véritable portée de la dématérialisation tant à l'égard de la conclusion des contrats publics qu'au regard de leur exécution.

Au vu des éléments exposés, le choix d'une solution de dématérialisation des marchés publics pérenne et juridiquement fiable commande de prendre en considération au moins trois aspects. Il faut vérifier que celle-ci est conforme en tous points avec le décret des marchés publics, qu'elle respecte l'égalité de traitement entre les soumissionnaires et se calque sur la procédure «papier». De prime abord, il semble que, au fond, rien ne change.

La dématérialisation ne serait en fait qu'un ensemble de techniques et de règles d'organisation, permettant d'optimiser économiquement le processus d'achat public, auquel est reconnue une valeur juridique puisqu'il respecte les règles de la commande publique. Et à M. Guillou d'ajouter que la dématérialisation n'entraîne, en vérité, «qu'un changement des modes de formalisation et de transmission des pièces d'un marché public²» sans modifier les étapes de passation des marchés publics prévues par la procédure papier.

En conséquence, il peut être préférable d'ajuster les textes législatifs aux évolutions des technologies, plutôt que d'adapter les technologies aux textes de lois au risque de créer de l'instabilité juridique. Ainsi, respecter à la lettre le principe du parallélisme des formes semble quelque peu trop restrictif dans un contexte de développement de l'administration électronique. Dès lors, la véritable problématique juridique du contrat administratif électronique est liée à la sécurité des transactions "en ligne" et consiste à faciliter la preuve de l'intégrité des communications et d'identification des partenaires commerciaux sur le réseau.

De remèdes infailibles, le présent travail ne prétend pas offrir. Cette étude se contente d'indiquer quelques pistes de réflexion pour tenter de maîtriser les impératifs et mécanismes pratiques de la dématérialisation. Puisque celle-ci reste perçue positivement par les acheteurs publics et les entreprises.

Or ; il reste légitime de se demander si, en fin de compte, l'électronique ne risque pas de "révolutionner" la procédure contentieuse ?

¹ EL HADDAD (A.M) et JARI (A.M), « La dématérialisation de la commande publique gage de transparence et de bonne gouvernance, Direction de la Réglementation et de la Normalisation Comptable Rabat, le 3 décembre 2010, consulter sur : <http://www.icpc.ma/wps/wcm/connect/026df0>

² GUILOU (Y.R), «Le régime juridique de la dématérialisation», in Lajoie (Th) et HISLAIRE (L) (dir.), « Les marchés publics dématérialisés », Paris. Le Moniteur. Coll. «Guides juridiques», 2004, p.39.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES EN LANGUE FRANÇAISE :

- ✓ ABDALAOUI (I.A), «Les moyens de preuve en droit marocain », éd. Imprimerie Anajah El Jadida, 1990, Casablanca.
- ✓ ACCARDO (Ch.), «la dématérialisation des procédures de passation de marchés publics », D.E.S. De Droit Public des Affaires, Université de Paris X – Nanterre, septembre 2000.
- ✓ ACKERMAN (J.M). et Sandoval-Ballesteros (I.E), The Global Explosion of Freedom of Information Laws, administrative Law Review, Volume 58, Number 1, Winter 2006.
- ✓ ALLEN (T) et WIDDISON (R), "Can computers make contracts?" , Harvard Journal of Law and Technology, 9-1, 1996.
- ✓ AMMAR (D), «preuve et vraisemblance : contribution à l'étude de la preuve technologique », RTD civ, juillet-septembre 1993.
- ✓ AUBY (J.F), «observations sur le contrôle de légalité », la gazette des communes, 3 mars 1997.
- ✓ AUBY (J.F), « Pour la doctrine relative au contrôle de légalité, la décentralisation fait-elle naître de nouvelles tutelles ?», AJDA, 1984.
- ✓ AUTRET (T), BELLEFIN (L) et. OBLE LAFFATRE (M.-L), «sécuriser ses échanges électroniques avec une PKI », Paris, Eyrolles, 2002.
- ✓ BANAT-BERGER (F) et RABINEAU (Y), «Les actes authentiques électroniques, réflexion juridique prospective », L'établissement et la conservation des actes authentiques dématérialisés : problématiques, Paris, Mission de recherche, Droit et Justice, La Documentation Française, 2002.
- ✓ BART (J), « Archives ; Droit dans les archives », Paris, Lamy-PUF, 2003.
- ✓ BARTHE (E), « réutilisation des données publiques : transposition de la directive du 17 novembre 2003, un blog pour l'information juridique, 2 janvier 2006.
- ✓ BARTHELEMY MERCADAL, « Droit des affaires - Contrats et droit de l'entreprise », Mémento Pratique Francis Lefebvre, Levallois, éd Francis Lefebvre, 1996.
- ✓ BAUDOUIN (J.L), « Les obligations », Yvon Blais, Cowansville, 1993.
- ✓ BELLANGER (F.), «Les présomptions d'authenticité et de sincérité des actes administratifs »RDP, 1968.
- ✓ BELLEUVRE (Ch), «conseil d'Etat : la communication des motifs de rejet d'une offre est une obligation de publicité », Achatpublic.com, 22 août 2006.

- ✓ BELOULOU (V), «les téléprocédures : un enjeu essentiel pour les citoyens et pour l'Etat », AJDA, aout 2011,
- ✓ BERTUCCI (J.-Y.) et DOYELLE (A.), «L'activité des chambres régionales des comptes - L'examen des conventions relatives aux marchés ou à des délégations de service public », AJDA, 20 mars 1995.
- ✓ BLOCH (F.), SAUGRAIN (J.) et DURET (B), «Le prestataire de service de certification : émergence d'une nouvelle profession ?», Com. com. électr., sept., chron. 21, 2001.
- ✓ BOCHURBURG (L), « Internet et commerce électronique », DELMAS, 2ème éd. 2000.
- ✓ BOITEAU (Cl.), « Contrats administratifs par détermination de la loi », J.CI. administratif, vol.8, fasc. 605, 13 janvier 2009.
- ✓ BRECHON-MOULENES (C), «Choix des procédures, choix dans les procédures », AJDA, 1998.
- ✓ BRECHON-MOULENES (C), «Choix des procédures, choix dans les procédures », AJDA.
- ✓ BRISSON (J.F), «le contrôle de légalité dans la loi du 13 aout 2004 », AJDA, 24 janvier 2005.
- ✓ BRISSON (J.F), « faut-il réviser le contrôle de légalité ? », gestion et droit des collectivités locales, nouveaux horizons, vingt ans après la loi du 2 mars 1982, Actes du colloque de Bordeaux, Gaz. Communes, cahier détaché, 5 mai 2003.
- ✓ BRUGUIERE (B), «l'administration électroniques au service des citoyens », Bruxelles, Bruyant, 2003, (dir). Dans son ouvrage les données publiques et le droit Paris, Litec, 2002.
- ✓ BRUGUIERE (J.M), « l'exécution du contrat électronique », in HALLOUIN (J.CI) et CAUSSE (H) (dir), le contrat électronique au cœur du commerce électronique, actes des journées d'études du 18 mars 2004 et du 10 mars 2005 à Poitiers, Tome 10, Paris, LGDJ, coll. Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2005.
- ✓ BRUNELLI (P), le contrôle de légalité, Paris, LGDJ, 1998.
- ✓ BRUNET(P), « la sécurité juridique, nouvel opium des juges ? », Paru dans Frontières du droit, critique des droits, billets d'humeur en l'honneur de Daniel Lochak, sous la (dir.) de Champeil-Desplats (V) et FERRE (N), Paris, LGDJ, 2007.
- ✓ CABANES (A) et GAUDILLERE (P), «la dématérialisation des marchés publics : une réforme prometteuse mais inachevée », LPA, 28 mai 2003.
- ✓ CACHARD (O), «Les modes électroniques de règlement des litiges», Com. Com. élec. décembre 2003.

- ✓ CACHARD (O), «La régulation internationale du marché électronique», Paris, LGDJ, 2002.
- ✓ CANTERO (A), «la dématérialisation des actes des collectivités locales : réalité ou vœu pieux ?», BJCL, juin 2004.
- ✓ CAPRIOLI (E.A) et RENAUD (S), «Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales», J.D.I. T.2, 1997.
- ✓ CAPRIOLI (E.A), «Sécurité et confiance dans le commerce électronique, signature numérique et autorité de certification», J.C.P. 1998, éd. G, I, 123.
- ✓ CARBONNIER (J), «Droit civil, Les biens », 19^{ème} édition, Dalloz 2005.
- ✓ CARBONNIER (J), «Droit civil - Les obligations », tome 4, Paris, Thémis, PUF, 1992.
- ✓ CASTELLS (M.), «la galaxie Internet », éd. Fayard, Paris, 2001.
- ✓ CATALA (P) et GAUTIER (P.Y), « L'audace technologique de la Cour de Cassation », J.C.P, éd G, 1998.
- ✓ Catala (P), « Ecriture électronique et actes juridiques », in Mélanges Michel Cabrillac, Paris, Litec, 1999.
- ✓ CATALA (P.), « l'engagement électronique de l'entreprise », Revue des sociétés, chron, 2000.
- ✓ CATINAT (M), « Entrer dans la société de l'information – l'enseignement américain », Futuribles, mai 1999.
- ✓ CHAMOUX (F), « la loi du 12 juillet 1980 : une ouverture sur le nouveau moyen de preuve », JCP, I, 3008, 1981.
- ✓ CHAVERON (S), « les conditions de passation d'un avenant », MTP, 27 juin 1997.
- ✓ CHEVALIER (J), « l'existence d'un droit administratif est indissociable de la création d'un juge spécial », in Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie, le droit administratif en mutation, Paris, Puf, 1993.
- ✓ CHEVALLIER (J), «L'ordre juridique », dans CHEVALLIER (J) et LOCHAK (D), (dir.), Le droit en procès, Paris, PUF, CURAPP, 1983.
- ✓ COHEN (D) et DEBONNEUIL (M), « la nouvelle économie, rapport du conseil d'analyse économique » la documentation française, 2000.
- ✓ CORNU(G), « vocabulaire juridique », association H. Capitant, Paris, PUF, 6^{ème} éd, voir dématérialisation, 2004.
- ✓ COUPEZ (F) et GAILLIEGUE (C), « vers une signature électronique juridiquement maîtrisée », Comm. Com. électr., novembre 2002.

- ✓ CRUCIS (H. »M.), Droit des contrôles financiers des collectivités territoriales », Paris, AJDA-Le Moniteur, 1998.
- ✓ CURTELIN (Chr), « l'utilisation des liens hypertextes, des frames ou des métas-tags sur les sites d'entreprises commerciales » DIT, 1999 /3.
- ✓ DABIN(L), « la dématérialisation et la circulation scripturale des valeurs mobilières dans le cadre des marchés financières », RIDE, 1997.
- ✓ DAJ, guides et recommandations, « dématérialisation des marchés publics », GUIDE PRATIQUE, version 20 décembre 2012.
- ✓ DARETTE (U), Internet et commerce électronique en droit international des affaires, Bruxelles, Bruylant, 2003.
- ✓ DE BOTTINI (R), «Détermination de la juridiction compétente et commerce électronique international entres professionnels», in RAYNAUD, dir, les premières journées internationales du droit du commerce électronique, actes de colloques de Nice des 23, 24 et 25 octobre 2000, LITEC.
- ✓ De LAUBADERE (A), «Le contrôle de la légalité des actes administratifs par les tribunaux judiciaires du Maroc ». G.T.M., 1943.
- ✓ DE LAUBADERE (A), VENÉZIA (J.C) et GAUDEMET (Y), « droit administratif », Paris, LGDJ. 17^{ème} éd, 2002.
- ✓ De ROY (D), « La dématérialisation des procédures liées aux marchés publics : enjeux, défis et opportunités actuelles », l'entreprise et le droit, 2001/4.
- ✓ DEBBACH (CH.), « Droit administratif », Paris, Economica, 2001.
- ✓ DEBBASCH (CH), « Procédure administrative contentieuse et Procédure civile », 1962.
- ✓ DEBBASCH (CH.), « droit administratif », Paris, Economica, 6^{ème} éd. 2001.
- ✓ DEMENTHON (H), « des contrats en la forme administrative », D. chron. 1946.
- ✓ DEPLANQUE (L), LOBET-MARIS (C), NAVARRE (F) et POULLET (Y), "Vous avez un message : administration publique et courrier électronique : guide de bonnes pratiques", Namur, Presses Universitaires de Namur, 2004.
- ✓ DIYAÂ TOUMLILT (M), « le commerce électronique au Maroc – Aspects juridiques », Imprimerie les Editions Maghrébines, Casablanca, 2008.
- ✓ DRUCKER (P) et HERVIER (G), « le commerce électronique – vendre en ligne et optimiser ses achats », éd. Editions d'Organisation, Paris, 2000.
- ✓ DUTOIT (B) « Quand le virtuel débouche sur le réel, le DIP conventionnel à l'épreuve des contrats conclus sur internet », dans mélanges offerts à Jean Pierre Sortais, Bruxelles, Bruylant, 2002.
- ✓ ELLUL (J), « Le système technicien », Paris, Calmann-Lévy, 1977.

- ✓ FALLON (M) et MEEUSEN (J), « Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé », Rev. Crit. D.I.P., 91 (3) juillet-septembre 2002.
- ✓ FAUSSE (A), « la signature électronique » ; éd Dunod, 2001.
- ✓ FONT (N), « l'erreur et le dol dans les contrats administratifs », in PONTIER (J.M) (dir), Droit civil et droits, Aix- en- province, PUAM, 2005.
- ✓ FOYER(J), « la dématérialisation des valeurs mobilières en France », in Mélanges Flattet (G), Lausanne, Payot, 1985.
- ✓ FRAYSSINET (J.), « Bases de données comportementales sur les consommateurs et Cnil », commentaire de l'arrêt du Conseil d'État du 30 juillet1997, Expertises, janvier 1998.
- ✓ FROGER (D), « contribution notariale à la définition de la notion d'authenticité », Defrénois, 15 février 2004.
- ✓ FUENTES-CAMACHO (T.), « Les dimensions internationales du cyberspace », Paris - Economica, 2000.
- ✓ GAUDEMET (Y) et BERBARI (M), « le contrôle de légalité des actes des collectivités locales », Paris, Ed. Du Cridon, coll. « Conférences », 1999.
- ✓ GAUTIER (P.Y), et LINANT DE BELLEFONDS (X) « de l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent », JCP, I, 2000.
- ✓ GAUTRAIS (V) et BENYEKHEF (K), « Contrat de communication électronique de longue durée entre commerçants utilisant un "réseau ouvert" », dans Daniel POULIN, Éric LABBÉ, François JACQUOT et Jean-François BOURQUE, Guide juridique du commerçant électronique, Montréal, Thémis, 2003.
- ✓ GAUTRAIS (V), « La formation des contrats par télécopieur », 1995, 25 R.J.T.
- ✓ GAUTRAIS (V), « Les principes UNIDROIT face au contrat électronique », 36-2 Thémis 48, 2002.
- ✓ GAVALDA (Ch), « La signature par griffe (A propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 décembre 1958), J.C.P. 1960, éd. G, I, 1579.
- ✓ GHALI (A), « des thèmes dans l'informatique et le droit », Imprimerie, BOUKILI IMPRESSION, Kenitra, 1997.
- ✓ GHESTIN (J), « Les obligations - le contrat : formation », LGDJ, Paris, 1988.
- ✓ GILBERT HOTTOIS, « Le signe et la technique », Paris, Éditions Aubier Montaigne, 1984.
- ✓ GOBERT (D) et MONTERO(E), loc. cit, note 14 ; LECOCQ (P) et VANBRABANT(B), « Le Commerce électronique : un nouveau mode de

contracter ? », « La preuve du contrat conclu par voie électronique », liège, éditions du jeune barreau de Liège, 2001.

- ✓ GRELIER-WYCKOFF (P), « le mémento des marchés publics de travaux », paris, Eyrolles, 3^{ème} éd ; 2007.
- ✓ GROSSEN (J.M) « Les personnes physiques », Traité de droit privé suisse, tome II, 2, Fribourg, 1974.
- ✓ GRYNBAUM (L), « Les équivalents électroniques des écrits exigés ad validitatem », Comm. Com. électr., sept. 2005.
- ✓ GRZEGORCZYK (Ch), « Trois modèles de l'homme juridique », in L'image de l'homme en droit, mélanges publiés à l'occasion du centenaire de l'Université de Fribourg, Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1990.
- ✓ GUIILOU (Y.R). « Le régime juridique de la dématérialisation », in Lajoie (Th) et HISLAIRE (L) (dir), « Les marchés publics dématérialisés », Paris, Le Moniteur, coll. « Guides juridiques », 2004.
- ✓ GUILLEMARD (S), « Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique. Le cadre canadien», GUILLEMARD. « Le cyberconsommateur est mort, vive l'adhérent » in JDI, 2004.
- ✓ GUILLEMARD (S), « Le cyberconsommateur est mort, vive l'adhérent » in JDI, 1 J.D.I 5, 54 notes 203 et 204. 2004.
- ✓ GUILLIEN (R) « Lexique des termes juridiques », et Jean MONTAGNIER, éd. DALLOZ, 14^{ème} éd, 2003.
- ✓ GUILOU (Y.R), « Le régime juridique de la dématérialisation », in Lajoie (Th) et HISLAIRE (L) (dir.), « Les marchés publics dématérialisés », Paris. Le Moniteur. Coll. « Guides juridiques », 2004.
- ✓ HABERMAS (J.), « La Technique et la Science comme idéologie (1963) ", trad. LADMIRAL (J.R), Paris, éd. Denoël, 1973.
- ✓ HAMADÉ (F), « les mécanismes d'enchères : les apports de la théorie et quelques expériences récentes - dans les secteurs de l'énergie et des télécommunications », CREDEN (LASER), Université de Montpellier I, Mars 2003.
- ✓ HELIN (J.C), «le contrôle de légalité des actes locaux en France », AJDA, 1999.
- ✓ HOLLEAUX (A), « Le secret professionnel », Le Monde 24 mai 1981.
- ✓ HOTTOIS (G). « Le signe et la technique », éd. Aubier Montaigne, Paris 1984.
- ✓ HOURCADE (J.CH), LALOË (F) et Spitz (E), « Longévité de l'information numérique – les données que nous voulons garder vont-elles s'effacer ? », mars 2010.
- ✓ HUET (F), « La fiscalité du commerce électronique », Paris- Litec, 2000.

- ✓ HUET (J), «Libres propos sr la protection des consommateurs dans commerce électronique», dans mélanges offerts à Jean-GALAIS-AULOY, in DU MARAIS (B) (dir). L'administration électronique au service des citoyens, Bruxelles. Dalloz, 2004.
- ✓ JACCARD (M), « la conclusion de contrats par ordinateur : aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI), BERNE, Stampfli, 1996.
- ✓ JEROME (H), « Aspects juridiques du commerce électronique : approche internationale », Petites affiches, 26 septembre 1997.
- ✓ JEZE (G), «L'arme la plus efficace, la plus économique, la plus pratique qui existe au monde pour défendre les libertés», annuaire de l'institut international de droit public, 1929.
- ✓ JEZE (G), « les contrats administratifs » tome II, Paris, Giard, 1932.
- ✓ JOLY (C), « le paiement en ligne, sécurisation juridique et technique », Hermès science 2005.
- ✓ JULIA-BARCELO (R), MONTERO (É) et SALAUN (A), « La proposition de directive européenne sur le commerce électronique : questions choisies », dans CAHIERS DU CRID, Commerce électronique : le temps des certitudes, Bruxelles, Bruylant, 2000.
- ✓ JVLIA-BRLELO (R), et MONTERO (E) et SALVANN (A) « la proposition de directive européenne sur le commerce électronique : questions choisies, in commerce électronique le temps des certitudes », Cahiers du centre de recherches : Informatique et droit, Namur (Belgique) Bruylant Bruxelles- Beyrouth, 2001
- ✓ KAPLAN (D), Internet : les enjeux pour la France, Paris, A.F.T.E.L, 1995.
- ✓ KASSIM (M.H), « Le droit de la preuve - en droit civil et commercial », éd. Publications EL Halabi EL Hokoukia, Beyrouth, 2001.
- ✓ KAUFMANNKOHLE (G), «Internet : mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges » in Internet : Quel tribunal décide ? Quel droit s'applique?, s. dir. Boele-WOELKI (K) et KESSEDJIAN (C), La Haye, Kluwer, spéc, 1998.
- ✓ KESSLER (D), « Le contrat administratif face à l'électronique : Peut-il exister un contrat administratif électronique ? », mémoire en vue de l'obtention du DESS session de septembre 2003.
- ✓ LABARTHE (F), « La notion de document contractuel », Paris, L.G.D.J., Bibl. Dr. Privé, Préface de Jacques Ghestin, tome 241.
- ✓ LAJOI (TH) et HISLAIRE (L), « les marchés publics dématérialisés », guide juridique, éd. LE MONITEUR, 2004.

- ✓ LAJOIE (Th), et HISLAIRE (L), « les marchés publics dématérialisés », éd Le Moniteur, 4 avril 2004.
- ✓ LAJOIE(TH), « les marchés publics dématérialisés », Paris, Le Moniteur, 2004.
- ✓ LAMARQUE (D.) et MILLER (G.), « L'impact des technologies de l'information sur les contrôles des juridictions financières », AJDA, 12 avril 2004.
- ✓ LAQUEY (T), « Sésame pour Internet », Paris, 1994.
- ✓ LARRIEU (J), « Les nouveaux moyens de preuve : pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privés? (Contribution à l'étude des notions d'écriture et de signature), Cahiers du droit de l'informatique, novembre 1988, fasc. H. (1^{ère} partie) et décembre 1988, fasc. I, (2^{ème} partie).
- ✓ LASSERRE (B) et DELARUE (J.M), « Chronique de jurisprudence administrative française », AJDA, 1983.
- ✓ LAUBADERE (A.De), « traité de contrat administratif », Paris, LGDJ, 1983, 2^{ème} éd, T. I.
- ✓ LAUBADERE (A.De), VÉNÉZIA (J.C) et GAUDEMET (Y), « droit administratif », Paris, LGDJ, 17^{ème} éd, 2002.
- ✓ LEBRETON (J.P) et MANSON (S), « Le contrat administratif », Paris, Doc. Iir, coll. Documents d'étude, 1999.
- ✓ LELERCO (P), « le commerce électronique des produits immatériels », Comm. Com. élect, février 2000.
- ✓ LICHERE (F), « les procédures adaptés », contrats et marchés publics, aout-sept. 2006.
- ✓ LICHERE (F.), « Droit des contrats publics », Paris, Dalloz, coll. « Mémentos », 2005.
- ✓ LINANT DE BELLEFONDS (X) et HOLLANDE (A), « Pratique du droit de l'informatique », 4^{ème} éd., Paris, Delmas, 1998.
- ✓ LINANT DE BELLEFONDS (X), « informatique et droit de la preuve » Paris, éd, Des Parques, AFDIT, 1987.
- ✓ LONG (M), WEIL (P), BRAIBANT (G), DELVOLVE (P), Genevois (B), « les grands arrêts de la jurisprudence administrative », 12^{ème} édition, Dalloz, 1999.
- ✓ LORENZ (F), « commerce électronique : une nouvelle donne pour les consommateurs, les entreprises, les citoyens et les pouvoirs publics », MINEFI, 7 janvier 1998.
- ✓ LUCAS DE LEYSSAC (C), « les conventions sur la preuve en matière informatique », in LINANT DE BELLEFONDS (X), (dir.), informatique et droit de la preuve, Paris, éd. Des Parques, AFDIT, 1987.

- ✓ LUCHAIRE (F), « La séparation des autorités administratives et judiciaires au Maroc », Penant, Droit, 1946.
- ✓ MAISL (H). « Formalisme et preuve en droit public », in HUET (J) et MAISL (H), dir., Droit de l'informatique et des télécommunications, Paris, Litec, 1989.
- ✓ MALAURIE (Ph) et AYNES (L), « droit civil, les contrats spéciaux », Paris, éd. Cujas, 1999.
- ✓ MALAURIE (PH), « l'authenticité », Paris, éd ; du CRIDON, intervention du 4 avril 2001.
- ✓ MALAURIE (Ph), YNES (L), et SOTOFFEL-MUNCK (Ph), « les obligations », Paris, Defrénois, 2ème éd, 2005.
- ✓ MANDELKERN (D), «Des moyens nouveaux au service de la diffusion des données publiques.», éd ; La Documentation française, décembre 1999.
- ✓ MARCOU (G), «le régime des actes administratifs face à l'électronique», in CHATILLON (G) et du MARAIS (B), « l'administration électronique au service des citoyens », Bruxelles, Bruylant, 2003.
- ✓ MARMISSE (A), « Conflits de juridictions, commerce électronique et consommateurs en Europe » in J.RAYNARD, s.dir., Les premières journées internationales du droit de commerce électronique, LITEC, 2000
- ✓ MARTRINGE (P), « le nouveau régime des contrats électronique, revue de droit des techniques de l'information et de la communication », RDTIC 45, septembre 2005.
- ✓ MAS (F), « la conclusion des contrats du commerce électronique », éd. L.G.D.J.-E.J.A., Paris, 2005.
- ✓ MAYRAND (A), « Celui qui agit en justice suit le tribunal du défendeur », Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit, 3ème éd., Cowansville, Yvon Blais, 1994.
- ✓ MEDE, Livre blanc - Tout savoir sur le certificat la signature électroniques, Version mai 2007.
- ✓ MEDEF, « Mouvement des entreprises de France », Livre blanc sur la modernisation du droit de l'achat public, 2000.
- ✓ MEISSONNIER (G), « Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs au Maroc », R.M.D., 1949.
- ✓ MENDEL (T), « Liberté de l'information, étude juridique comparative », deuxième édition révisée et mise à jour, UNESCO, 2008.
- ✓ MICHEL (A), « Traité du contentieux administratif au Maroc », P.U.P., 1932.
- ✓ MONIER (R), « Traité du contentieux administratif au Maroc », 1935.

- ✓ MONJAL (Y), « la directive européenne sur les données publiques », in actes du colloque pour XXVe anniversaire de la loi 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, transparence et secret, 16 et 17 octobre 2003, Paris, Doc. Fr, 2004.
- ✓ MORANGE (G), « Le secret en droit public français », s'interroge sur le fait de savoir si ce mouvement législatif ne serait pas « la révolution la plus importante depuis 1789 ». D, 1978.
- ✓ MOUGENOT (R), « La preuve », éd Maison Ferd Larcier, SA, Bruxelles, 1999.
- ✓ Olivier (F), « Quels sont les enjeux de la dématérialisation des achats publics », in Le Moniteur, 15 décembre 2000.
- ✓ PACTET (P), « essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative », Pédone, 1952.
- ✓ PARISIEN (S) et TRUDEL (P), avec la collaboration de Véronique Wattiez-Larose, « l'identification et la certification dans le commerce électronique », Québec, éd. Yvon Blais, 1996.
- ✓ PATAUT (E), « Clauses attributives et clauses abusives » dans mélanges offerts à Jean GALAIS-AULOY, Dalloz, 2004.
- ✓ PEQUIGNOT (G), « Contribution à la théorie générale du contrat administratif, Thèse Montpellier, 1945.
- ✓ PEYRICAL (J.M) ; « les avenants aux marchés publics », Paris, le Moniteur, coll. « Guide juridiques » ; 200, rééd. En 2000 et en 2005 sous le titre les avenants aux contrats publics.
- ✓ PIETTE -COUDOLE (Th), « utilisation de la signature électronique : la dématérialisation documentaire dans les téléprocédures », ICARE, RNRT, 23/06/2003.
- ✓ PIGNON(S) et BANDET (D), « le nouveau code des marchés publics : quelques éclairages pratiques », AJDA, 20 avril.
- ✓ POULIN (D), LABBÉE, JACQUOT (F) et BOURQUE (J.F), « longue durée entre commerçants utilisant un "réseau ouvert" », dans « Guide juridique du commerçant électronique », Montréal, Thémis, 2003.
- ✓ PRIEUX (H), « Traité pratique du droit des travaux et des marchés publics », Paris, éd. Du Moniteur des travaux publics, 4° vol. 1968.
- ✓ RAYNOUARD(A), « la dématérialisation des procédures de la commande publique », in LICHERE (FR) (dir.) le nouveau droit des marchés public, Paris, L'Hermès, 2004.
- ✓ RENARD (I), « vive la signature électronique », Paris, Delmas Express, 2002.

- ✓ RENARD (I), « la facturation électronique, ou la révolution tranquille de la signature électronique par l'administration fiscale », JDN, 8 octobre 2003.
- ✓ RICHER (L), « Droit des contrats administratifs », 3ème édition, L.G.D.I., 2002.
- ✓ RIJKAERT (O), « Le contrat de travail face aux nouvelles technologies », Orientations, 2000.
- ✓ SCARANO (J-P), « Thème et variations sur la signature », Petites affiches du 22 mars 1991, (2^{ème} partie).
- ✓ SEFRIOUI (H), « le notariat actuel face à l'avenir – d'après les expériences pratiques vécus j'y crois », éd. Imprimerie Anajah El Jadida, Casablanca, 2005.
- ✓ SERIAUX (A), « Manuel de droit des obligations », Presses universitaires de France, Paris 2006.
- ✓ THIEFFRY (P), « commerce électronique : droit international et européen », éd. Litec, Paris, 2002.
- ✓ TREZEGUET (M), « La télétransmission des factures, l'Europe donne sa directive », Lettre du CEJEM, 5 février 2003.
- ✓ TRUDEL (P) et ALI (I), « Droit du cyberespace », Montréal, éd. Thémis, 1997.
- ✓ TRUDEL (P), LEFEBVRE (G), PARISIEN (S), « La preuve et la signature dans l'échange de documents informatisés au Québec », Québec, les publications du Québec, 1993.
- ✓ VANDAELE (Q), « la Fiscalité Indirecte des transactions électroniques, in, commerce électronique, le temps des certitudes », éd Bruylant, aout 2000.
- ✓ VERBIEST (Th) et WERY, « le droit de l'internet et de la société de l'information », droit européen Belge et Français, préface de Michel vivant, création information communication, éd LARCIER, février 2001.
- ✓ VERBIEST (Th), « La protection juridique du cyberconsommateur », Litec, 2002.
- ✓ VERET (D) et FONGUE (C), « la signature électronique va-t-elle révolutionner le formalisme des marchés publics ? », Gaz. Pal., 21-23 janvier 2001.
- ✓ VINCENT (J.Y), « Publicité de l'acte administratif », J. C l. Adm, fascicule; 2001.
- ✓ VIVANT (M), « La protection du cyberconsommateur entre tentations, tensions et hésitations », dans Mélanges offerts à Jean-GALAIS-AULOY, Dalloz, 2004.
- ✓ VIVANT (M.), « Le contrat plongé dans l'économie numérique », RDC, avril 2005.
- ✓ VOLLE (M), « Économie des nouvelles technologies », Economica, 1999.
- ✓ WEBER (Y), « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs » in, Mélanges Drago, Paris, Economica, 1996.

المراجع بالعربية

- ✓ أحمد درويش، " تأملات حول قانون التبادل الالكتروني للمعطيات القانونية، عناصر لمناقشة مدى تأثير القانون رقم 53.05 على قانون الالتزامات و العقود"، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، 2009.
- ✓ ادريس النوازلي "حماية عقود التجارة الالكترونية في القانون المغربي"، المطبعة و الوراقة الوطنية، طبعة 2001
- ✓ عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الالكترونية العربية، الكتاب الأول شرح قانون المبادلات و التجارة الالكترونية التونسي، دار الفكر الجامعي، 2003.
- ✓ عبد الفتاح الزيتوني، "تنازع الاختصاص في العقد الالكتروني"، دراسة مقارنة، المطبعة و الوراقة الوطنية، طبعة 2011.
- ✓ العربي جنان، التبادل الالكتروني للمعطيات القانونية، القانون المغربي رقم 53.05 _ دراسة تحليلية نقدية"، المطبعة و الوراقة الوطنية، الطبعة الأولى 2008.
- ✓ المختار بن احمد العطار، «العقد الالكتروني»، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء، 2009،
- ✓ نور الدين الناصري، " المعاملات و الإثبات في مجال الاتصالات الحديث"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2007.

OUVRAGES EN ANGLAIS :

- ✓ FISCHER (J. P), «Computers as agents: A proposal approach to revised U.C.C. article 2», Indiana L. J, 1997.
- ✓ GARNETT (R), « Are foreign internet infringers Beyond the reach of the law?», (Les délinquants sur internet sont-ils hors de portée de la loi ?), 3, university of New South Wales Law Journal 23(1), 2000.
- ✓ MOISE (E) et GROSSO (G.M), « transparency in government procurement : the benefits of efficient governance and orientation for archiving », document de travail, OCDE, 2001 .
- ✓ RAYMOND (T), NIMMER, « Electronic Contracting: Legal Issues», Journal of Computer & Information Law, 14, 1997.
- ✓ VLEUGELS (R), « Overview of all 90 FOIA Countries & Territories, Fringe », « Les chiffres divergent selon qu'ils incluent ou non les pays et les territoires ». Special, 2009.
- ✓ VLEUGELS (R), « Overview of all 90 FOIA Countries & Territories, Fringe », « les chiffres divergent selon qu'ils incluent ou non les pays et les territoires ». Special, 2009.

Thèses :

- ✓ BELAGUIDE (N), « La perfection de la vente en droit civil marocain », mémoire pour l'obtention d'un D.E.S en droit privé, FSJES Casablanca année universitaire 1984-1985 cote DE-pr /034.

- ✓ CANTERO (A), « Des actes unilatéraux des communes dans le contexte électronique – Vers la dématérialisation des actes administratifs? » Presse Universitaire d'Aix - Marseille, 2002.
- ✓ CHOURAKI (J), « théorie juridique de la preuve électronique », paris, LGDJ, 1968.
- ✓ DALADIER ABI-RIZK (G.), « L'internet au service des opérations bancaires et, financières », Thèse Paris II, 2006.
- ✓ DELPECH (V), «dématérialisation et sécurité des transactions », Bordeaux IV. 1996.
- ✓ DUASO CALES (R), « principe de finalité, protection des renseignements personnels et secteur public : étude sur la gouvernance des structures en réseau », thèse présentée à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit de la Faculté de droit de l'Université de Montréal et Docteur en droit de l'Université Panthéon -Assas Paris II Septembre, 2011.
- ✓ EL-ATTAR (F.A), « le marché de travaux publics », thèse paris, 1953.
- ✓ GAUTRAIS (V), « L'encadrement juridique du contrat électronique international », Thèse de doctorat déposée à l'Université de Montréal, 1998.
- ✓ GUILLEMARD (S), « Le cyberconsommateur est mort, vive l'adhérent » in JDI, 2004.
- ✓ GUILLEMARD (S), « Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial », thèse de doctorat pour l'obtention du grade de docteur en droit (LL.D.), Faculté de droit Université LAVAL QUÉBEC et Université PANTHÉON-ASSAS (PARIS II), 2003.
- ✓ IHRAI (O), « La propriété intellectuelle à l'ère de l'économie numérique », Série Thèses, Université Mohammed V- Souissi, Presses de l'institut universitaire de la recherche scientifique.2012.
- ✓ JACCARD (M), «la conclusion de contrats par ordinateur : aspects juridiques de l'échange de données informatisées », EDI, BERNE, Stampfli, 1996.
- ✓ JOUHET (C), « de la nature, des variétés et du rôle de l'acte authentique en droit privé français », thèse Bordeaux, 1930.
- ✓ PEQUIGNOT (G), « contribution à la théorie générale du contrat administratif », thèse, Montpellier, 1945.
- ✓ PLAIS (A), « la signature, condition de forme et manifestation de volonté », thèse Poitiers, 1935.
- ✓ RIBAUT, « Formes et limites de la marchandisation de l'information, pour une approche patrimoniale de l'économie de l'information», Thèse Lille, 1991.
- ✓

Mémoires :

- ✓ ACCARDO (Ch), « la dématérialisation des procédures de passation de marchés publics », D.E.S. De Droit Public des Affaires, Université de Paris X - Nanterre, septembre 2001.
- ✓ BELAGUIDE (N), « La perfection de la vente en droit civil marocain », mémoire pour l'obtention d'un D.E.S en droit privé, FSJES Casablanca année universitaire 1984-1985 cote DE-pr /034.
- ✓ CAÏD (S), « La preuve et la conservation de l'écrit dans la société de l'information », Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade Maîtrise en droit (L.L.M.), Université De MONTREAL, Faculté de droit, Décembre 2002.
- ✓ FROMENT (C), La loi applicable aux contrats du commerce électronique, mémoire de D.E.S.S de droit de multimédia et de l'informatique, Université de droit, de l'économie et de sciences sociales, Paris II, Panthéon-Assas, 2000-2001.
- ✓ KESSLER (D), « Le contrat administratif face à l'électronique : Peut-il exister un contrat administratif électronique ? », Mémoire en vue de l'obtention du DESS session de septembre 2003.
- ✓ KONÉ (M-A), « La protection du consommateur dans le commerce international passé sur internet, une analyse comparée des systèmes français canadien et québécois », mémoire en vue de l'obtention de grade de maîtrise en droit (LL.M), Université de Montréal, 2007
- ✓ LABBE (E), « Spamming en cyberspace : à la recherche du caractère obligatoire de l'autoréglementation », Mémoire de maîtrise de Droit des technologies de l'information, Université de Montréal, jui1999, lex Electronica, vol. 6, n° 1, printemps 2000.

ARTICLES :

- ✓ ADBS, «la diffusion des données publiques (2^{ème} partie)», Actualités du droit de l'information, n° 44, février 2004.
- ✓ ALKHAZINA, l'équipe de la Mission d'Expertise en matière des Marchés Publics Revue de la trésorerie générale du Royaume, spécial marchés publics, n° 7 février 2009.
- ✓ ANTOINE (M), « le droit de la preuve face aux nouvelles technologies » Brixelles, Story-Scientia, coll., Cahier du CRID, n° 7, 1992.
- ✓ ASSAYA (L) et BAUDOTN (V.), « La signature électronique par cryptographie à clé publique >>, JCP-E, n° 4, 23 janvier 2003.
- ✓ ATER (A) « Facturation électronique La formule séduit, mais... », Par édition n°4379 Le 15/10/2014.

- ✓ ATERMAN (H), « les cartes bancaires et la preuve », LPA, 29 mai 1996, n° 65, spécial « informatique, télématique et preuve ».
- ✓ AUBY (J.F) et LUCHAIRE (F), « l'exercice du contrôle de légalité » JCP-N, 2001, n°11.
- ✓ AXELLE LEMAIRE secrétaire d'état chargée du numérique auprès du ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique, « De nouvelles mesures pour moderniser les moyens de paiement des consommateurs et des entreprises », communiqué de presse, Paris, le 2 juin 2015, n° 337/647.
- ✓ BAREL (M), « la signature électronique au cœur des débats », legalis.net, juin 2001.
- ✓ BARESCH (D.) et STON (Cl.), « La directive européenne pour les signatures électroniques », LPA, 21 février 2002, n° 38.
- ✓ BENABED (S), « Les enchères électroniques inversées, un concept innovant pour l'achat public » ALKHAZINA Revue de la Trésorerie Générale du Royaume, « le programme de la dématérialisation de la commande publique au service de la transparence des marchés publics », N° 9 Août 2012.
- ✓ BENCHENEB (A), « Commerce électronique et règlement des litiges contractuels », J.C.P, n°4, 2002.
- ✓ BENOIT (J.P), « statut des conseillers municipaux », in Encyclopédie Dalloz collectivités locales, Vol.1, fasc. 263-14, n° 106.
- ✓ BENSOUSSAN (A) « L'archivage électronique », Revue, Droit des technologies avancées, Vol. 1, n° 4, 1994.
- ✓ BENSOUSSAN (A), « l'informatique et le droit », tome 2, édition Hermès, n° 2673, 1994.
- ✓ BENYEKHLEF (K), Gautrais (V), Lefebvre (G), « Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la lex electronica », R.D.A.I, n°5, 1997.
- ✓ BERANGER (A.L), «l'e-commerce serein face à la LCEN », JDN, 15mars 2005.
- ✓ BERGEL (J.L), « Théorie générale du droit », Paris, Dalloz, 1985, n° 164 et 165.
- ✓ BETTELHEIM (N), « Personal jurisdiction and the internet, cyber differences shed new light on existing conflicts », Journal of Internet Law, 2006.
- ✓ BITAN (H.), « La signature électronique : comment la technique répond-t-elle aux exigences de la loi ? », Gaz. Pal, n° spécial « droit des technologies avancées », 19-20 juillet 2000.
- ✓ BONICHOT (C) et FROMET (E), «le champ d'application du contrôle de légalité des actes des collectivités locales », JCP-N, 2001, n° 5.

- ✓ BOUTAQBOUT (A), «La dématérialisation de la commande publique : Dimensions juridiques », ALKHAZINA, Revue de la trésorerie générale du Royaume, n° 9 A o û t 2 0 1, Spécial, le programme de la dématérialisation de la commande publique au service de la transparence des marchés publics.
- ✓ BRAHMI (A), «La conclusion du contrat par voie électronique», R.J.L, n°2, 2000.
- ✓ BREBAN (Y.) et DEPADT (M.), «L'Europe à l'heure de la signature électronique», Gaz. Pal., n° spécial « droit des technologies avancées », 14-15 janvier 2000.
- ✓ BREBANY (Y.) et POTTIER (I.), «Sécurité, authentification et dématérialisation de la preuve dans les transactions électroniques (1^{er} partie), la problématique juridique des échanges électroniques face à la preuve », Gaz. Pal., 1996, n° 3-6.
- ✓ BRUERE (J.C), «Le consensualisme dans les contrats administratifs», RDP, n° 6, 1996.
- ✓ BRULARD (Y), et FERNANDEZ (P), « signature électronique : la réforme aura-t-elle accouché d'une « souris » ? » (1^{er} partie), LPA, 25 octobre 2001, n° 213.
- ✓ Bulletin d'information sur l'archivage des documents électroniques, n° 8, juillet 2002.
- ✓ Bulletin du centre d'information sur l'épargne et le crédit, Banque Paribas, n° 213, 2^{eme} trimestre 1999.
- ✓ CAPRIOLI (E.A), « Des échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives d'une part, et entre ces dernières d'autre part », JCPA, n° 13, 27 mars 2006.
- ✓ CAPRIOLI (E), «L'archivage électronique», JCP éd. G 2009 n°38.
- ✓ CAPRIOLI (E), «Le juge et la preuve électronique », loc.cit., note 17.
- ✓ CAPRIOLI (E.A) et AGOSTI (P), «la confiance dans l'économie numérique», LPA, n° 110, 3 juin 2005.
- ✓ CAPRIOLI (E.A) et CANTERO (A), «Traçabilité et droit de la preuve électronique », Droit & Patrimoine, 2001, n° 93.
- ✓ CAPRIOLI (E.A), « Ecrit et preuve électroniques dans la loi du 13 mars 2000 », J.C.P. E, supp. Cahiers de droit de l'entreprise 2000, n° 2.
- ✓ CAPRIOLI (E.A), « variation sur le thème du droit de l'archivage dans le commerce électronique », LPA, 1999, n° 164, 1^{ère} partie.
- ✓ CAPRIOLI (E-A.), «La directive européenne n° 1999 /93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques », Gaz. Pal., 29-31 oct. 2000.

- ✓ CATALA (P), «Ecriture électronique et actes juridiques », in Mélanges Michel Cabrillac, Paris, Litec, 1999.
- ✓ CHABANOL (D), «Les chambres régionales des comptes, un autre juge de la légalité ? », RFFP, n° 85,2000.
- ✓ CHAPUS (R), «droit du contentieux administratif », Paris, Montchrestien, 11ème éd; 2004, n° 745.
- ✓ CLAUDE (F) pour la Gazette des Communes, « Contrôle de légalité : à quand le zéro papier ? », n° 1638, 25 mars 2042.
- ✓ CLAUDE (H), « la pérennité des documents électroniques - points de vue alarmistes ou réalistes ? », Bulletin d'information sur l'archivage des documents électroniques n° 7, octobre 2001.
- ✓ Collectivités et signature électronique, la Gazette des Communes n°1592 du 9 avril 2001.
- ✓ Conclusions de M. Toutée sous CE, Sect, 10 juillet 1992, Ministre de l'agriculture c/ Touzan, n° 120047.
- ✓ COSSALTER (P.), « Marchés publics. Délibération de fin de procédure : une obligation incontournable ? », Le Moniteur des TPB, 10 décembre 2004.
- ✓ COSTE (L), « la lutte contre le spamming » s'organise, Cahier Lamy Droit de l'information et des réseaux, n° 153, décembre 2002.
- ✓ CUINIER (D), « Le courrier électronique et l'archivage légal _ Aspects technico-juridiques », IBM France, v.1.1, 2005.
- ✓ DE LAMBERTERIE (I), « L'écrit dans la société de l'information », loc. cit, note 15.
- ✓ DE ROY (D), « la dématérialisation des procédures liées aux marchés publics : enjeux, défis et opportunités actuelles », L'entreprise et le droit, 2001/4, « Dématérialisation des procédures de marchés publics ». Le Moniteur, n° 5259, 10 septembre 2004.
- ✓ DEKEYSER (H) et DUMORNER (J), « L'archivage du courrier électronique au sein de l'administration », R.D.T.I., 2004, no18.
- ✓ DEMOULIN (M.), « Aspects juridiques de l'horodatage des documents électroniques », In Commerce électronique : de la théorie à la pratique, Bruxelles, Bruylant, coll. « Cahiers du CRID », n° 23,200.
- ✓ DE GROOTEI (B), « L'Internet et le droit international privé: un mariage boiteux? À propos des affaires Yahoo! et Gutnick », Revue Ubiquité – Droit des technologies de l'information – n° 16/ 2003.
- ✓ EVRAT (V.), «Les ventes aux enchères à l'heure de la net économie», Cahiers Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, n° 108, août-septembre 2000, E.

- ✓ FERRERO (C.), «Contrôle de légalité : à quand le zéro papier»? Gaz. Communes, n° 1638, 25 mars 2002.
- ✓ FERRIER (D) « comment avoir confiance dans la contractualisation par voie électronique... ? », RDC, avril 2005, p.p. 548 et 549, MAGGIAR (A.A), «la conclusion de contrats par voie électronique », Gaz. Pal ; n° 320,16 novembre 2005.
- ✓ FOYER (.I), « la dématérialisation des valeurs mobilières en France », in Mélanges Guy Flattet, Lausanne, Payot, 1985.
- ✓ FRAYSSINET (J), « la signature électronique » RGCT, n°12, juillet-août 2000.
- ✓ FROGER (D), « la réception d'un acte établi sur support électronique alors que les comparants sont physiquement éloignés : mythe ou réalité ? », LPA, n° 92.7 Mai 2004.
- ✓ FROGER(D), « la réception d'un acte établi sur support électronique alors que les comparants sont physiquement éloignés : mythe ou réalité ? », LPA, 7 mai 2004, n°92.
- ✓ GAUSSE (H), « principe, nature et logique de la dématérialisation », JCP-E, n°194, 1992.
- ✓ GAUSSE(H), « principe, nature et logique de la dématérialisation », JCP-E, n°194, 1992.
- ✓ GAUTRAIS (V), « La couleur du consentement électronique », vol.16, n° 1, Les Cahiers de propriété intellectuelle 61. 2003.
- ✓ GAUTRAIS (V), LEFEBVRE (G) et BENYEKHLEF (K), «Droit du commerce électronique et normes applicables : la notion de lex electronica », (1997) Revue de droit des affaires internationales 547, note 8.
- ✓ GENTY (N), HUET (J), DUMONT (A), «les enchères électroniques "inversées" encadrées par la loi (loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises)», Comm. Com. Electr ; 2006, n°5.
- ✓ GOHIN (O), « contentieux administratif », Paris, Litec, 3ème éd ; 2002, n° 297.
- ✓ GRAHAM (J.A), « L'expression du consentement dans les contrats virtuels en droit positif Français », Editeur de Cyber-banking et Law, CBL Web-Doc. 3/1999.
- ✓ GREEN (I.T.), « Dématérialisation de factures, dématérialisation fiscale », Le 20/12/2005 par Guide informatique.
- ✓ GROSS (Th), «die informatisierung der verwaltung, verwaltungsarchiv», 2004, vol. 95, n°3.
- ✓ GRYNBAUM (L), «la loi du 13 mars 2000 : la consécration de l'écrit et de la preuve électronique au prix de la chute de l'acte authentique», Somm. Com. électr, avril 2000, chron. n° 7.

- ✓ GRYNBAUM (L), « la loi du 13 mars 2000: la consécration de l'écrit et de la preuve électronique au prix de la chute de l'acte authentique », comm. Com. électr, chron. n° 7. Avril 2000.
- ✓ GRYNBAUM (L), « la preuve littérale et la signature à l'heure de la communication électronique », Comm. Com. Elect., chron. N° 2, nov. 1999, spéc.
- ✓ GUILLOU (Y.R), « enchères électroniques inversées : vers un hard discount de l'achat public ? », ACCP, n° 19 février 2001.
- ✓ GUILLOU (Y.R), « Marchés publics et dématérialisation des procédures : trois années pour maîtriser l'e-passation », in Dossier « Les procédures dématérialisées », ACCP, n° 19, février 2003, «La dématérialisation des marchés publics », CFPA, n° 249, octobre 2005.
- ✓ GUINIER (D), « exigence d'une signature digne de confiance et d'un droit adapté aux documents et transactions électroniques », Revue Alain Bensoussan, vol.7, n°3/2000.
- ✓ GUINIER (D.), «Une signature numérique insatisfaisante est-elle encore une signature ?», Gaz. Pol., n° 105,15-19 avril 2000.
- ✓ GUINIER (D.), «Une signature numérique insatisfaisante est-elle encore une signature ?», Gaz. Pol., n° 105,15-19 avril 2000.
- ✓ HEINTZ (M), «de la nécessité de communiquer les motifs de rejet d'une offre» CP-ACCP, avril 2004.
- ✓ HENRI et MAZEAUD (L), MAZEAUX (J), CHABAS (F), «Leçons de droit civil, introduction générale», Paris, Montchrestien, 1991, v. n°401.
- ✓ HISLAIRE (L), «La négociation et les systèmes électroniques», ACCP, n°45, JUIN 2005.
- ✓ HUGUET (H.), «La dématérialisation des procédures : un défi pour 2005», la lettre du cadre territorial, n° 269,15 février 2004.
- ✓ JENARD (P,) «a développé les concepts de consommateur actif et passif », JCOE n° C59 du 5 mars 1979.
- ✓ KATZ (D), «une directive pour supprimer les atteintes à la concurrence dans la réutilisation des données publiques », JCP-A, n° 13, 22 mars 2004.
- ✓ KHALIL (J), «signature électronique : certificats qualifiés "publics" ou certificats qualifiés "privés" ?», Comm. Com .elect., chron, n° 10 avril 2003.
- ✓ La revue Tunisienne de droit 2004, Centre de Publication Universitaire, Tunis, 2005.
- ✓ LAAREJ (M), Concl. Sur TA. Agadir, 19 octobre 1995, Bouarsa, REMALD, série « Thèmes actuels », n° 9.

- ✓ LAIR (J.-S.), «de l'usage de la cryptographie», Sécurité informatique, n° 24, avril 1999.
- ✓ LAJOIE (Th), «enchères électroniques inversées : quels choix pour l'acheteur public ? », ACCP, n° 49, nov. 2005.
- ✓ LAMBERT (A), «Les chambres régionales des comptes doivent aussi devenir des acteurs de la Modernisation», RFFP, n° 85,2004.
- ✓ LANIO (M.L), «la faute est le manquement à une obligation préexistante», in Droit, Paris. LGDJ, 3^{ème} éd, Tome 2, 1949, n° 913.
- ✓ LARGUES (I), « Les achats publics en ligne changent l'administration », La lettre de la modernisation de l'Etat, n° 38, 28 août 2006.
- ✓ LEVENEUR (L), à propos de la photocopie d'un mandat de vente, Cass.civ. 1ère, 30 mai 2000, RJDA, 2000, n° 819 : JCP, 2001, II, n° 10505, note NIZARD (F), à propos de la photocopie d'un contrat d'assurance.
- ✓ LINANT DE BELLEFONDS (X), « Surenchère », Somm .com. électr, n° 3, mars 2000.
- ✓ LIPOVEHY (S), et WEISZ (G), «dématérialisation des échanges, vers une extension du principe de précaution », Expertises, n° 298, décembre 2005.
- ✓ LIPOVETSKY (S), «la sécurité juridique : opportunité ou menace pour la dématérialisation des documents ?», la lettre de la confiance, n°5, mai 2005.
- ✓ MALECKI (C), «Regards sur le formalisme cambiaire à l'heure de la signature électronique», JCP-E, 2000, n°51_52.
- ✓ MARCOU (G), «le régime des actes administratifs face à l'électronique », in CHATILLON (G) et du MARAIS (B), «l'administration électronique au service des citoyens », Bruxelles, Bruylant, 2003.
- ✓ MARTIN (S), « contrôle a posteriori de la légalité des actes des collectivités locales », Paris, Berger-Levrault, 1990, p. 366 ; VERPEAUX (M), «les actes des collectivités territoriales», LPA, 2001, n° 95, Spéc.
- ✓ MARTINGE (P), «le nouveau régime des contrats électronique, revue de droit des techniques de l'information et de la communication», RDTIC 45, septembre 2005.
- ✓ MENEMENIS (A.) et RICHER (L.), «Dialogue et négociation dans la procédure de dialogue compétitif, « ACCP, n° 45, juin 2005.
- ✓ MICHON (J), «Marchés publics. Les enjeux de la dématérialisation», Le Moniteur, 10 septembre 2004.
- ✓ MOUTON (D), «dématérialisation des marchés publics : du rêve à la réalité», la lettre de la confiance, n° 4janvier 2004.

- ✓ NIZARD (F), «conditions pour qu'une photocopie soit une copie fidèle et durable au sens de l'article 1348 alinéa 2 du code civil », KCP, n°14, 4 avril 2001, II, 10505.
- ✓ OBLE-LAFFAIRE (M.-L.), «Première position de la CNIL sur le régime de la signature électronique », Expertises, nov. 2002.
- ✓ OLIVEIRA (P.de), «la signature électronique qualifiée : la nouvelle arlésienne pour temps moderne ?», Expertises, n° 304 juin 2006.
- ✓ OLIVIER (F), et BARLY (E), « Des réseaux aux autoroutes de l'information, révolution technique ou révolution juridique », J.C, doctrine 3926, éd G n° 17_18, février 1996.
- ✓ OMB Circular A-130 a été modernisée en 1993, et publiée au Federal Register, n° 61, 20 février 1996.
- ✓ PACAULT (J.F), « le guide technique pour la sécurité de la dématérialisation des achats publics », version du 20 avril 2005.
- ✓ PASSA (J), « Le contrat électronique international : conflits de loi et de juridictions », Communication Commerce électronique, Mai 2005, n° 5.
- ✓ PASSA (J), «Commerce électronique et protection du consommateur», D.2002, n°6.
- ✓ PERTEGAS SENDER (M), « Les consommateurs internautes face au nouveau droit de la procédure internationale : du régime conventionnel au régime communautaire », Journal des tribunaux, 17 février 2001, n°6000.
- ✓ PIETTE-COUDOL (Th.), « La qualification des prestataires de services de certification électronique (à propos de l'arrêté du 31 mai 2002) », Cahiers Lamy droit de l'informatique, n° 149, juillet 2002, D.
- ✓ PIETTE-COUDOL (Th.), «Qualification et responsabilité des prestataires de services de certification électronique », Cahiers Lamy droit de l'informatique, n° 173, F, octobre 2004.
- ✓ PIETTE-COUDOL (Th), «classification des signatures électroniques et typologie des emplois », Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux », n° 149, juillet 2002, D.
- ✓ POTTIER (I), « Signature électronique : dernière étape avant l'adoption du projet de directive », Revue Alain Bensoussan - Droit des technologies avancées, vol. 6, n° 9 / 1999.
- ✓ PTETTE-COUDOL (Th), « Un nouveau décret applicable à la signature électronique », Cahier Lamy droit de l'informatique et des réseaux, n° 147, mai 2002, B.
- ✓ Question écrite n°16888 du sénateur Bernard Piras, JO sénat, 31 mars 2005.

- ✓ RAYNOUARD (A), « le droit de l'écrit électronique », LPA, 2001, n° 65.
- ✓ Revue de la jurisprudence et de la législation 44ème année Novembre, Tunis, 2002.
- ✓ Revue de la trésorerie générale du royaume, Programme de Dématérialisation de la Commande Publique (PDCP), Plate-forme d'échange commune entre les acheteurs publics et les fournisseurs, n° 23 janvier 2013.
- ✓ REYNIS (B), « la LCEN : une loi nécessaire ! », RDC, 1^{er} avril 2005, n° 2.
- ✓ ROJINSKY (C) et TEISSONNIERE (G), « l'encadrement du commerce électronique par la loi française du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique », in les lois de la société numérique : responsables et responsabilités, conférence organisée par le programme international de coopération scientifique, Montréal, 7 octobre 2004, JCP, 1^{er} septembre 2004, n° 36.
- ✓ TABAKA (B), « de l'accès à la réutilisation : le nouveau régime applicable aux données publiques », RLDI, n° 7 juillet 2005.
- ✓ TABAKA (B), « Les nouvelles technologies et la consommation : bilan de la conférence », un petit blog sur le e-commerce, 28 avril 2006.
- ✓ TAUSSE (H), « principe, nature et logique de la dématérialisation », JCP-E, n° 194, 1997.
- ✓ TERRE (F), « Introduction générale au droit », Paris, Dalloz, 1991, n°495- n°485.
- ✓ THOUMYRE (L.), « L'échange des consentements dans le commerce électronique » L'ex Electronica, vol.5, n°1, printemps 1999.
- ✓ TREBULLE (F.G), « la réforme du droit de la preuve et le formalisme », LPA, 2000, n° 79- 45.
- ✓ VIVANT (M), « le commerce électronique, défi pour le juge », D., 2003, n°10.
- ✓ VIVANT (M), « Le contrat plongé dans l'économie numérique », RDC, n° 10 avril 2005.
- ✓ Weiss (P) & Backlund (P), et Fiscal Year 1999 Information Collection Budget of the US Government – Chapter 5 : «From Collection to Dissemination: How the Government Manages and Uses Information.», OMB, 1999.

COLLOQUES :

- ✓ Colloque International sur les Finances Publiques sous le thème : « L'Etat territorial au Maroc et en France : quelles synergies entre les finances de l'État et les finances des collectivités territoriales? » Rapport introductif, NOUREDDINE BENSOUDA Trésorier Général du Royaume, Rabat, le 12 septembre 2014.
- ✓ Colloque international, sur l'administration électronique au service des citoyens, des 21 et 22 janvier 2002 organisé par le Conseil d'Etat et l'Université Paris I.

- ✓ DIDIER (L), « les TIC et le nouveau code des marchés publics... un rendez-vous manqué ? », du colloque international, sur l'administration électronique au service des citoyens, de 12 janvier 2002 organisé par le Conseil d'Etat et l'Université Paris.
- ✓ EL HADDAD (A.M) et JARI (A.M), « La dématérialisation de la commande publique gage de transparence et de bonne gouvernance, Direction de la Réglementation et de la Normalisation Comptable Rabat, le 3 décembre 2010.
- ✓ FALQUE-PIERROTIN (L), « prévention et règlement des litiges dans l'administration en ligne », acte du colloque international, sur l'administration électronique au service des citoyens, de 12 janvier 2002, organisé par le Conseil d'Etat et l'Université Paris 1.
- ✓ FAUVARQUE-COSSON (B), «Le droit international privé classique à l'épreuve des réseaux », dans Le droit international de l'internet : actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, Georges CHANTILLON, dir., l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpège, Bruxelles, Bruylant, 2000.
- ✓ GERTNER (N), dans l'affaire Digital Equipment Corp. C. Altavista Technology Inc., 960 F. Supp. 456 (D. Mass. 1997), cité par M. GEIST, « Y a-t-il un "là" là? Pour plus de certitude juridique en rapport avec la compétence judiciaire à l'égard d'internet », Étude commandée par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada et Industrie Canada, version 1.3, note 173, 1997.
- ✓ HARSI (A), «Droit d'accès à l'information et aux documents administratifs : rôle du recours à la justice en droit marocain», in Association Adala, le Droit d'accès à l'information : la loi, l'administration et la justice: travaux d'un séminaire national, 2007.
- ✓ HARSI (A), «le droit d'accès à l'information au Maroc, état des lieux et perspectives à la lumière de la nouvelle constitution», colloque international sur « mise en œuvre des politiques du gouvernement ouvert » ; organisé par le ministère de la fonction publique et de la modernisation de l'administration, jeudi 08 novembre 2012- Rabat.
- ✓ LABBÉ (É), «La multiplicité des normes encadrant le contrat électronique : l'influence de la technologie sur la production de normes », Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique CRDP/ CECOJI, Montréal, 19 décembre 2003.
- ✓ LAKSHMINA RAYAN (S), «Juridictions compétentes et internet», dans G. CHANTILLON, dir., Le droit international de l'Internet : actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpège, Bruxelles, Bruylant, 2002.

- ✓ Le 2ème forum du réseau Africain des marchés Publics tenu sous le thème «La dématérialisation de la commande publique : partage d'expériences », 1 et 2 mars 2011, Publié dans La Nouvelle Tribune le 10 - 03 – 2011 par Afifa Dassouli.
- ✓ SEDALLIAN (V), «Preuve et signature électronique », Juriscom.net, article présenté lors du séminaire franco-allemand organisé par l'Association Française des Avocats, Conseils d'entreprises et le Deutscher Anwalt Verein à Nice le 14 et 15 avril 2000.
- ✓ TABAKA (B), « les nouvelles technologies et la consommation : bilan de la conférence », un petit blog sur le e-commerce, 28 avril 2006.
- ✓ TABAROT (M), compte rendu intégral des débats à l'assemblée nationale, 2ème séance du mercredi 26 février 2003, J.O du 27 février 2003.
- ✓ VALLERERSUNDI (P), «Comment résoudre les conflits transnationaux», dans Georges CHANTILLON, dir., Le droit international de l'Internet : actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpège, Bruxelles, Bruylant, 2002.

RAPPORTS :

- ✓ BANGEMANN (M), « L'Europe vers la société de l'information planétaire », 1994 et Communication de la Commission, Une initiative européenne pour le commerce électronique, COM(97) 157 final, 16 avril 1997.
- ✓ BRUGUIERE (J.M), les données publiques et le droit, Paris, Litec, 2002, § 10 ; du même auteur, «données publiques : la confusion des gens de l'ordonnance du 6 juin 2005».
- ✓ CARCENAC (T), « Pour une administration électronique citoyenne - Méthodes et Moyens », la documentation française, 2001.
- ✓ Conseil d'Etat, section du rapport et des études, « l'Etat et les réseaux numériques », Paris, 1998, la Documentation française.
- ✓ DEVYS (CH), « tout signe intimement lié à un acte permettant d'identifier et d'authentifier l'auteur de cet acte et traduisant une volonté non équivoque de consentir à cet acte, du sceau numérique...à la signature numérique», Rapport O.J.T.L, novembre 1995, publié dans l'ouvrage de l'O.J.T.L, (sous la direction de Christian Dhénin), Vers une administration sans papier, Paris, La documentation française, 1996.
- ✓ KESSLER (D), « L'influence du droit de la preuve sur la dématérialisation des marchés public, droit public économique, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, septembre 2004.
- ✓ LAMBERTERIE(I.DE), «La vente par voie télématique - Rapport intérimaire», Ivry, CNRS, 1988

- ✓ LASSERRE, «l'Etat et les technologies de l'information - Vers une administration à accès pluriel », La documentation française, 2000.
- ✓ L'inspection Générale de l'administration, « Vers la télétransmission des actes soumis au rôle de légalité », juillet 2001.
- ✓ MARCOU (G), « le régime de l'acte administratif face à l'électronique », acte du colloque national organisé par le Conseil d'Etat et l'université, Paris I sur l'administration électronique au service des citoyens, 21 et 22 janvier 2002.
- ✓ MONTALCINO, DGCCRF, in Elie Cohen et Michel Mougeot, Enchères et gestion publique», rapport du Conseil d'analyse économique, la Documentation française, 2001.
- ✓ OCDE, «Le commerce électronique : Opportunités et défis pour les gouvernements », 1997.
- ✓ Rapport du Conseil d'Etat, internet et les réseaux numériques, Paris, DOC. Fr, 1998.
- ✓ Rapport d'activité 2005 de la commission d'accès aux documents administratifs, Paris, Doc.Fr 2006.
- ✓ Rapport de CARCENAC (T), «Pour une administration électronique citoyenne - Méthodes et Moyens », La documentation française, 2001
- ✓ Rapport de la C.N.U.D.C.I. sur les travaux de sa 29ème session 28 mai-14 juin 1996.
- ✓ Rapport de l'association IALTA (conclusions du Groupe de Travail sur la Gestion des Attributs), La qualité professionnelle dans la signature électronique, mars 2004, v. 1.10.
- ✓ Rapport de Rocca, sous-groupe n° 2 du groupe n° 7 de la mission pour l'économie numérique.
- ✓ Rapport de Truche (P), « Administration électronique et protection des données personnelles », La documentation française, 2002
- ✓ rapport du Conseil d'Etat, section du rapport et des études, « l'Etat et les réseaux numériques», Paris, 1998, la Documentation française.
- ✓ Rapport introductif fait par Thierry (R) lors des journées nationales de Toulouse en 2000, dans « Le contrat électronique », travaux de l'association Henri Capitant, éd Panthéon-Assas, Toulouse 2000.
- ✓ Rapport introductif fait par Thierry (R), «Le contrat électronique», travaux de l'association Henri Capitant.
- ✓ Rapport introductif fait par Thierry Revet, lors des journées nationales de Toulouse en 2000, dans «Le contrat électronique», travaux de l'association Henri Capitant, Toulouse 2000, édition Panthéon-Assas,

- ✓ Rapport Lasserre, «l'Etat et les technologies de l'information – Vers une administration à accès pluriel », La documentation française, 2000.
- ✓ Recommandation n° 26 adoptée par le groupe de travail de la facilitation des procédures du commerce international, Genève, mars 1996, ECE/TRADE/208, TRADE/WP.4/R.1133/Rev.1 (Edition 96.1).
- ✓ TEDIS destiné à la Commission européenne sur l'authentification, la conservation et l'utilisation des codes dans les messages E.D.I, publié en 1994.
- ✓ TRUCHE (P), «Administration électronique et protection des données », la documentation française, 2002.

Dictionnaires Juridiques :

- ✓ Dictionnaires lexique des termes juridiques, 24 édition, 2011
- ✓ Grand dictionnaire encyclopédique Larousse, 2002.
- ✓ Grand Dictionnaire Terminologique de l'Office de la Langue Française, 2006.
- ✓ Lexique des termes juridiques (14^{ème} éd., 2003) de Dalloz.
- ✓ Le Robert, dictionnaire pratique de la langue française, 2002.
- ✓ Petit Robert de Paul Robert, édition 1993.

Textes Juridiques Marocains :

- ✓ Dahir n° 1-02-297 du 25 rejab 1423 (3 octobre 2002) portant promulgation de la loi n° 78-00 portant charte communale. B.O n° 5058 de 16 ramadan 1423 (21 novembre 2002)
- ✓ Dahir n° 1-05-192 du 15 moharrem 1427 (14 février 2006) portant promulgation de la loi n° 34-05 modifiant et complétant la loi n° 2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins.
- ✓ Dahir n° 1-07-129 du 19 kaàda 1428 (30 novembre 2007) portant promulgation de la loi n° 53.05 relative à l'échange électroniques de données juridiques, B.O.5584 (6/12/2007).
- ✓ Dahir n° 1-07-167 du 19 kaada 1428 portant promulgation de la loi n° 69-99 relative aux archives, B.O. n° 5588 du 20 décembre 2007.
- ✓ Dahir n° 1-09-15 du 22 safar 1430 (18 février 2009) portant promulgation de la loi n° 09-08 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel. B.O n° 5744 du 24 joumada II, 18 Juin 2009.
- ✓ Dahir n° 1-11-91 du 27 chaabane 1432 (29 juillet 2011) Portant promulgation du texte de la Constitution, B.O n° 5964 bis du 28 chaabane 1432, 30/07/2011.

- ✓ Dahir n° 1-15-83 du 20 ramadan 1436 (7 juillet 2015) portant promulgation de la loi organique n° 111-14 relative aux régions. B.O n°6380, version arabe du 23 juillet 2015.
- ✓ Dahir n° 1-96-83 du 15 rabii 1417 (1er août 1996) portant promulgation de la loi n° 15-95 formant code de commerce ; B.O n° 4418 du Jeudi 3 Octobre 1996.
- ✓ Dahir n° 1-97-83 du 23 kaada 1417 (2 avril 1997) portant promulgation de la loi n° 9-97 formant code électoral, B.O n° 4470 du 03/04/1997.
- ✓ Dahir n° 1-97-84 du 23 kaada 1417 (2 avril 1997) portant promulgation de la loi n° 47-96 relative à l'organisation de la région, B .O n° : 4470 du 03/04/1997.
- ✓ Dahir n°1-02-297 du 25 rejeb 1423 (3 octobre 2002) portant promulgation de la loi n° 78-00 portant charte communale telle qu'elle a été modifiée et complétée par le Dahir n°1-03-82 du 20 moharrem 1424 (24 mars 2003) portant promulgation de la loi n°01-03 et par le Dahir n° 1-08-153 du 22 safar 1430 (18 février 2009) portant promulgation de la loi n°17-08. B.O. n° 5714 – 7 rabii I 1430 (5-3-2009).
- ✓ Dahir n° 1-96-8-83 du 15 rabii 1417 portant promulgation de la loi n° 15-95 formant code de commerce B.O n° 4418, (3/10/1996).
- ✓ Dahir n° 1-3-60 portant promulgation de la loi n° 12-03 relative aux études d'impact sur l'environnement (EIE), B.O. n° 3230 bis du 30 septembre 1974.
- ✓ Dahir n° 1-04-257 du 25 kaada 1425 portant promulgation de la loi n° 77-03 relative à la communication audiovisuelle, B.O. n° 5288 du 3 février 2005.
- ✓ Dahir n° 1-13-57 du 8 chaabane 1434 (17 juin 2013) portant promulgation de la loi n° 93-12 modifiant la loi n° 24-96 relative à la poste et aux télécommunications. B.O n°6166 du 25 chaabane 1434 (4-7-2013).
- ✓ Dahir n° 1-05-192 du 15 moharrem 1427 (14 février 2006) portant promulgation de la loi n° 34-05 modifiant et complétant la loi n° 2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins, B.O n° 5400, 1 safar 1427, (2mars 2006).
- ✓ Décret n° 2-12-503 promulgué le 11 septembre 2013 pris pour l'application de certaines dispositions de la loi n° 31-08 édictant des mesures de protection du consommateur. B.O n° 6192 du 03 Octobre 2013 en version arabe et au B.O n° 6192 dans l'édition de traduction officielle.
- ✓ Décret n° 2-12-349 du 8 jourmada Ier 1434 (20 mars 2013) relatif aux marchés publics, B.O n° 6140, (23 jourmada I 1434) du 4- 4- 2013.
- ✓ Décret n° 2-08-518 du 25 Jourmada I 1430 (21 mai 2009) pris pour l'application des articles 13, 14, 15, 21 et 23 de la loi n° 53-05 relative à l'échange électronique des données juridiques, B.O 5744, 24 jourmada II 1430, 18-06-2009.

- ✓ Décret n° 2-99-1087 du 29 moharrem 1421 (04/05/2000) approuvant le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux exécutés pour le compte de l'Etat. B.O. n° 4800 du 01/06/2000.

Lois:

- ✓ Loi n° 09-08 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements des données à caractère personnel, B.O n° 5714 du 05/03/2009.
- ✓ Loi n° 103.12 relative aux établissements de crédit et organismes assimilés adoptée en novembre 2014 dite « loi bancaire » a été publiée au Bulletin Officiel n° 6328 (version arabe) et n° 6340 (version française) le 5 mars 2015 (voir Encadré).
- ✓ Loi n° 17-08 promulguée par le dahir n° 1-08-153 du 22 safar 1430 (18 février 2009); B.O n° 5714 – 7 rabii I 1430 (5-3-2009).
- ✓ Loi organique n° 113.14 relative aux communes (en arabe), B.O n°6380, 6 chaoual 1436 (13 juin 2015).
- ✓ Loi organique n° 112. 14 relative aux préfectures et provinces (en arabe), B.O n°6380, 6 chaoual 1436 (13 juin 2015).
- ✓ Loi n° 78-00 portant charte communale promulguée par le dahir n°1-02-297 du 25 regeb 1423 (3 octobre 2002) ; B.O n° 5058 –16 ramadan 1423 (21-11-2002), telle qu'elle a été modifiée et complétée par la loi n°01-03 promulguée par le dahir n°1-03-82 du 20 moharrem 1424 (24 mars 2003) ; B.O n° 5096 – 30 moharrem 1424 (3-4-2003) .

ARRETES ET CIRCULAIRES :

- ✓ Arrêté du ministre de l'économie et des finances n° 1666-13 du 13 regeb 1434 (24 mai 2013) fixant les conditions de mise en œuvre d'une procédure de télédéclaration et de télépaiement de l'impôt sur les sociétés, B.O n° 6162 du 20/06/2013.
- ✓ Arrêté du ministre de l'économie et des finances n° 1872-13 du 4 chaabane 1434 (13 juin 2013), Relatif à la publication des documents dans le portail des marchés publics B.O n° 6113 bis du 17 safar 1434 (31-12-2012).
- ✓ Arrêté du Ministre de l'industrie, du commerce et des nouvelles technologies n°152- 10 du 5 rabi II 1431 (22 mars 2010) fixant la forme de la demande d'autorisation préalable d'importation, d'exportation, de fourniture, d'exploitation ou d'utilisation de moyens ou de prestations de cryptographie et le contenu du dossier l'accompagnant.
- ✓ Arrêté du ministre de l'économie et des finances n° 20-14 du 8 Kaada 1435 (04 septembre 2014) relative à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics. B.O n° 6300 -21 hijja 1435 (16/10/2014).

- ✓ Arrêté du ministre de l'économie et des finances n° 08-14 du 23 rabii 1435 (4 janvier 2014) fixant les conditions de mise en œuvre d'une procédure de télédéclaration et de télépaiement de l'impôt sur les sociétés, B.O n° 6228, 6 rabii II 1435 (6-2-2014).
- ✓ Arrêté du ministre de l'économie et des finances n° 20-14 du 8 kaada 1435 (4 septembre 2014) ; B.O n° 6300 du 21 hija (1435) – 16/10/2014.
- ✓ Décision du Premier ministre n° 3-33-11 du 23 rabii II 1432 (28 mars 2011) approuvant le règlement intérieur de la Commission nationale de contrôle de la protection des données à caractère personnel, Bulletin officiel n°5932 du 3 jourmada I 1432 (07/04/2011) .

TEXTES JURIDIQUES FRANCAIS :

- ✓ Décret n° 2004-1144 du 26 octobre 2004 relatif à l'exécution des marchés publics par carte d'achat JORF n°253 du 29 octobre 2004 texte n° 3.
- ✓ Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics, JO, n° 571, 8 mars 2001, abrogé par le décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004.
- ✓ 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, J.O. Numéro 77 du 31 mars 2001, art. 3-I.
- ✓ Décret n° 2002-535 du 18 avril 2002 relatif à l'évaluation et à la certification de la sécurité offerte par les produits et les systèmes des technologies de l'information, J.O. Numéro 92 du 19 avril 2002.
- ✓ Décret n° 2003-659 du 18 juillet 2003, instruction de la DGI du 7 aout 2003.
- ✓ Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics, JO, n° 6, 8 janvier 2004, abrogé par le décret n° 2006-975 du 1^{er} aout 2006.
- ✓ Décret n° 2005-137 du 16 février 2005 pris pour l'application de l'article L. 134-2 du code de la consommation, J.O n° 41, 18 février 2005
- ✓ Décret n° 2004-1298 du 26 novembre 2004 relatif à diverses dispositions concernant les marchés de l'État et des collectivités territoriales, JO, n° 278, 30 novembre 2004.
- ✓ Décret n° 2005-324 du 7 avril 2005 relatif à la transmission par voie électronique des actes des collectivités territoriales soumis au, contrôle de légalité et modifiant la partie réglementaire du code générale des collectivités territoriales, J.O n° 82, 8avril 2005.
- ✓ Décret n° 2005-137 du 16 février 2006, décret pris pour l'application de l'art. L 134-2 du Code de la consommation, publié au Journal officiel du 18 février 2005, NOR : JUS0420982D.

- ✓ Décret n° 2007- 663 du 2mai 2007 pris pour l'application des articles 30,31 et 36 de la LCEN et relatif aux moyens et aux prestations de cryptographie, J.O n 104, 4 mai 2007.
- ✓ Décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique, art. 19, selon les dispositions prévues au présent article. , JORF n°0197 du 26 août 2011.
- ✓ Lois:
- ✓ Code civil français, tel qu'ajouté par l'article 4 de la Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, J.O. Numéro 62 du 14 Mars 2000.
- ✓ Code des postes et des communications électroniques. Modifié par Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 - art. 22 (V) J.O-RF. 22 juin 2004.
- ✓ Code civil napoléonien de 1804, le 21 mars 1804 (30 ventôse an XII).
- ✓ La loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, J.O, n° 143 u 22 juin 2004,
- ✓ Loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 - art. 28 , abrogé par loi n°2014-344 du 17 mars 2014 - art. 9 (V).
- ✓ Loi relative à la protection de personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, J.O du 7 août 2004.
- ✓ Loi de 17 juillet 1978 ; modifié par loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 - art. 21, Abrogé par Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015.
- ✓ Loi du 17 juillet 1978 modifié par l'art. 7, 2° de la loi du 12 avril 2000 et art. 6 de la loi du 17 juillet 1978 modifié par l'art. 7, 7° de la loi du 12 avril 2000, art. 2 de la loi du 17 juillet 1978 modifié par l'article 7, 3° de la loi du 12 avril 2000.
- ✓ Loi du 3 janvier 1979 sur les archives, modifié le 24 février 2004.
- ✓ Loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, Journal officiel du 7 janvier 1978 et rectificatif au J.O. du 25 janvier 1978)
- ✓ Loi n° 2004-575 du 21 jui2004 dite LCEN, J.O n° 143, du 22 juin 2004.
- ✓ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JORF n°143 du 22 juin 2004, texte n° 2.
- ✓ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, article 1er IV, alinéa 3 ; JO du 22 juin 2004.
- ✓ Loi n° 2004-809 du 13 aout 2004 relative aux libertés et responsabilités locales ; J.O, n° 190, 17aout 2004.
- ✓ Loi n° 2005-575 du 21 juin 2004, loi pour la confiance dans l'économie numérique, (LCEN), J.O n° 143 du 22 juin 2004.

- ✓ Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République Française, JORF n°0182 du 8 août 2015.
- ✓ Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, J.O, 3 janvier 1976.
- ✓ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2000.
- ✓ Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal. J.O 18 juillet 1978.
- ✓ Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, J.O, 3 mars 1982.
- ✓ Loi n° 90-1170 du 29 décembre 1990 sur la réglementation des télécommunications, J.O.C.E. n° L 338 du 28 décembre 1994.
- ✓ Loi n°84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédits et permettant à son titulaire de retirer ou de transférer des fonds. Loi modifiée par : Ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986
- ✓ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, JORF n°288 du 12 décembre 2001.
- ✓ Loi n° 80-525 du 12 juillet 1980, J.O. 13 juillet 1980.
- ✓ ARRETES ET CIRCULAIRES :
- ✓ Arrêté du 25 mai 2007 définissant la forme et le contenu des dossiers de déclaration et de demande d'autorisation d'opérations relatives aux moyens et aux prestations de cryptologie, J.O n° 127, 3 juin 2007.
- ✓ Arrêté du 26 juillet 2004, J.O, n° 182, 7 août 2004.
- ✓ Arrêté du 26 octobre 2005 portant approbation d'un cahier des charges des dispositifs de télétransmission des actes soumis au contrôle de légalité et fixant une procédure d'homologation de ces actes dispositifs ; J.O n° 256, 3 novembre 2005.
- ✓ Article du Journal Officiel du 20 juin 2003 (annule et remplace la publication du 2 décembre 1997.
- ✓ Circulaire du 2 novembre 2001 relative à la gestion des archives dans les services et établissements publics de l'Etat, JORF n°256 du 4 novembre 2000.
- ✓ Circulaire du 30 décembre 1998 relative à la procédure de passation des marchés publics : durée de conservation des dossiers présentés par les entreprises soumissionnaires qui n'ont pas été retenues JORF n°303 du 31 décembre 1998.

CONVENTIONS :

- ✓ Convention du 16 décembre 2005 (relative à la dématérialisation des titres de recette, des mandats de dépenses et des factures) s'inscrivent dans le cadre des principes énoncés dans la Charte nationale partenariale relative à la dématérialisation dans le secteur public local et se réfère au cadre national d'acceptation de la dématérialisation dans le secteur public local. J.O de la République Française n° 83311, du 17 janvier 2006.
- ✓ Convention du 20 juillet 2005 (sur les pièces justificatives des marchés publics, actualisée le 22 mars 2007).
- ✓ Délibération n° 2005-003 du 13 janvier 2005 décidant la dispense de déclaration des traitements mis en œuvre par les organismes publics dans le cadre de la dématérialisation des marchés publics (décision de dispense de déclaration n° 3), 6 mars 2005.

ORDONNANCES:

- ✓ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016 texte n° 26.
- ✓ Ordonnance n° 2001/741 du 23 août 2001, JORF du 25 août 2001, NOR: eco0X100083.
- ✓ Ordonnance n° 2005-645 du 6 juin 2005 relative aux procédures de passation des marchés publics des collectivités territoriales, J.O n° 13 1, 7 juin 2005.
- ✓ Ordonnance n° 2005-650 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, modifiant la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant notamment sur la liberté d'accès aux documents administratifs.
- ✓ Ordonnance n°2005-1516 du 8 décembre 2005, relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives et entre les autorités administratives, JO, n° 286, 9 décembre 2005.
- ✓ Ordonnance n°2005-674 du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique.
- ✓ Question écrite n° 19740 de M. Jean-Pierre Fourcade (Hauts-de-Seine - UMP) publiée dans le JO Sénat du 13/10/2005.
- ✓ Réponse du Ministère délégué aux collectivités territoriales publiée dans le JO Sénat du 23/02/2006.
- ✓ TABAROT (M), compte rendu intégral des débats à l'Assemblée nationale, 2^{ème} séance du mercredi 26 février 2003, J.O du 27 février 2003.

TEXTES JURIDIQUES QUEBEQUOIS:

- ✓ BGB : Bürgerliches Gesetzbuch, " Code civil Allemand ; dans la version publiée le 2 Janvier 2002 (Journal officiel fédéral I, 2909 ; 2003 I), modifiée en dernier lieu par l'article 1 de la loi du 20 Novembre 2015 (I).
- ✓ Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q. c P-40, en vigueur entre le 7 juin 2012 et le 18 oct. 2015.
- ✓ Loi sur le courtage immobilier, RLRQ, chapitre C-73.2), En vigueur le 1er mai 2010, à jour au 21 avril 2016.
- ✓ Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, note 7. en vigueur le 1er novembre 2001.
- ✓ Loi portant réforme du code civil allemand, le Bürgerliches Gesetzbuch - BGB, publiée au JO (BGBl. 2001 I S. 3138).

النصوص القانونية التونسية بالعربية :

- ✓ القانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 9 غشت 2000 المتعلق بالمبادلات و التجارة الإلكترونية الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 64 الصادر في 11 غشت 2000

DROIT INTERNATIONAL DE L'UNION EUROPEENE :

- ✓ Directive 2000/31/CE du parlement européen et du conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur «directive sur le commerce électronique» J.O des Communautés européennes.
- ✓ Directive n°1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, JOCE, n° L 13/ 12 du 19 janvier 2000.
- ✓ Directive européenne 95/46/CE et la convention n°108 du Conseil de l'Europe) pour favoriser le développement du Business Process Outsourcing.
- ✓ Directive n° 2001129/CE du parlement européen et du Conseil du 21 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, JOCE, n° L 167 , 22 juin 2001.
- ✓ Directive 2014/55/UE du parlement européen et du conseil du 16 avril 2014 relative a la facturation électronique dans le cadre de marches publiques, J.O n° L 133du 6.5.2014.
- ✓ Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, J.O L 216 du 20.8.2009.

- ✓ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (J.O L 94 du 28.3.2014).
- ✓ Directive n° 1999/13/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, JOCE, n° L 13, 19 janvier 2000.
- ✓ Directive 2001/115/CE du Conseil du 20 décembre 2001 modifiant la directive 77/388/CEE en vue de simplifier, moderniser et harmoniser les conditions imposées à la facturation en matière de taxe sur la valeur ajoutée.
- ✓ Directive n° 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (dite secteurs classiques), JOUE, n° L 134, 30 avril 2004.
- ✓ Directive 2000/13/CE du parlement européen et du conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, « directive sur le commerce électronique », JOCE n° L 178, 17 juillet 2000, des Communautés européennes.
- ✓ Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, portant sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques. JOCE n° L 019, 19 janvier 2000.
- ✓ Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, 1980 (CVIM).
- ✓ Déclaration universelle des archives a été adoptée le 10 Novembre 2011 au cours de la 36ème session plénière de l'UNESCO.
- ✓ UNESCO, La formation des archivistes - analyse des programmes d'études de différents pays et réflexions sur les possibilités d'harmonisation, (par Delmas. B.), Paris, UNESCO, 1979.
- ✓ Loi type de la CNLIDCI sur le commerce électronique adoptée par la résolution 51/162 de l'assemblée générale de la commission des nations unies pour le droit commercial international du 16/12/1996.
- ✓ Loi type de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial, (CNUDCI) sur les signatures électroniques a été adoptée le 5 juillet 2001.
- ✓ Loi type de la CNLIDCI sur le commerce électronique adoptée par la résolution 51/162 de l'assemblée générale de la commission des nations unies pour le droit commercial international du 16/12/1996.

JURISPRUDENCE MAROCAINE :

- COUR D'APPEL :
 - ✓ C.A, 9 juillet 1959, Ben Youssef, R. (1^{er} attendu), 10 juin 1960, Skoba, R. 13^{ème} attendu).
 - ✓ C.A de Rabat, 21 MARS 1951 revue des arrêts de la cour d'appel de Rabat.
- Tribunal administratif :
 - ✓ LAALEJ (M), Concl. Sur T.A. Agadir. 19 octobre 1995, Bouarsa, REMALD. Série « Thèmes Actuels », n° 9, octobre 1995.

JURISPRUDENCE FRANÇAISE :

- TITIBUNAL DE CONFLIT :
 - ✓ TC, 15 décembre 1999, «Sté Bloc Matériaux c/ Sté DBDB, Percepteur de Venarey-Lès-Laumes et Hôpital d'Alise-Sainte-Reine», RD imm. 2000.
 - ✓ TC, 28 mars 1955, «EFFIMIEFF», Rec, JCP, 1955, II, note BLAEVOET ; RA, 1955, note LIET-VEAUX ; AJDA, 1955, LL, note J.A.
 - ✓ T.C, 5 juillet 1999, union des groupements d'achats publics-UGAP, n° 03167.
 - ✓ TC 8 juillet 1963, Sté Entreprise Peyrot, GAJA, Sirey 1990.
 - ✓ T.C, 7 juillet 1975, Commune d'Agde, Rec. 798.
 - ✓ Conclusions de Braibant sous l'arrêt du T.C, 7 janvier 1972, S.N.C.F. contre Solon et Banault, R.D.P.1973.
 - ✓ T.C, 28 mars 1955, EFFIMIEF, G.A.J.A.

CONSEIL D'ETAT :

- ✓ C.E, 18 octobre 2070, n° 343365, relative à la communication électronique entre les juridictions ordinaires du premier et second degré et les avocats ainsi que les annexes VI et IX à cette convention.
- ✓ C.E, mardi 24 novembre 2009, n° 332800.
- ✓ C.E, 6 mai I 895, association Eurolat, R.F.D.A, 1986.
- ✓ C.E, 28 Mars I 980, Société Cabinet 2000, R.D.P. 1981.
- ✓ Conseil d'État, 7ème / 2ème SSR, 07/11/2014, n°383587
- ✓ Conseil 20120845 - Séance du 8/03/2012.
- ✓ CE 30 novembre 2011, Ministre de la Défense et des Anciens combattants, req. n° 353121 : publié au Lebon T.
- ✓ CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 30/11/2011, req. n°353121.

- ✓ CE 23 novembre 2011, Dept des Bouches du Rhone, n° 350519 : publié au Lebon T. _ CE 20 octobre 2006, Cne D'Andeville, req.n° 289234 : Lebon,
- ✓ CE 21 septembre 2011, Dpt des Hauts-de-Seine, req. n° 394149,
- ✓ CE, 29 juin 2011, Mme Rouzaud, n° 335072.
- ✓ CE, 4 mai 2011, Ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat c/ M. Casanovas, n° 328914.
- ✓ CE 27 avril 2011, Président du Sénat, req. n°344244 : publié au Lebon T.
- ✓ C.E, n° 339813, jeudi 7 avril 2011.
- ✓ C.E, jeudi avril 2011, n° 339813.
- ✓ CE 12 janvier 2011, Dpt du Doubs, req. n° 343324 : mentionné au Lebon T.
- ✓ CE, 10 novembre 2010, Fédération française des télécommunications et des communications électroniques (FFTCE), n° 327062.
- ✓ C.E, n° 343365 18 octobre 2010, relative à la communication électronique entre les juridictions ordinaires du premier et second degré et les avocats ainsi que les annexes VI et IX à cette convention.
- ✓ CE, 23 juillet 2010, Office national des forêts c/ M. de la Gravière, n° 321128
- ✓ CE, 26 mai 2010, Mme Faria et société Faria, n° 304621 ;
- ✓ CE, Sect., 7 mai 2010, M. Bertin, n° 303168. Idem
- ✓ CE, Sect., 7 mai 2010, M. Bertin, n° 303168. Idem
- ✓ C.E, n° 332800, mardi 24 novembre 2009.
- ✓ CE 20 Mai 2009 département du Var, req. n° 31887.
- ✓ Préfet de la Côte-d'Or, conseil n° 20091473 du 30 avril 2009, Séance du 30/04/2009
- ✓ Conseil 20073686 - Séance du 27/09/2007.
- ✓ Conseil 20072665 - Séance du 5/07/2007
- ✓ Conseil n° 20071782 du 3 mai 2007.
- ✓ Conseil n° 20071101 du 22 mars 2007.
- ✓ CE 15 décembre 2006, Sté Corsica Ferries, n° 298618 : Lebon, CP-ACCP n° 64, mars 2007, note GIVORD (L) et MARKUS (J.P).
- ✓ CE ; 13 octobre 2004, « commune Montélimar », AJDA, 2004.
- ✓ CE, 13 octobre 2004, « Commune de Montélimar », AJDA, 2004.
- ✓ C. Trav. Liège, 23 mars 2004, Rev. Rég. Dr. 2004, liv. 110.
- ✓ CE, 21 janvier 2004, « Société Aquitaine Démolition », req. n° 253509.

- ✓ CE, 29 juillet 2002, « Cegedim », JCP-E, 2003, note J.M. BRUGUIERE.
- ✓ Les Petites Affiches, 10 juin 2002, n° 115.
- ✓ C.E, 28 décembre 2001, Elections municipales d'Entre-Deux-Monts, Droit adm. 2002, jurispr., comm. n° 110.
- ✓ CE, 28 décembre 2001, n° 235784, Elections municipales d'Entre-Deux-Monts, rajf.org.
- ✓ CE, 28 décembre 2001, « élections municipales d'Entre_ Deux_ Monts », Dr. Adm, 2002, Jp, comm. n° 100.
- ✓ CE 19 octobre 2001, Région de la Réunion, req .n° 324298 : mentionné au Lebon T.
- ✓ CE 22 mars 2000, Epoux Lasaulce, req .n° 207804 : publié au Lebon T.
- ✓ C.E, 8, 2^{ème} chambre, 3 février 2000, Ministre de l'intérieur contre commune de Mende. A.J.D.A., n° 5, 2000.
- ✓ CE, 4 avril 1997, « Préfet du Puy-de-Dôme c /Cne d'Orcet » Rec.
- ✓ CE, 4 avril 1997, "Commune d'Orcet", Rec.
- ✓ CE, 13 mars 1996, « Diraison. M », AJDA, 1996, p. 930.
- ✓ CE, 14 février 1996, Mirlit
- ✓ CE 8 mars 1996, Pelte, req. n°133198 _ CE 26 octobre 1994, Sivom des communes de Carry-le Rouet et Sausset-les-Pins, req.n° 110959.
- ✓ CE octobre 1994, Ville de Toulouse, req, n° 108691 : mentionné au Lebon T.
- ✓ CE, 1^{er} JUIN 1994, Synd .intercommunal de réalisation et de gestion du collège de Noyal-sur-Vilaine , D ; 1995, somm , obs ; TERNEYER.
- ✓ C.E, 18 février 1994, Ministre éducation nationale contre Mme Wrobel Rec. tables, qui admet la diffusion des résultats d'un concours sur Minitel.
- ✓ CE 13 novembre 1992, « commune de Louviers ».
- ✓ CE, 26 février 1992, « Blanchet », Rec. T ; de manière générale.
- ✓ Ce, 3 avril 1991, société SMAC Aciroid, n° **84626**.
- ✓ CE, 29 juin 1990, « De Marin », AJDA, 1990.
- ✓ CE, 9 mai 1990, « Comune de laveur c / Lozar », Rec,
- ✓ CE Sect., 30 mars 1990, Mme Degorge Boëtte, n° 90237
- ✓ CE, 27 septembre 1989, « ville de Vallauris c / M. Bartoli », req. n° 79502.
- ✓ CE, 1^{er} février 1989, « Commune de Grasse », RFDA, 1989, n° 19.
- ✓ CE, 26 octobre 1988, Lalande.

- ✓ CE, 8 juillet 1988, « Bernhard Dietschi », Dr.adm, 1988, n° 482.
- ✓ CE, 13 janvier 1988, « mutuelle générale des personnels des collectivités locales et de leurs établissements », Rec., p. 6.
- ✓ Montpellier, lère ch., sect. D, 9 avril 1987, J.C.P.19BB, éd. G, II, 20984, obs. Martine Boizard et R.T.D.civ. 1988, obs. Jacques Mestre.
- ✓ CE, Ass., 8 avril 1987, Ministre de la santé c/ Tête :
- ✓ CE, n° 70777 du 30 janv. 1987, Commissaire de la République d'Ille-et-Vilaine c/ Commune du Rheu, recueil Lebon, dalloz.fr
- ✓ C.E, 17 octobre 1986, Entreprise industrielle et financière, Droit administratif-1986, n° 658.
- ✓ CE, 17 avril 1985, Panaget) :
- ✓ CE, 6 juillet 1984, Zaragosa) :
- ✓ C.E, 13 janvier 1984, OPHLM de Firminy, n°34135, voir sur : menté in actualité jurisprudentielle de la cour administratif d'appel de Nantes, n°6, mai 2003.
- ✓ C.E, du 2 février 1983, Union des transports publics, R.D.P. 1984, 212, note Auby.
- ✓ CE, 5 novembre 1982, Cassard).
- ✓ CE, 2 octobre 1981, «Thomasi », Dr.adm, 1981, n° 380.
- ✓ C.E, 14 mars 1980, C.I.T.E.M., D.1980. 495, note Théron.
- ✓ CE, 14 mars 1980, « SA CITREM » Rec. Tables.
- ✓ CE, 6 février 1980, Guilhaumé.
- ✓ C.E, 30 mai 1975, Société d'équipement montpelliéraine, Rec. 326.
- ✓ C.E, du 19 octobre 1973, « Patrick d'Uckermann » Rec.576.
- ✓ C.E. du 19 octobre 1973 « Patrick d'Uckermann » (Rec.576), dans Droit des contrats administratifs, 3^{ème} édition, L.G.D.J., 2002.
- ✓ Cour. Sup, Crim, n° 876, 18 Mai 1961, Rec. Crim T.
- ✓ CE, 22 janvier 1960, « Fichot », Rec,
- ✓ C.E, 20 avril 1956, « Bertin », AJDA, n°1, 1956.
- ✓ C.E, 20 avril 1956, « Bertin », AJDA, n° 11, 1956.
- ✓ CE, 20 avril 1956, "Epoux Bertin", GAJA, Dalloz, 14^e éd, 2003, n°75
- ✓ CE, 7février 1951, « Ville de Paris ».
- ✓ CE, 17 novembre 1944, Ville d'Avallon, Rec.
- ✓ CE, 14mai1943, «Danan », Rec,

- ✓ Code civil sur la prescription trentenaire, CE, 9 juillet 1937, «Commune d'Arzon», Rec.
- ✓ C.E, 10 juin 1921, « Commune de Monségur », G.A.J.A.
- ✓ C.E. 10 juin 1921, « Commune de Monségur », G.A.J.A
- ✓ CE, 22 mai 1914, « Compagnie générale au gaz de Lunel », Rec.
- ✓ CE, 31 juillet 1912, « société des granits porphyroïdes des Vosges », III, 1917.
- ✓ CE, 31 juillet 1912, "société des granits porphyroïdes des Vosges", III, 1917.
- ✓ C.E, du 11 mars 1910, Compagnie générale des tramways, G.A.JA.
- ✓ CE, 31 mai 1907, Deplanque, Lebon p.513, concl. J. Romieu.
- ✓ Conclusion de ROMIEU(M), CE, 21 juin 1895, « Cames », Rec. Lebon.
- ✓ C.E, procédé électronique, la conclusion électronique du contrat administratif, la SOCIETE DOCUMENT CHANNEL, 22 octobre 2010, pourvoir n° 330216.
- ✓ DAMO(D), « le virus qui peut couter cher à l'acheteur public », jurisdermat, 2 mai 2004.
- ✓ CE 2 février 1938, « Fraysse », Rec,
- ✓ CE, 10 janvier 1992, « Association des usagers de l'eau de Peyreleau », Rec., Dr. adm., 1992, comm. n° 79 ; CF. 21 octobre 1992, « Époux Guillou et autres », Gaz. Pal, 1993 -2, Panorama de dr. adm.
- ✓ CE, 9 août 2006, « X ». req. n° 284577, « Société Hairis SAS (maintenant Sart Gallis) c/ commune de Boulogne-sur-Mer ».

AVIS :

- ✓ CADA, avis n° 20011892 du 17 mai 2001.
- ✓ CADA avis n° 20073774 du 25 octobre 2007.
- ✓ CADA, n° 20114251 du 3 novembre 2011.
- ✓ CADA, n° 20110425 du 17 février 2011.
- ✓ CADA, 26 mai 1994, Mazière.
- ✓ CADA, 9 juillet 1992, maire de Saint-André.
- ✓ CADA, avis 20122290 - Séance du 21 juin 2012.
- ✓ CADA, avis n° 20033429 du 28 août 2003.
- ✓ CADA, avis n° 20034301 du 6 novembre 2003.
- ✓ CADA, avis n° 20050529 du 3 février 2005
- ✓ CADA, avis n° 20052295 du 9 juin 2005
- ✓ CADA, avis n° 20062458 du 15 juin 2006

- ✓ CADA, avis n° 20062950 du 11 juillet 2006.
- ✓ CADA, avis n° 20070967 du 8 mars 2007.
- ✓ CADA, avis n° 20074761 du 6 décembre 2007.
- ✓ CADA, avis n° 20081426 du 3 avril 2008.
- ✓ CADA, **avis n° 20091748** - Séance du 14 mai 2009.
- ✓ CADA, avis n° 20101586 du 20 mai 2010.
- ✓ CADA, avis n° 20101586 du 20 mai 2010.
- ✓ CADA, avis n° 20101586 du 20 mai 2010.
- ✓ CADA, avis n° 20103329 du 16 septembre 2010.
- ✓ CADA, avis n° 20103860 du 23 septembre 2010.
- ✓ CADA, avis n° 20104717 du 20 janvier 2011.
- ✓ CADA, avis n° 20110443 du 17 février 2011.
- ✓ CADA, avis n° 20111096 du 14 avril 2011 ; conseils n° 20073774 du 25 octobre 2007 et n° 20074583 du 22 novembre 2007.
- ✓ CADA, avis n° 20111096 du 14 avril 2011 et conseil n° 20084709 du 23 décembre 2008.
- ✓ CADA, avis n° 20112563 du 23 juin 2011.
- ✓ CADA, avis n° 20122290 du 21 juin 2012.
- ✓ CADA, avis n° 20122551 du 26 juillet 2012.
- ✓ CADA, avis n° 20130742 du 14 mars 2013.
- ✓ CADA, avis n° 20132915 du 12 septembre 2013.
- ✓ CADA, avis n° 20132924 du 24 octobre 2013.
- ✓ CADA, avis n° 20132924 du 24 octobre 2013.
- ✓ CADA, avis n° 20060771 du 16 mars 2006.
- ✓ ^cCADA, avis n° 20060881 - Séance du 2 mars 2006.
- ✓ CADA, avis n° 20060881 du 2 mars 2006.
- ✓ CADA, avis n° 20084340 du 27 novembre 2008.
- ✓ CADA, Avis, 5 déc. 1991, Leroy
- ✓ CADA, Conseil n° 20120845 - Séance du 8 mars 2012.
- ✓ CADA, conseil n° 20004574 du 7 décembre 2000.
- ✓ CADA, conseil n° 20031928 du 15 mai 2003.

- ✓ CADA, conseil n° 20042904 du 8 juillet 2004.
- ✓ CADA, conseil n° 20044618 du 4 novembre 2004.
- ✓ CADA, conseil n° 20061836 du 27 avril 2006.
- ✓ CADA, conseil n° 20063184 du 27 juillet 2006
- ✓ CADA, conseil n° 20064843 du 11 janvier 2007.
- ✓ CADA, conseil n° 20064849 du 9 novembre 2006.
- ✓ CADA, conseil n° 20065044 du 21 décembre 2006.
- ✓ CADA, conseil n° 20070002 du 11 janvier 2007.
- ✓ CADA, conseil n° 20070207 du 11 janvier 2007.
- ✓ CADA, conseil n° 20071714 du 22 novembre 2007.
- ✓ CADA, conseil n° 20073859 du 11 octobre 2007
- ✓ CADA, conseil n° 20084066 du 23 octobre 2008
- ✓ CADA, conseil n° 20090984 du 2 avril 2009.
- ✓ CADA, conseil n° 20103361 du 16 septembre 2010.
- ✓ CADA, conseil n° 20110928 du 3 mars 2011.
- ✓ CADA, conseil n° 20112647 du 23 juin 2011.
- ✓ CADA, conseil n° 20114251 du 3 novembre 2011.
- ✓ CADA, conseil n° 20114251 du 3 novembre 2011.
- ✓ CADA, conseil n° 20132119 du 23 mai 2013.
- ✓ CADA, conseil n° 20132294 du 25 juillet 2013.
- ✓ ^cCADA, conseil n° 20074133 du 21 février 2008, Séance du 21/02/2008.
- ✓ CADA, conseil n° 20081565 du 17 avril 2008.
- ✓ CADA, conseil, n° 20013233, 22 août 2002, «Ministre de la justice».
- ✓ CADA, conseil, n° 20032491, 5 juin 2005.
- ✓ CADA, conseil, n°20001008, 2mars, «Président du conseil régional du centre». En l'espèce, la commission considère que «le bordereau de prix est un document administratif communicable en application de l'article 2 de la loi de 17 juillet 1978 dès lors que le contrat à été signé».
- ✓ CADA, conseils n° 20061255 du 16 mars 2006.
- ✓ CADA, conseils n° 20072696 du 26 juillet 2007.
- ✓ CADA, conseils n° 20110425 du 17 février 2011.
- ✓ CADA, n° 20074116 du 25 octobre 2007.

- ✓ CADA, n° 20090984 du 2 avril 2009.
- ✓ CADA, n° 20091745 du 14 mai 2009.
- ✓ CADA, n° 20111461 du 31 mars 2011.
- ✓ CADA, n° 20114251 du 3 novembre 2011.
- ✓ CADA, n° 20122241 du 26 juillet 2012.
- ✓ CADA, n° 20132294 du 25 juillet 2013.
- ✓ Conseil 20062914 - Séance du 11/07/2006.
- ✓ Conseil 20063184 - Séance du 27/07/2006.
- ✓ Conseil 20064849 - Séance du 9/11/2006.
- ✓ Conseil n° 20052589 du 7 juillet 2005, consulter sur :
- ✓ Conseil n° 20053967 du 6 octobre 2005.
- ✓ Conseil n° 20060629 du 2 février 2006.
- ✓ Conseil n° 20061580 du 13 avril 2006).
- ✓ Conseil n° 20063038, LAURIAC Alain (FIDAL) / Syndicat départemental d'énergies du Rhône (SYDER) ; Séance du 27 juillet 2006.
- ✓ Conseil n° 20064642 du 26 octobre 2006.
- ✓ Directeur du groupement d'intérêt public Aménagement du Territoire et Gestion des Risques, Conseil n° 20071492 du 19 avril 2007.
- ✓ LAURIAC Alain (FIDAL) ; Syndicat départemental d'énergies du Rhône (SYDER), avis n° 20060881 du 2 mars 2006.
- ✓ Maire de Calais, conseil n° 20071573 du 19 avril 2007.
- ✓ Maire de Chelles ; ministre de la santé, de la jeunesse, des sports et de la vie associative (agence technique de l'information sur l'hospitalisation, ATIH), avis n° 20082716 du 31 juillet 2008 et avis n° 20084093.
- ✓ Maire de Foug, conseil n° 20063781 du 14 septembre 2006.
- ✓ Maire de Maizières-lès-Metz, avis n° 20084340 du 27 novembre 2008.
- ✓ Maire de Valence conseil n° 20074133 du 21 février 2008, Séance du 21/02/2008
- ✓ Ministre de l'équipement (DDE de l'Indre), avis n° 20070498 du 8 mars 2007.
- ✓ Pour une délégation de service public, avis n°20081426 du 3 avril 2008
- ✓ Président du conseil régional des Pays-de-la-Loire, conseil n° 20090221 du 15 janvier 2009.
- ✓ protection des droits de propriété ; pour des images aériennes, voir conseil n° 20063777 du 14 septembre 2006.

- ✓ COUR ADMINISTRATIF D'APPEL :
- ✓ CAA de Versailles, 8 mars 2006, n° 04VE00424, Mme C.
- ✓ CAA de Marseille, 14 Octobre 2003 n° 02MA01705.
- ✓ CAA Nantes, 25 avril 2003, « Société I.C.L. », req. n° 99NT01046, com
- ✓ CAA Lyon, 5 décembre 2002, «Commune de Montélimar », AJDA, 20 janvier 2003.
- ✓ CAA Marseille 27 juin 2002, Synd. D'agglomération nouvelle du nord-ouest de l'étang de Berre, préfet des Bouches-du-Rhône, req.n° 00MA01402, 00MA01513 et 00MA02530.
- ✓ CAA Marseille, 17 juin 1999, « préfet du Gard », req. n° 98MA0115.

TRIBUNAL ADMINISTRATIF :

- ✓ T.A de Toulouse Ordonnance de référé 09 mars 2011, n° 1100792.
- ✓ T.A de Bordeaux, B.BRALIN Médical / CHU de Bordeaux. Ordonnance de référé du 10 octobre 2010.
- ✓ T.A Toulouse ord. 23 novembre 2010, sté FM Projet, req.n° 1004555.
- ✓ T.A Lille 5 Avril 2011, Préfet du Nord, req. n° 1000308 et 10003238.
- ✓ T.A de Limoges, Jugement du 12 novembre 2010 Infostance / Région Limousin et autre Ordonnance de référé du 15 novembre 2010.
- ✓ T.A de Nantes, dans sa décision du 7 juin 2001, « Elections Municipales de Maisdon –sur-Sèvres », Petites Affiches, 10 aout 2001, n° 159, conclusions Degommier (M).
- ✓ T.A de Limoges, Jugement du 12 novembre 2010 Infostance / Région Limousin et autre.Ordonnance de référé du 15 novembre 2010.
- ✓ ^{TA} de Limoges Jugement du 12 novembre 2010. Ordonnance de référé du 10 octobre 2010.
- ✓ T.A. Rennes, 28 février 1990, Mme Bahia Alaoui-Manar, A.J.D.A., 20 mai 1990, Jurispr., n° 42, obs. M. Hecquard Théron.
- ✓ TA Cergy-Pontoise 7juin 2011, Sté 2H Energie, req. n° 0909950 et 0919950 et 0912395.
- ✓ TA Paris, 21 avril 1971, « ville de paris » AJDA, 1972, note Ph, GODFRIN : manœuvre visant à agrandir une concession funéraire ».
- ✓ TA Paris, 15 déc. 1998, « SNCF c/Société Dumez TP et autres », Dr.adm. ; 1999, n° 97 : ententes entre plusieurs entreprises candidates à l'attribution de divers marchés de travaux publics.

COUR DE CASSATION :

- ✓ Cass. civ. 7 février 1906, D.P. 1906, 5, 41 (signature illisible) et Paris 18 juin 1964, J.C.P. 1964, IV, 135 (à propos de la seule mention des initiales) (cités par M. Jacques Larrieu, note n°2.
- ✓ Cass., Civ 1, 30 septembre 2010, n° 09-68.555.
- ✓ Cass. Civ. 1^{er} chambre, 30 septembre 2010, pourvoi : n° 09-68555.
- ✓ Cass.Civ. 2^{ème} chambre, 23 septembre 2010, Pourvoi n°09-68367. Non publié au bulletin.
- ✓ Cour de cassation, 2^{ème} chambre civile, 1^{er} juillet 2010, pourvoi n°09-14685. Cass.Civ. 2^{ème} chambre, 25 juin 2009, pourvoi n°08-12248.
- ✓ Cass .Civ. 2^{ème} chambre, 4 décembre 2008, pourvoi n° 07-17622.
- ✓ Cass. 2^{ème} civ., 30 avril 2003, "SARL Chalets Boisson c/G", Juris-Data n° 2003-018798.
- ✓ Cass.Civ. 2^{ème} chambre, 1^{er} juillet 2001, pourvoi n° 09-14685.
- ✓ Cass.civ. 1^{ère}, 25 juin 1996, Contrats, conc.consom, 1996.
- ✓ Cass.Com, 15 décembre 1992, Bull.civ.IV, n° 419. Dans cet arrêt, la cour de cassation a dénié toute valeur juridique à la photocopie.
- ✓ Cass. 1^{ère} civ., 8 novembre 1989 (2 arrêts) Bull., civ., I, n°342, D. 1990.
- ✓ Cass. com. 23 mai 1989, Banque 1989, obs. Jean-Louis Rives-Lange, R.T.D.com. 1990, obs. Michel Cabrillac et Bernard Teyssié.
- ✓ Cass Civ le, 2 Mai 1989 Rev. Droit de l'informatique et des télécoms 1990-2, note M. Vasseur et obs Chamaux.
- ✓ Cass.com. 5 février 1985, R.T.D.com. 1986.
- ✓ Cass.crim. R 11 Octobre 1980.
- ✓ Cass. 3^{ème} civ, 16 novembre 1977, Bull., civ., III, n° 393.
- ✓ cass.Civ.3^{ème}, 10 mai 1968,2 arrêts, Bull, Civ ; III, n° 209.
- ✓ Cass. civ., 1^{ère}, 15 juillet 1957, Bull. civ., I, no331, J.C.P. 1957,IV, L34.
- ✓ Cass. 1^{er} civ., 5 novembre 1952, Bull. Civ. I, n° 286.
- ✓ Cass. civ. 15 mai 1934, D.P. 1934, 113 et D.H. 1934.
- ✓ Bourges, 21 novembre 1871, D.P. 1872, Req. B juillet 1903, D.P. 1903.
- ✓ Req. 10 mars 1829, Merlin 1830, T. 7, 4^{ème} éd., Signature § 8 (citée par Jacques Larrieu, identification et authentification, in Une société sans papier ?, note n°12.
- ✓ Cass., Ch. crim., 27 février 1984.

- ✓ Cour de cassation - Chambre sociale Audience publique du mardi 22 mars 2011, X. c/ Mutuelle Via santé, Non publié au bulletin.
- ✓ Cour de cassation, chambre sociale, Audience publique du mercredi 24 juin 2009, n° de pourvoi: 08-41087, non publié au bulletin.
- ✓ Cass. civ., 24 juin 1952, J.C.P. 1952,11,7779, obs. Pierre Voirin ; Gaz. Pal. 1952, 2.
- ✓ Charles-Henri Gallet, L'engagement du représentant légal d'une société anonyme par une signature ou un paraphe ne permettant pas de l'identifier, Petites affiches du 22 août 1997.
- ✓ Req.20 octobre 1908, D.P. 1910, 1,291.
- ✓ Cass. Civ, 23 mars 1994, Bull.civ., I, n°102. Note de Christian Gavalda, D. 1990, somm, obs. Jérôme Huet ; J.C.P. 1990, éd. G, II, 21576, obs. Georges Virassamy.
- ✓ Cour de cassation, chambre civile 1, Audience publique du jeudi 20 mai 2010, n° de pourvoi: 09 65854, non publié au bulletin.
- ✓ Cour de cassation, chambre civile 1, Audience publique du jeudi 30 septembre 2010, n° de pourvoi: 09-68555.

COUR SUPREME :

- ✓ Arrêt de la Cours suprême n° 2223 du 12 novembre 1989 publié dans la collection des arrêts de CS des années 1983 à1991
- ✓ TRIBUNE PREMIERE INSTANCE :
- ✓ T.P.I, 27 octobre 1994, aff. Fiatagri ; T 34/92, rec. II.
- ✓ T.P.I. Sète, 9 mai 7984, D. 1985, Jp, p.359, note A. Bénabent.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	1
Dédicaces	2
LISTE DES SIGLES ET ABRÉVATIONS :	3
PLAN DE L'ETUDE	Erreur ! Signet non défini.
Introduction :	6
Partie I : La formation du contrat administratif dématérialisé.	19
Partie II: La reconnaissance juridique des procédures dématérialisées d'exécution des marchés publics.	19
PREMIERE PARTIE : LA FORMATION DU CONTRAT ADMINISTRATIF ELECTRONIQUE	20
TITRE I : LES REGLES EN MATIERE DE CONCLUSION DU CONTRAT PUBLIC ELECTRONIQUE.	22
CHAPITRE I : Les règles en matière de formation du contrat public dématérialisé.....	23
Section I : La multiplicité des normes encadrant le contrat électronique	23
§1) L'influence de la technologie sur la production de normes :	24
A- Les principales normes du contrat électronique :	24
b. Les normes contractuelles :	26
B. Les normes techno-juridiques du contrat électronique :	28
§2) Le nouveau régime du contrat électronique :	30
A) L'adaptation des normes existantes au contrat électronique :	30
a. L'adaptation des règles de forme au contrat électronique :	30
b. Vers une interchangeabilité de l'écrit électronique et de l'écrit sur support papier :	31
B) Les nouvelles règles définissant le régime du contrat électronique :	32
a. Le droit commun du contrat électronique	32
b. Les contrats électroniques conclus par un professionnel :	34
Section II : La qualification de contrat électronique : un contrat de droit public	36
§1) La fonction de validité de l'écrit électronique :	36
A) L'influence du droit privé sur l'écrit électronique :	37
a. Les fonctions de l'écrit/ électronique :	38
b. L'équivalence fonctionnelle de l'écrit électronique :	40
B) Le e-contrat public : Compétences et usage.....	44
a. Le régime juridique : droit public et droit privé.....	45
b. Qu'en est-il pour les personnes publiques :	46
§2) Les critères de contrat administratif comme contrat dématérialisé :	47
A) L'identification du contrat administratif électronique:.....	48
a. Le critère organique :	48

b. Critère matériel : L'objet et le contenu du contrat :.....	50
B) Le système probatoire marocain au défit de la preuve électronique :.....	51
a. Vers l'autorisation de la destruction du papier :	52
b. L'influencer du droit de la numérisation sur le régime de la preuve en droit administratif.	54
CHAPITRE II : Le contrat électronique un nouvel environnement pour les relations contractuelles.....	64
Section I : De nouvelles conceptions : les métamorphoses de l'acceptation et du consensualisme.....	65
§1- Le renouvellement des obligations contractuelles :.....	66
A) L'attribution des qualités de la personne juridique à la machine :.....	66
a. L'ordinateur comme outil de communication : une fiction théorique :.....	67
b. L'établissement d'un lien d'obligation entre l'ordinateur et la personne juridique :	68
B) Les forums électroniques : la problématique de la délibération	71
a. E-parapheurs.com:.....	71
b. Signer ou valider une délibération à distance : Modalités d'organisation.....	73
§2 l'expression numérique de la volonté :	76
A- Les paramètres de faisabilité technique:.....	77
a. Mode de communication des contrats publics dans un réseau adressage :	79
b. Les courriels électroniques sous l'égide du nouveau régime de preuve :.....	82
B) Les paramètres de faisabilité sécuritaire :	87
a. Le geste contractuel :.....	87
b. Les mesures de protection :.....	91
Section II : Conclure un contrat administratif par le biais d'un agent électronique :	93
§1- La validité du contrat public électronique :	95
A. L'intelligence artificielle et la personnalité juridique :	96
a. L'agent électronique comme moyen pour le professionnel d'exprimer sa volonté :	96
b. La théorie de l'apparence :	99
B- Le moment et le lieu de formation du contrat électronique :	103
a. Support électronique à la négociation du contrat.	105
b. Une intervention pragmatique du juge du référé précontractuel: Droit comparé	107
§2. Pertinence de la notion de consentement dans la formation des contrats électroniques :	109
A- Formaliser les étapes du contrat électronique : E-Consensualisme	109
a. La rencontre électronique des volontés : l'offre et l'acceptation:	110
b. Le principe en droit administratif :.....	112
B) Les vices du consentement à l'épreuve des contrats publics électroniques :.....	114

a. L'exigence d'un consentement éclairé	114
b. Les vices du consentement dématérialisé	116
TITRE II : LA DEMATERIALISATION DES PROCEDURES DE PASSATION DE MARCHES PUBLICS	120
CHAPITRE I : La reconnaissance juridique des procédures dématérialisées de passation de marchés publics.	121
SECTION I : Le régime évolutif du lancement de la procédure et de la communication par voie électronique.	122
§1 – Le lancement de la procédure de passation d'un marché public sur une plate-forme dématérialisée :.....	122
A) Un préalable : la publication de l'avis d'appel public à concurrence (AAPC).....	123
a. L'obligation de la personne publique :.....	123
b. La mise en ligne des documents	124
B) La liberté des entreprises en choix du mode de transmission des documents :	126
a. Les communications et échanges des documents dématérialisés :	126
b. Les enjeux économiques de la dématérialisation de la commande publique :.....	128
§2. La transparence de la commande publique électronique:	130
A) La dématérialisation : transparence et flexibilité :.....	130
a. La transparence :	130
b. La flexibilité :.....	132
B) L'application limitée de la dématérialisation à la phase de passation de la commande publique.....	133
a. Aux actes précontractuels concernant la seule phase de passation :	133
b. Les actes de procédures exclus de la dématérialisation :	134
Section II : Enchères électroniques inversées : Les conditions de mise en œuvre des procédures.	136
§1- L'introduction des enchères électroniques dans le processus d'achat public :.....	137
A) Les résultats attendus de la mise en œuvre d'une enchère électronique inversée :	137
a. Le comparatif des avantages des procédures classiques/ dématérialisées :	138
b. Les stratégies des entreprises en enchère inversée :	139
B) La mise en œuvre de l'enchère électronique inversée :	140
a. L'attribution du marché en lots :.....	140
b. Pour éviter les ententes:	141
§2 – Enchères électroniques inversées :	143
A) Le Japon et anglo-saxon en phases industriel :.....	143
a. La dématérialisation made in USA rime avec rationalisation :.....	144
b. L'Union Européenne en ordre dispersé :	145

B) L'expérience Marocaine en enchères électroniques inversées :	146
CHAPITRE II: La sécurité de la dématérialisation des contrats publics	150
Section I : La signature électronique au regard de la loi 05.53.....	151
§1- la validité de la signature électronique dans la loi Marocaine.....	153
A) La signature pour des transactions numériques de confiance :.....	154
a. La reconnaissance de la signature électronique :	155
b) Les dispositions légales de la signature électronique :	158
B) Le certificat : « pièce d'identité » dématérialisée.	161
a. La signature électronique sur un certificat qualifié de signature :	161
b. Responsabilité contractuelle : Le porteur du certificat	163
§2. La signature électronique des contrats de la commande publique :.....	166
A) Marchés publics :Passer à la signature électronique	167
a. E-signature un outil incontournable pour l'accès aux marchés publics:	167
b. Le déploiement de la signature électronique :	172
B) Le dispositif de signature électronique : Champ d'application	175
a. Les exigences pour la signature électroniques des délibérations	175
b. Préparer les délégations de signature électronique et de pouvoir	177
SECTION 2 : Les mesures sécuritaires envisageables des informations dématérialisées	182
§1) La cryptographie en vue d'une protection efficace des données transmissives :.....	182
A) Les applications de la cryptographie:	183
a. La cryptographie et le droit marocain:	184
b. La fiabilité de la cryptographie: Les mécanismes de sécurité	188
B) la dématérialisation des données à caractère personnel :	193
a. Une législation de plus en plus stricte pour la protection des données informatiques	193
b. Confiance numérique et protection des données informatiques au droit comparé:	196
§2 - La solution technologique : la certification de l'horodatage	201
A) Les besoins en horodatage des échanges électroniques :.....	201
a. Apportez la preuve irréfutable de l'intégrité des documents avec l'horodatage électronique	202
b. Exigences applicables aux horodatages électroniques qualifiés :	205
B) Vers une solution technique validée par le droit :.....	211
a. Création de la preuve d'accusé de réception électronique :	212
b. Conditions de validité de la lettre recommandée électronique:	214
Conclusion de la première partie.....	217
DEUXIEME PARTIE : LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DES PROCEDURES DEMATERIALISEES D'EXECUTION DE MARCHES PUBLICS.....	219

TITRE I : LES EFFETS D'EXECUTION DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE DEMATERIALISEE.....	221
CHAPITRE I : Droits et obligations des parties	222
SECTION I : L'influence des faits nouveaux :	224
§1- Un nouvel outil du paiement des marchés des personnes morales de droit public ?.	225
A) La simplification de la chaîne des dépenses :	225
a. Le champ d'application de la carte d'achat : Partage d'expérience Française.....	226
b. De nombreux impacts opérationnels :	230
B) La carte d'achat, le plongeon dans la dématérialisation :	232
a. Le rôle de la carte d'achat :	232
b. L'exécution en vente de proximité présente certaines particularités	234
§2- Pratiques relationnelles et commande publique : Enjeux et perspectives	236
A) Les organes du marché public: Intervenants, rôles et responsabilités	237
a. Les acteurs de l'opération contractuelle:	237
b. L'exécution d'une partie du marché public :	241
B) Le contractant de l'acheteur public :	244
a. Les cocontractants interdits :	244
b. vers la généralisation des échanges numériques :	245
SECTION II: Les dispositions réglementaires applicables à l'achat public à distance. ..	248
§1- Les spécificités de l'exécution de l'achat public en ligne :	249
A) L'exercice des pouvoirs de l'administration visant garantir la bonne exécution des obligations contractuelles.....	249
a. Détermination du lieu applicable lors d'exécution du contrat en ligne.....	249
b. Modalités d'exécution :	250
B) Les fortes prérogatives justifiées par la satisfaction de l'intérêt général de dans l'exécution du contrat à distance:.....	252
a. Le pouvoir de direction et de contrôle :	253
b. Le juge du contrat et son pouvoir de sanction du cocontractant de l'administration...	254
§2 - Les obligations contractuelles liées au transfert d'un bien immatériel :	255
A) L'exécution forcée du contrat dématérialisée :	256
a. Nouveau modèle d'obligation de donné contractuels :	257
b. La notion de résultat intrinsèque aux contrats administratifs en ligne :	260
B) Une transposition de contrat productif de l'obligation contractuelle confortée par les influences de l'univers électronique :	263
a. Le transfert de la chose en ligne, une condition du transfert de propriété :	264
b. Effet translatif dans L'ère du numérique: les nouveaux défis.....	266

CHAPITRE II : L'intervention du tiers à l'exécution de la commande publique dématérialisée.....	269
SECTION I : Mettre en œuvre un projet d'archivage électronique des marchés publics dématérialisés.....	270
§1- Les acteurs de l'archivage électronique durant le temps de la durée d'utilité administrative.....	270
A) Documents numériques: réglementation marocaine et externalisation	271
B) La conservation des documents par un tiers archiveur :	274
§2-l'importance de la gestion des enregistrements électronique des documents des marchés publics.	276
A) L'archivage numérique dans la sphère publique : les enjeux d'une législation annoncée	277
a. Les grandes fonctionnalités du service d'archivage électronique :.....	278
b. La planification de la pérennisation :	280
B) La mise en place d'un système d'archivage des documents numériques :	281
a. Les concepts généraux de l'archivage de document électronique :	282
b. Spécifications fonctionnelles pour la conservation des archives dématérialisées :	285
SECTION II : Enjeux du droit d'accès aux documents administratifs numérique	287
§1- Le droit d'accès aux documents administratifs par voie électronique :	289
A) Dématérialisation des communications et échanges des documents administratifs ..	290
a. Le principe du libre choix du mode d'accès:	291
b. Typologie des documents électroniques communicables et non communicables	294
B) Des exigences limitées au droit de communication des documents administratifs dématérialisés.....	299
a. La communication au choix du demandeur :	299
b. Accès aux documents administratifs numériques communicables et reproduction, copie, diffusion :	302
§2- Le Mouvement Open Data et la question de la réutilisation des données :.....	307
A) Le cadre juridique de la réutilisation des données publics :	307
a. Le principe de libre réutilisation des données publiques :	310
b. Périmètre des données administratives réutilisables :	312
B) Des moyens nouveaux au service de la diffusion des données publiques.	315
a. L'internet ouvre des opportunités inédites pour la diffusion des données publiques .	315
b. L'internet révolutionne les modalités de distribution de l'information :	318
TITRE II : LE CONTROLE DU CONTRAT ADMINISTRATIF DEMATERIALISE	322
CHAPITRE I : Les procédures de contrôle du contrat administratif électronique	323
SECTION I : Vers un Contrôle administratif des actes dématérialisé.....	325
§1- Les soubassements juridiques du contrôle de légalité.	325

A) Les actes soumis au contrôle de légalité :	327
B) Les actes non transmissibles sans qu'ils soient écartés du champ de contrôle :	329
§2 – Dématérialisation du contrôle de légalité :	332
A) Vers une télétransmission conditionnée : L'expérience française.....	333
a. Une télétransmission sécurisée :	334
b. Procédure à suivre pour la télétransmission des actes de la commande publique via ACTES :	337
B) Une dématérialisation en suspens :	340
a. Les questions connexes à la télétransmission :	340
b. La dématérialisation de la transmission des actes est-elle source d'optimisation?.....	343
Section II : Réussir le contrôle d'une dématérialisation budgétaire et comptable du marché public.....	346
§1) Les réformes financières de l'économie marocaine : Caractéristiques des échanges numériques.	347
A) Le e-règlement : Révolution monétaire	349
a. Des solutions de paiement mobile et électronique :	349
b. E-factures: Gestion des risques opérationnels :	354
B) Les intérêts de la dématérialisation des factures pour les différentes parties prenantes :	358
a. Pour les entreprises et l'Etat :	359
b. La dématérialisation des factures au sein de l'entreprise :	359
§2 - Les juridictions financières : un contrôle d'évaluation de la performance.....	361
A) La transmission électronique des actes soumis au contrôle budgétaire :	362
a. Les dispositions régissant l'accès des juridictions aux données électroniques :	363
b. Des obligations de contrôle renforcé : Réglementations extrinsèques au décret des marchés publics régissant la dématérialisation	366
B) Les changements en matière de contrôles fiscaux	369
a. Les acteurs du contrôle : Rôle et responsabilité	370
b. Le déploiement de la dématérialisation comptable et financière : Amélioration du contrôle.....	374
CHAPITRE II : Le contentieux du contrat administratif électronique.	379
SECTION I : L'impact de l'internet sur le fondement de la compétence du juge du contrat électronique international.....	381
§1- La prédilection des critères de compétence :	381
A) Le sequitor forum rei : compétence classique en adéquation avec les spécificités du monde électronique	382
a. Les difficultés de l'exécution du contrat administratif électronique:.....	382
b. Les solutions envisageables :	383

B) Le forum actoris : un for protecteur du cyberconsommateur.....	385
a. Le forum actoris : Une protection affichée	386
b. Le forum actoris : une protection à portée limitée	388
SECTION II : L'incidence de la dématérialisation sur le règlement du contentieux du contrat administratif électronique.	394
§1 - La saisine électronique du juge.....	394
A) Le contentieux de l'écrit électronique :	395
B) La copie fidèle :.....	398
a. L'exigence de l'original n'exclut pas une copie fidèle et durable :	399
b. La réédition d'une copie électronique - commencement de preuve :.....	400
§2 - La signature électronique en question, point sur la jurisprudence récente :.....	401
A) Les conditions de la validation d'une signature électronique :.....	401
a. Du non vérification par la Cour d'appel de la valeur de la signature électronique :....	401
b. La défaillance du portail électronique dans la transmission des offres :	402
c. Le rejet de la signature électronique :	403
B) La signature électronique engendre déjà une jurisprudence administrative en France :	404
a. La non validation des signatures « en bloc » de conteneurs zip comprenant les réponses à un appel d'offres:.....	404
b. Le scan d'un document papier signé n'est pas une signature électronique !	407
Conclusion de la deuxième partie	408
Conclusion générale	414
BIBLIOGRAPHIE	416