

**UNIVERSITE PARIS-I PANTHEON-SORBONNE**

DESS Droit de l'internet - Administration – Entreprises



Mémoire en vue de l'obtention du DESS  
session de septembre 2003

Le contrat administratif face à l'électronique :  
Peut-il exister un contrat administratif électronique ?

Présenté par Delphine Kessler

Président du Jury : Georges Chatillon, Directeur du DESS  
Directeur de mémoire : Georges Chatillon, Directeur du DESS

## **REMERCIEMENTS**

*Je tiens, en premier lieu, à remercier M. Georges Chatillon qui, en tant que professeur et directeur de DESS, a su me transmettre son goût pour le droit des nouvelles technologies. Ses enseignements, son soutien et sa disponibilité m'ont beaucoup apporté.*

*Je remercie, tout particulièrement, Anne Cantero qui fut un de mes professeurs, pour sa disponibilité et ses conseils toujours avisés.*

*Enfin, je remercie les professeurs du DESS droit de l'internet, pour la qualité de leurs enseignements et leur disponibilité.*

## SOMMAIRE

<b>SOMMAIRE</b> .....	1
<b>INTRODUCTION</b> .....	4
Chapitre 1 De la possibilité de conclure un contrat administratif par voie électronique.....	11
Section I : La qualification de contrat électronique : un contrat de droit public ?.....	11
A ) L'écrit électronique ou prédominance de la conception privatiste.....	11
B ) Le contrat électronique et les contrats de droit privé de l'administration .....	14
C ) Le contrat électronique et la qualification de contrat administratif.....	17
Section II : La passation d'un contrat administratif par voie électronique .....	24
A ) Liberté contractuelle et contrat électronique.....	24
B ) Du choix du cocontractant dans l'univers électronique.....	26
C ) De la prise de décision et de l'expression de la volonté dans l'univers électronique.....	28
D ) La conclusion du contrat : l'impératif électronique .....	33
E ) La procédure de passation électronique des marchés publics électronique.....	39
Chapitre 2 - De la mise en œuvre du contrat administratif par voie électronique.....	48
Section I - L'exécution du contrat administratif électronique.....	48
A ) Les modifications au contrat administratif électronique.....	49
B ) L'exécution du contrat administratif électronique : la problématique de l'exécution en ligne .....	53
Section I I- Les procédures de contrôle et d'archivage du contrat administratif : les vrais obstacles à l'usage de l'électronique ?.....	57
A ) La télétransmission du contrat administratif pour contrôle de légalité : bientôt une réalité.....	57
B ) L'exécution financière du contrat administratif électronique : une dématérialisation complexe .....	59
C ) L'archivage de l'écrit électronique : un défi bientôt relevé.....	65
Section III- Le contentieux du contrat administratif électronique.....	70
A ) La saisine électronique du juge.....	70
B ) L'électronique : de nouvelles sources de contentieux ? .....	71
<b>CONCLUSION</b> .....	76
<b>BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE</b> .....	77

## INTRODUCTION

Nous ne pouvons le nier, le monde bouge. Notre société progresse, elle évolue notamment au gré des progrès technologiques. Actuellement, ce qui tend à transformer notre quotidien, ce sont les technologies de l'information et de la communication<sup>1</sup> et plus particulièrement l'internet<sup>2</sup>.

Même si l'internet n'a pas encore révolutionné notre vie, il risque de la modifier dans notre futur. Maintenant que la bulle de l'économie numérique a éclaté, qu'un cadre juridique se construit autour d'internet, que les mentalités évoluent et que des initiatives sérieuses se mettent en place, on risque d'assister à l'avènement de la société de l'information, de l'économie numérique et de l'administration électronique.

En tout cas, nos hommes politiques et nos dirigeants y croient. 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<sup>3</sup>.

En effet, 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 Lionel 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 - développement ou bien encore de mettre en place les outils de régulation adaptés.

Ces discours d'intentions ont été suivis de travaux et de mesures concrètes. Dans la période qui suit le P.A.G.S.I., il y a eu une multiplication de rapports publics sur le sujet dont les plus connus sont notamment le rapport du Conseil d'Etat de 1998 «*L'Etat et les réseaux numériques*», le rapport de T.Carcenac de 2001 «*Pour une administration électronique citoyenne- Méthodes et Moyens*», le rapport de P. Truche de 2002 «*Administration électronique et protection des données personnelles*», le rapport Lasserre de 2000 «*l'Etat et*

---

<sup>1</sup> Le concept de technologies de l'information et de la communication fédère l'ensemble des outils de traitement de l'information "nés de la révolution numérique et susceptibles d'être reliés entre eux via les réseaux de télécommunications". Voir N. Mallet- Pujol, *les libertés en situation : enjeux actuels – Les libertés de l'individu face aux nouvelles technologies de l'information*, cahiers français, 2000, n°296, p59.

<sup>2</sup> L'internet est défini par la Commission générale de terminologie et de néologie comme un réseau mondial associant des ressources de télécommunication et des ordinateurs serveurs et clients, destiné à l'échange de messages électroniques, d'informations multimédias et de fichiers. Il fonctionne en utilisant un protocole commun qui permet l'acheminement de proche en proche de messages découpés en paquets indépendants. Voir J.O., 16 mars 1999, p.3905 .

<sup>3</sup> L'internet est ainsi la cause de la réforme (nécessité d'adapter les structures aux nouvelles conditions technologiques) le moyen et le prétexte tant espéré de réformer l'administration (possibilité de mettre en place une nouvelle gestion publique, gain de productivité, informatisation de tâches répétitives..)

*les technologies de l'information – Vers une administration à accès pluriel* », etc. A coté de ces travaux, des actions concrètes ont été mises en place tenant notamment à la mise en ligne des formulaires et des documents administratifs, à la diffusion des données publiques<sup>4</sup>, à la mise en place de quelques téléprocédures<sup>5</sup>, au droit de la preuve dans l'univers électronique<sup>6</sup>, à l'aménagement numérique du territoire<sup>7</sup>, à l'équipement des établissements scolaires en matériel informatique, etc.

Même si tous les efforts mis en œuvre n'ont pas encore porté leurs fruits ou peuvent sembler insuffisants, toujours est-il qu'ils montrent bien l'importance accordée, par nos dirigeants, au développement et à l'appropriation des technologies de l'information.

La politique en matière de développement de l'administration électronique et de l'économie numérique semble donc dépasser les clivages politiques, puisque le gouvernement Raffarin prête également une grande attention à ces questions et continue de mener des actions en leur faveur. La politique en matière de nouvelles technologies semble survivre au gouvernement qui l'avait amorcé.

L'actuel Premier ministre, M. Raffarin a présenté, le 12 novembre 2002, son propre plan d'action en la matière intitulé « *Pour une république numérique dans la société de l'information* » (dit RE/SO 2007) et cela a d'ores et déjà abouti à l'adoption en conseil des ministres du projet de loi pour « *la confiance dans l'économie numérique* », à la prise de nouvelles orientations en matière d'aménagement numérique du territoire lors du Comité Interministériel à l'Aménagement et au Développement du Territoire (C.I.A.D.T.) du 13 décembre 2002<sup>8</sup>, à l'adoption d'un plan d'innovation destiné notamment à aider les jeunes entreprises innovantes à accroître leurs efforts en Recherche et Développement, à la création de l'Agence pour le Développement de l'Administration Electronique (A.D.A.E)<sup>9</sup>, etc.

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<sup>10</sup> (et qui devront à terme être transposés dans l'ordre juridique français).

On le voit, 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.

---

<sup>4</sup> La diffusion des données publiques s'est notamment effectuée au travers de la mise en place de sites comme [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), [www.service-public.fr](http://www.service-public.fr), [www.ladocfrancaise.gouv.fr](http://www.ladocfrancaise.gouv.fr), etc.

<sup>5</sup> comme la déclaration des impôts sur le revenu en ligne (télé-IR) ou la déclaration et le paiement de la TVA en ligne (télé-TVA), comme net-entreprise qui permet d'effectuer en une seule fois plusieurs déclarations, etc.

<sup>6</sup> loi du 13 mars 2000, portant adaptation du droit de la preuve aux technologies et l'information et relative à la signature électronique

<sup>7</sup> en favorisant la création d'espace public numérique ou de point d'accès public

<sup>8</sup> Le volet "numérique" du C.I.A.D.T. comporte quatre axes opérationnels : la préservation de l'équité territoriale (en particulier pour la desserte des territoires en téléphonie mobile), le développement de l'internet haut débit pour assurer la compétitivité et la cohésion des territoires, l'offre d'outils de formation performants et accessibles pour répondre à l'exigence d'un accès partagé aux savoirs, le développement de nouveaux usages et de services liés aux technologies de l'information et de la communication (en particulier utiles à la modernisation des services publics).

<sup>9</sup> Créée par décret du 22 février 2003 portant création des services interministériels à la réforme de l'Etat

<sup>10</sup> Pour exemple : voir la directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques ; la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 sur la société de l'information (ou dite sur le commerce « électronique »), etc.

En effet, l'appropriation par les personnes publiques des nouvelles technologies est le passage obligé du développement de l'administration électronique, car celle-ci n'implique pas seulement la mise en place d'actions dans l'environnement numérique (création de sites internet, téléprocédures, etc.), elle demande aussi que les personnes publiques utilisent ces nouveaux moyens technologiques pour se réformer (passage d'une administration en silo à une administration en réseaux<sup>11</sup>), se moderniser et s'intégrer (utiliser les mêmes moyens que les autres acteurs économiques et sociaux).

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 donc entrer dans l'ère de la numérisation des actes administratifs<sup>12</sup> 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 affirmé<sup>13</sup> 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 ?

S'il existe quelques travaux sur le cadre juridique que l'on doit donner à l'administration électronique<sup>14</sup> (notamment à l'égard de la protection des données personnelles ou de la diffusion des données publiques), il existe peu d'études<sup>15</sup>, 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

---

<sup>11</sup> Ce qui suppose des investissements en terme de matériels et de formations du personnel, une réforme des modes et des cultures de travail, des adaptations législatives (par exemple tenant à l'interdiction d'interconnexion de fichiers)....

<sup>12</sup> Voir dans ce sens la thèse d'Anne Cantero, « *Des actes unilatéraux des communes dans le contexte électronique – Vers la dématérialisation des actes administratifs ?* » Presse Universitaire d'Aix - Marseille, 2002, 449 p.

<sup>13</sup> Voir rapport du Conseil d'Etat, section du rapport et des études, « *l'Etat et les réseaux numériques* », Paris, 1998, la Documentation française.

<sup>14</sup> Notamment des rapports publics tel que le rapport de T.Carcenac « *Pour une administration électronique citoyenne - Méthodes et Moyens* », La documentation française, 2001 ; le rapport de P. Truche, « *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.

<sup>15</sup> En effet, en la matière, nous ne connaissons que deux travaux de recherche, à savoir la thèse précédemment citée d'Anne Cantero et le mémoire de Christophe Accardo, « *La dématérialisation des procédures de passation des marchés publics* », mémoire D.E.A. de droit public des affaires de Paris X- Nanterre, septembre 2001.

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 ?

Or, ces questions sont essentielles, si on veut 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 et il n'existe qu'une seule disposition réglementaire, s'attachant aux problématiques qui nous préoccupent, à savoir l'article 56 du Code des Marchés Publics (C.M.P) relatif à la dématérialisation des procédures<sup>16</sup>.

Il faut chercher dans le droit privé pour avoir des bribes de solutions<sup>17</sup>. Mais faut-il encore qu'elles soient satisfaisantes du point de vue du droit administratif et reprises par ses juridictions<sup>18</sup>.

Comme nous ne pouvons pas répondre à toutes ces interrogations, nous avons décidé d'axer notre étude uniquement sur la problématique de la passation des contrats administratifs par voie électronique.

En effet, alors que des procédures de passation de marchés informatisées se mettent en œuvre, qu'est débattu au Parlement un projet de loi portant en partie sur la validité des conventions passées électroniquement<sup>19</sup>, il nous a semblé important de traiter dans ce mémoire 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 ? »

Avant toute chose, il convient de comprendre ce que nous entendons par « contrat électronique » (ou contrat passé par voie électronique).

Selon Thierry Revet<sup>20</sup> 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<sup>21</sup> 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 donc caractérisé par son mode de conclusion, voire d'exécution. C'est pourquoi Thierry Revet conclue que « *la formule de contrat électronique désigne le contrat où l'électronique constitue une manière de contracter, voire de réaliser un contrat* ».

---

<sup>16</sup> A ce propos, nous devons rappeler que le mémoire de C.Accardo, « *La dématérialisation des procédures de passation des marchés publics* » (mémoire D.E.A. de droit public des affaires de Paris X- Nanterre, septembre 2001), traite essentiellement de l'article 56 C.M.P.

<sup>17</sup> Voir, par exemple pour l'aspect doctrinal, l'étude sur le « contrat électronique » de droit privé réalisée par l'association Henri Capitant dans « *Le contrat électronique* », (travaux de l'association Henri Capitant, Toulouse 2000, édition Panthéon-Assas). Pour l'aspect législatif, le droit privé dispose de la loi portant sur la preuve électronique (Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000, loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique) et du projet de loi sur l'économie numérique.

<sup>18</sup> Le droit administratif a repris de nombreux principes issus du code civil. Ainsi, par exemple, la théorie des vices du consentement a été « transposée » du droit civil au droit administratif (CE, 14 décembre 1923, Etlin, Lebon, p.858).

<sup>19</sup> Voir le projet de loi sur la confiance dans l'économie numérique.

<sup>20</sup> Voir le 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.

<sup>21</sup> Nous entendons le vocable « électronique » de manière assez restrictive. Ainsi, le terme électronique désignera essentiellement les procédés issus des technologies de l'information et de la communication.

Il pose donc une définition assez large du contrat électronique puisque, dans un sens plus strict, nous aurions pu retenir comme définition du contrat électronique seulement celui des contrats qui se concluent et s'exécutent totalement en ligne.

Cependant, nous retiendrons la définition extensive de Thierry Revet, car il nous semble que la simple conclusion électronique d'un contrat fait acquérir une "spécificité" suffisante pour mériter la qualification de "contrat électronique".

Ainsi, notre étude portera aussi bien sur les contrats conclus et réalisés en ligne que sur ceux dont l'échange des instruments seul s'est effectué par voie électronique<sup>22</sup>.

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 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* »<sup>23</sup>.

Un contrat est donc 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* »<sup>24</sup>.

Ainsi, pour reprendre, en la modifiant, la formule de Thierry Revet, le contrat administratif électronique serait « le contrat administratif où l'électronique constitue une manière de contracter, 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<sup>25</sup> à la passation du contrat.

Par ailleurs, la procédure de passation du contrat administratif étant complexe, nous pouvons nous demander si toute la procédure de passation doit être réalisée de manière électronique pour entraîner la qualification de "contrat administratif électronique".

Si l'on revient à l'essence même du contrat, il s'agit d'un échange de volonté faisant naître des obligations. C'est pourquoi, nous pouvons considérer qu'un contrat est électronique quant, au minimum, l'échange des consentements se fait par le biais de procédés électroniques.

Si nous choissions une définition plus stricte, nous ne serions 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 un "tout électronique". De même, cela serait considéré comme des contrats "classiques" des contrats qui ont une vraie spécificité.

Ce support, parce qu'inimaginable jusqu'alors, pose donc des problèmes de "compatibilité" avec le droit positif.

Nous l'avons vu, en droit privé, la reconnaissance de contrats passés par voie électronique a nécessité une adaptation du droit de la preuve, et nécessite actuellement des adaptations législatives concernant la reconnaissance de la validité des contrats électroniques.

---

<sup>22</sup> C'est-à-dire par l'envoi et la signature de contrat par courriel scellé par une signature électronique.

<sup>23</sup> Définition de J.-P. Pastorel, « *droit administratif* », mémentos, 4<sup>ème</sup> édition, Gualino éditeur, 1999, 224p.

<sup>24</sup> Définition de L. Richer, « *droit des contrats administratifs* », 3<sup>ème</sup> édition, manuel, L.G.D.J, 2002, 587 p.

<sup>25</sup> Le support renvoie au procédé matériel choisi pour passer, conclure ou exécuter le contrat.

Ainsi, le droit civil ne permettait pas de reconnaître une force juridique à une grande majorité de contrats qui pouvaient être passés par voie électronique, car la preuve littérale étant le principe en droit civil<sup>26</sup>, la plupart des actes juridiques devaient être prouvés par écrit.

Par conséquent, avant l'assimilation de la force probante de l'écrit électronique à celle de l'écrit papier, la valeur "ad probationem" du contrat électronique ne pouvait être reconnue que dans les quelques cas où la liberté de la preuve était admise, c'est à dire, notamment, pour les contrats entre commerçants<sup>27</sup> et pour les contrats de moins de 800 euros<sup>28</sup>.

Cela risquait donc de créer une insécurité juridique pour tous ces autres contrats passés en ligne, d'où la nouvelle législation dans ce domaine<sup>29</sup>.

Toutefois, il s'est avéré que cette loi était insuffisante pour régler tous les problèmes liés à l'arrivée de ce nouveau support. Au regard des travaux préparatoires de la loi, une grande majorité de la doctrine<sup>30</sup> considère que le législateur n'a pas entendu viser les écrits "ad validitatem". L'écrit électronique est donc admis à titre de preuve (ad probationem), mais pas à titre de validité (ad validitatem).

Pour certains contrats, comme les contrats de consommation (courant sur internet), qui requièrent l'établissement d'un écrit à titre de validité, l'usage d'un écrit électronique n'est alors pas possible puisque privé de force juridique. D'où la nécessité du projet de loi sur « *la confiance dans l'économie numérique* » qui reconnaît la force ad validitatem du contrat électronique (sous réserve de certaines conditions).

Or, 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.

En effet, 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<sup>31</sup> 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 donc pas sans intérêt du point de vue de la réflexion juridique. En outre, elle implique des enjeux économiques et organisationnels tendant notamment à l'utilisation de la signature

---

<sup>26</sup> Voir article 1341 du code civil

<sup>27</sup> Voir article 110-3 du code de commerce

<sup>28</sup> Voir article 1341 et suivants du code civil ainsi que le Décret n° 80-533 du 15 juillet 1980, pris pour l'application de l'article 1341 du code civil

<sup>29</sup> Voir Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000, loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique. Cette loi a notamment modifié l'article 1316 du code civil en définissant la preuve littérale et ce d'une manière très large afin de n'exclure aucune technologie existante ou à venir (principe de neutralité technologique). En outre elle pose des conditions de validité à l'égard de l'écrit et de la signature électronique (il y a une certaine méfiance à l'égard de l'univers numérique), en effet ceux-ci doivent garantir l'imputabilité et l'intégrité de l'acte (il faut en outre remplir des conditions tenant à la conservation et à l'archivage de ces actes).

<sup>30</sup> P. Catala, « *le formalisme et les nouvelles technologies* », Defrenois 2000 p.897 ; P.-Y. Gautier et X. Linant de Bellefonds, « *De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent* », JCP G 2000, I, n°236 ; L. Grynbaum, « *projet de loi sur la société de l'information : le régime du contrat électronique* », D.2002, n°4, p378 ; etc. A noter, en sens contraire, J. Passa, « *Commerce électronique et protection du consommateur* », D. 2002, n°6, doctrine, p562.

<sup>31</sup> En fait les problèmes juridiques se posent déjà, sauf qu'il n'y a pas encore de réponse juridique (peu ou pas de textes, de jurisprudences ou de réflexions)

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

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. Aussi, notre mémoire aura essentiellement pour objet de voir si et dans quelles conditions un contrat administratif électronique est envisageable.

Il existe différents types de contrat administratif. Du contrat de marché public au contrat de concession de domaine public en passant par le contrat de recrutement d'agent public, chaque type de contrat présente des spécificités. Il ne s'agira donc pas de revenir sur chacune de ces particularités, car chaque catégorie de contrats administratifs pourrait faire l'objet d'une étude propre.

C'est la raison pour laquelle, nous nous attacherons essentiellement à étudier la possible utilisation de l'électronique par rapport à ce qui constitue « le droit commun » du contrat administratif. Bien sûr, cela n'exclut pas le fait que nous reviendrons parfois sur certaines procédures particulières à certains contrats administratifs, dans la mesure où celles-ci peuvent se trouver toutes particulièrement intéressantes au regard de la problématique liée à l'intégration de l'électronique.

Nous avons choisi d'adopter un plan assez pédagogique afin de traiter le sujet avec le plus de clarté possible. Ainsi, nous traiterons tout d'abord de la problématique la conclusion du contrat administratif électronique (chapitre I), avant d'envisager la mise en œuvre de celui-ci (chapitre II).

## **Chapitre 1 De la possibilité de conclure un contrat administratif par voie électronique**

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. C'est pourquoi, avant toute chose, il semble important d'étudier si le support électronique ne fait pas obstacle à la qualification de contrat administratif (I) ; puis il faut envisager dans quelle mesure la passation d'un contrat administratif par voie électronique est admissible au regard de la procédure administrative (II).

### **Section I: La qualification de contrat électronique : un contrat de droit public ?**

Eu égard à la prédominance de la conception privatiste en matière de contrat électronique (A), il est loisible de se demander si un contrat passé par voie électronique peut supporter un régime de droit public. Si bien qu'il convient de préciser que les contrats que l'administration pourra conclure de manière électronique ne sont pas seulement des contrats de droit privé (B).

Ainsi, l'électronique n'étant qu'un support, il n'y a normalement pas de régime particulier qui lui soit attaché. Il est donc intéressant d'étudier si la qualification de contrat administratif peut être admise pour les contrats passés par voie électronique (C).

#### ***A) L'écrit électronique ou prédominance de la conception privatiste***

Le peu de travaux concernant le droit public des contrats électroniques laisse parfois penser que le contrat électronique n'a une existence et un usage potentiel que dans le cadre du droit privé. En effet, les avancées législatives<sup>32</sup>, les nombreux travaux, études ou articles en droit privé font qu'il y a une vraie construction intellectuelle autour de la problématique des nouvelles technologies et tout particulièrement vis-à-vis du contrat électronique. Il existe donc une vraie doctrine en la matière.

---

<sup>32</sup> Loi du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, projet de loi sur la confiance dans l'économie numérique, etc.

Etant donné que l'équivalent n'existe pas en droit public<sup>33</sup>, il y a fort à parier que les constructions intellectuelles se feront sous l'influence du droit privé.

C'est même déjà le cas, dans la mesure où l'article 56 du code des marchés publics, concernant la dématérialisation des procédures, renvoie à des décrets d'application visant directement des dispositions du Code Civil, à savoir les articles 1316 à 1316-4 du Code Civil<sup>34</sup>, qui admettent l'écrit électronique et posent les conditions pour que celui-ci ait force probante.

Par exemple, il est ainsi disposé que : *«les candidatures et les offres transmises par voie électronique doivent être envoyées dans des conditions qui permettent d'authentifier la signature du candidat selon les exigences posées aux articles 1316 à 1316-4 du code civil »*.

Par conséquent, la réponse à un appel d'offre par voie électronique suppose l'utilisation d'une signature électronique répondant aux critères posés par le décret d'application de l'article 1316-4 du code civil.

Le droit administratif reprend donc les solutions trouvées en droit privé concernant l'intégration du support électronique. C'est d'ailleurs assez surprenant, que soient directement visés des articles du Code Civil dans la procédure de passation des marchés publics<sup>35</sup>, quand on sait qu'un contrat administratif se caractérise en partie par le fait d'être soumis à un régime dérogatoire du code civil.

De même, au travers de certaines jurisprudences telles que l'arrêt du Conseil d'Etat du 28 décembre 2001 dit «élection municipale d'Entre-Deux-Monts»<sup>36</sup>, on sent bien que le Conseil d'Etat reprend à sa manière les solutions existantes en droit privé à l'égard des écrits électroniques.

Dans cette espèce, un administré avait saisi un préfet par courrier électronique afin de contester une élection. Cette saisine par courriel a été admise par le Conseil d'Etat dans la mesure où le courriel avait été confirmé quelques jours plus tard par un écrit "papier".

Pour le conseil d'Etat, la confirmation par écrit "papier" permet de garantir l'authentification de l'auteur (c'est à dire l'imputabilité de l'acte).

L'écrit "papier" a permis de donner force probante à l'écrit électronique.

D'autre part, au vu des conclusions du commissaire du gouvernement, Mme Christine Maugüe, concernant cet arrêt, il apparaît que la décision du conseil d'Etat a été prise en fonction de l'état du droit privé.

En effet, les conclusions du commissaire du gouvernement dispose que *«lorsque ces dispositions<sup>37</sup> auront toutes été édictées et seront rentrées en application, nous pensons qu'il sera alors possible de saisir valablement le juge administratif par l'envoi d'un courrier électronique, sous réserve pour les requérants de s'être dotés d'une signature électronique sécurisée. Mais en l'état actuel du droit, l'envoi d'un courrier électronique ne présente pas les garanties de fiabilité requises, ne serait ce que parce qu'un courrier électronique peut être très aisément contrefait et qu'il est établi dans des conditions techniques qui ne sont pas indiscutables »*.

---

<sup>33</sup> Nous l'avons déjà dit auparavant, les travaux concernant l'écrit électronique, et plus précisément, le contrat électronique dans le cadre du droit public sont pour ainsi dire inexistant. En effet, les quelques études et articles concernent le plus souvent la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics. Rien donc s'agissant du contrat électronique de droit public.

<sup>34</sup> ainsi que le décret d'application de l'article 1316-4 du Code Civil

<sup>35</sup> Nous rappelons ici qu'un marché public est un contrat administratif par détermination de la loi (Loi du 28 pluviose an VIII) .

<sup>36</sup> Vous pouvez trouver cet arrêt sur le site [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

<sup>37</sup> A savoir le décret d'application de l'article 1316-4 du Code Civil, qui au moment des conclusions n'avait pas encore été pris.

Même si la solution du conseil d'Etat conserve son originalité dans la mesure où elle admet l'écrit électronique confirmé par l'écrit papier (ce qui est permis par la liberté de la preuve en droit administratif), il est donc clair que la non reconnaissance de l'écrit électronique à titre de preuve est liée à l'état du droit privé.

Antérieurement le Tribunal Administratif de Nantes, dans sa décision du 7 juin 2001, «Elections Municipales de Maisdon-sur-Sèvres»<sup>38</sup>, refusait déjà d'accorder une valeur probante à la copie d'un avis d'envoi d'un message électronique, indiquant la date et l'heure de l'envoi du courriel, au motif que ce seul document, d'une fiabilité incertaine, n'établissait pas que le message électronique ait été adressé dans les délais requis.

L'influence de la conception privatiste apparaît, en la matière, avec évidence.

De la même manière, on peut supposer que si le contenu du courrier électronique avait été mis en cause, le Conseil d'Etat aurait également exigé que l'écrit électronique permette de garantir que le contenu du message n'ait pas été modifié. Il est possible d'imaginer que le Conseil d'Etat s'attacherait à ce que l'intégrité de l'acte soit avérée pour admettre un écrit électronique.

Malgré le fait que la preuve soit libre en droit administratif, le juge administratif semble donc avoir adopté les mêmes exigences que le droit privé à l'égard de l'écrit électronique. Par conséquent, retenons qu'en droit administratif comme en droit privé, l'écrit électronique ne sera admis à titre de preuve que s'il est revêtu d'une signature électronique<sup>39</sup>.

Par ailleurs, on retrouve dans ces arrêts le même souci qu'en droit privé de garantir l'imputabilité de l'écrit électronique. Il y a bien dans les deux ordres de juridictions une méfiance à l'égard de l'écrit électronique<sup>40</sup> qui les pousse à être plus exigeantes et plus formalistes dans leur admission.

Il n'est donc impossible de nier le fait que le droit administratif subisse l'influence des conceptions "privatistes" en matière d'écrit électronique. En effet, le droit administratif admettant la liberté de la preuve, le juge administratif aurait pu admettre beaucoup plus aisément l'écrit électronique. Il était alors en mesure d'adopter une position différente, plus "libérale" à l'égard de l'écrit électronique et ainsi écarter l'exigence d'une signature électronique<sup>41</sup>.

L'admission de l'écrit électronique à titre de preuve semble donc mener à un cheminement similaire dans les deux ordres de juridictions.

En outre, il est permis de penser que le rapprochement du droit administratif en direction du droit privé est promis à s'approfondir davantage à l'égard de l'écrit électronique. Ainsi, il est probable que l'usage de la signature électronique par les personnes publiques, l'informatisation de la procédure de passation des marchés publics et l'appropriation par les

---

<sup>38</sup>Décision reproduite par les «*Petites Affiches*», 10 août 2001, n°159, conclusions M.Degommier.

<sup>39</sup> Il faudra sans doute, en droit administratif également, que cette signature électronique remplisse les conditions posées par le décret d'application de l'article 1316-4 du Code Civil (Décret n° 2001-272 du 30 mars 2001, décret pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique). En effet, seule la signature électronique sécurisée permet de garantir l'imputabilité et l'intégrité d'un acte.

<sup>40</sup> Celle-ci étant liées à l'idée que les technologies de l'information et de la communication sont moins fiables et plus facilement contrefaites.

<sup>41</sup> D'autant que l'exigence d'une signature électronique (telle qu'entendue par le décret d'application de l'article 1316-4 du code civil) peut, dans un premier temps, rendre l'usage du support électronique moins attractif du fait des coûts liés à l'acquisition d'une signature électronique.

personnes publiques de pratiques ayant davantage cours dans la sphère privée<sup>42</sup> amènent, soit le droit administratif à prendre exemple<sup>43</sup> des solutions admises en droit privé, soit les personnes publiques à se comporter davantage comme des personnes privées.

Or, des générations de juristes et même, parfois, le législateur<sup>44</sup> ont bien souvent voulu rétablir l'unité du droit et mettre fin au régime dérogatoire en matière de contrat administratif, l'intégration du support électronique au droit des contrats administratifs en serait-elle l'opportunité ?

Affirmer cela serait aller trop loin. L'électronique, en l'état actuel du droit, ne peut représenter qu'un point de jonction, de rapprochement entre les deux branches du droit. Il est seulement possible d'imaginer que le droit administratif fera davantage recours aux solutions de droit privé et s'étoffera de références au droit civil.

De plus, le droit communautaire, qui ne connaît pas la distinction entre droit public et droit privé, impulse un rapprochement entre droit administratif et droit privé. Ainsi, la directive du 13 décembre 1999 dite «signature électronique»<sup>45</sup> vise tous les types de contrats, indistinctement du fait qu'ils soient de droit public ou de droit privé ; et ce même si celle-ci prévoit des aménagements légaux possibles à l'égard des personnes publiques<sup>46</sup>.

C'est pourquoi en matière d'écrit, et plus particulièrement, de contrat électronique, nous serons souvent amenés, dans le cadre de cette étude, à nous référer aux solutions et à la doctrine de droit privé<sup>47</sup>.

Même s'il ne s'agit pas de l'objet de notre étude, il est intéressant d'envisager succinctement si l'utilisation des technologies de l'information et de la communication peut avoir des incidences sur l'utilisation des contrats de droit privé par les personnes publiques.

## ***B) Le contrat électronique et les contrats de droit privé de l'administration***

Ce point est intéressant car il permet d'en finir avec certaines idées préconçues. Ainsi, nous verrons qu'une personne publique peut conclure par voie électronique des contrats de droit privé (1), 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 (2).

---

<sup>42</sup> Nous pensons tout particulièrement aux enchères électroniques, aux places publics d'achat ou à la conclusion de contrats commerciaux en ligne, etc.

<sup>43</sup> Nous pensons que le juge administratif aura plus tendance à s'inspirer des solutions de droit privé qu'à les reprendre dans leur totalité.

<sup>44</sup> Voir le projet de loi Viviani, portant attribution de compétence aux tribunaux civils pour les marchés de travaux publics et de fournitures passés par les diverses administrations publiques et aux conseils de préfectures pour toutes les concessions de services publics, documents parlementaires, Chambre, session ordinaire du 25 juillet 1916, annexe n°2407, J.O., p. 1351-1352.

<sup>45</sup> Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, portant sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques.

<sup>46</sup> A noter qu'aucune dispositions légales, en droit français, ne prévoit un quelconque aménagement en faveur des personnes publiques. Cela explique sans doute en partie le flou juridique actuel.

<sup>47</sup> D'autant que telle semble être la tendance en droit administratif concernant l'écrit électronique.

## 1) De l'usage du contrat électronique de droit privé par les personnes publiques

Tous les contrats passés par les personnes publiques ne sont pas des contrats administratifs. 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 Romieu dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 6 février 1903, dit arrêt «Terrier»<sup>48</sup>. 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»<sup>49</sup> 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 donc 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).

De ce fait, une personne publique peut parfaitement conclure un contrat électronique de droit privé. Elle peut ainsi 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. Cela ne pose donc, 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<sup>50</sup>.

Pourtant, ce n'est pas si simple. Il existe une zone d'ombre. En effet, 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 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 françaises.

Le silence des textes induit donc qu'une personne publique peut utiliser la signature électronique sécurisée dans les mêmes conditions qu'une personne privée<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> Voir *«les grands arrêts de la jurisprudence administrative»*, M.Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B.Genevois, 12<sup>ème</sup> édition, Dalloz, p. 69.

<sup>49</sup> Voir *«les grands arrêts de la jurisprudence administrative »*, M.Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B.Genevois, 12<sup>ème</sup> édition, Dalloz, p.154.

<sup>50</sup> 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 elles soumises au droit public.

<sup>51</sup> Nous reviendrons ultérieurement sur ce point. Voir chapitre I, section I, partie C, numéro 1.

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 ?

## 2) L'usage de l'électronique par 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-elle 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'emporte 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. Par exemple, dans le cadre de l'article 56 du C.M.P.<sup>52</sup>, le candidat à un marché public peut soumettre son offre et sa candidature via courrier électronique scellé par une signature électronique. Le droit public est donc en mesure d'appréhender l'usage de la signature électronique sécurisée, comme bien sûr celui de la signature ordinaire.

D'autre part, pour ce qui concerne les autres outils issus des technologies de l'information, si on admet que l'utilisation de sites d'enchères ou de sites de commerce électronique peut placer une personne publique dans les mêmes conditions qu'un particulier<sup>53</sup> 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<sup>54</sup> et cela représente une grande partie des contrats réalisés par l'administration. 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

---

<sup>52</sup> Voir l'article 4 du décret du 30 avril 2002 pris en application du 1° et 2° de l'article 56 du code des marchés publics.

<sup>53</sup> Ce qui nous permet d'écarter les critères de qualification liés à l'existence d'une clause et d'un régime exorbitant du droit commun.

<sup>54</sup> Voir la loi dite MURCEF du 11 décembre 2001 (J.O. 12 décembre 2001, p.19703).

électroniques de droit privé dans le cadre de l'administration<sup>55</sup>. En effet, ces outils auraient trouvé tout particulièrement à s'appliquer concernant les contrats de services et de fournitures.

Si l'utilisation de sites de commerce électronique ou d'enchères fait en sorte que la personne publique se comporte davantage comme une personne privée (puisque'il n'y aura pas alors ni de clause ni de régime exorbitant de droit commun), il ne faut pas oublier que la qualification de contrat administratif dépend aussi d'autres critères tels que la participation au service public ou la qualification légale.

Les contrats de droit privé ne sont donc 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 ?

### ***C) Le contrat électronique et la qualification de contrat administratif***

Le contrat électronique n'a pas un régime propre et, il s'agit ici d'étudier un contrat électronique potentiellement de droit public. 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 (1). Mais il faut un autre élément pour confirmer le caractère administratif, c'est pour cela qu'il est recouru aux critères matériels (2). A défaut, reste la qualification par détermination de la loi (3).

Nous verrons donc si critère organique et critères matériels sont compatibles avec le support électronique.

#### **1) Le critère organique ou la problématique de l'utilisation de la signature électronique par une personne publique**

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* »<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> 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 légale, cela aurait sans doute abouti à un développement des contrats de droit privé de l'administration.

<sup>56</sup> 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, 473.

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, l'article 56 du C.M.P. permet la dématérialisation des procédures de passation de marchés publics. En effet, il existe déjà des extranets fournisseurs<sup>57</sup>, des plates-formes de dématérialisation des procédures de passation et des sites d'initiations aux enchères inversées<sup>58</sup>, où des contrats entre personnes publiques et personnes privées sont conclus.

En outre, la directive du 8 juin 2000, dite «commerce électronique»<sup>59</sup>, 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 contrats<sup>60</sup>.

Les personnes publiques ne sauraient donc être exclues de la possibilité de passer des contrats en double cliquant ou en usant de la signature électronique<sup>61</sup> 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 le projet de transposition de la directive «commerce électronique» (à savoir le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique), 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 publiques<sup>62</sup>, 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 donc 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 possible<sup>63</sup>.

Ainsi, Gérard Marcou, professeur à l'université Paris1 Panthéon Sorbonne, considère favorablement l'utilisation par les personnes publiques de la signature électronique sécurisée.

---

<sup>57</sup> Voir, par exemple, l'initiative mise en œuvre par le Conseil général de l'Oise. Pour plus de détails : [www.cg60.fr](http://www.cg60.fr)

<sup>58</sup> Voir par exemple le site [www.achatpublic.com](http://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.

<sup>59</sup> 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.

<sup>60</sup> 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 lesdites administrations ainsi qu'avec les citoyens et les opérateurs économiques».

<sup>61</sup> Nous entendons par «signature électronique» la signature électronique sécurisée au sens du décret d'application de l'article 1316-4 du Code Civil.

<sup>62</sup> 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.

<sup>63</sup> 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 d'Anne Cantero, «Des actes unilatéraux des communes dans le contexte électronique – Vers la dématérialisation des actes administratifs ?» Presse Universitaire d'Aix - Marseille, 2002, p.199.

Selon lui, les dispositions du décret d'application de l'article 1316-4 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 1<sup>er</sup> 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*»<sup>64</sup>.

Cependant, l'usage de la signature électronique par les personnes publiques est encore peu répandu<sup>65</sup>. Par conséquent, malgré ces prises de position doctrinales, le sentiment d'insécurité juridique demeure<sup>66</sup> et peut effectivement freiner la passation électronique des contrats.

Néanmoins, dans la mesure où le droit communautaire s'applique aux personnes publiques et qu'il pose le cadre juridique de la signature électronique, considérer que les personnes publiques ne peuvent pas utiliser la signature électronique (parce que leur cadre juridique serait inadapté) serait donc considérer que la directive aurait fait l'objet d'une mauvaise transposition et que le droit français serait donc en contravention avec le droit communautaire !

En outre, le Conseil d'Etat, pour admettre la validité de certains actes, exige semble-t-il, les mêmes gages de sécurité que le droit privé.

L'utilisation, par les personnes publiques, de la signature électronique dans les conditions de l'article 1316-4 du code civil (et de son décret d'application) semble donc acquise.

A noter qu'il existe des exceptions au critère organique. En effet, un contrat passé entre deux personnes privées peut être administratif lorsque l'une d'elles agit pour le compte d'une personne publique en vertu d'un mandat, au sens des articles 1984 et suivants du Code Civil, soit exprès soit implicite<sup>67</sup>. De même, le Tribunal des Conflits a admis, dans l'arrêt du 8 juillet 1963 dit «Entreprise Peyrot»<sup>68</sup>, que les contrats conclus entre une société d'économie mixte concessionnaire d'une autoroute et des entrepreneurs étaient de droit public car ces marchés, vu leur objet, devaient nécessairement être conclus pour le compte de l'Etat. L'utilisation par un mandataire de sa signature électronique ne contrarie pas le fait que le contrat sera considéré comme conclu au nom de la personne publique. Ainsi, l'usage d'une signature électronique ne remet pas en cause l'existence d'un mandat conclu en amont, ni même la possibilité que le contrat soit conclu tacitement, ou encore implicitement, en faveur de la personne publique.

---

<sup>64</sup> Voir le rapport de G. Marcou, «*le régime des actes administratifs face à l'électronique*», 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](http://www.univ-paris1.fr)

<sup>65</sup> Un petit nombre de collectivités locales testent déjà ce procédé. Nous pouvons prendre l'exemple du maire de Gluiras, Alain Risson, qui utilise déjà, dans le cadre de ses fonctions, une signature électronique sécurisée.

<sup>66</sup> D'autant qu'un article de la gazette des communes de 2001 annonçait que des textes réglementaires, portant adaptation du «droit» de la signature électronique aux personnes publiques, étaient en préparation. Il était donc permis de douter de la possibilité pour une personne publique d'utiliser la signature électronique en l'état actuel du droit. Toujours est-il qu'en 2003 aucun texte n'a été publié. (Voir l'article «*Collectivités et signature électronique* », paru dans la Gazette des Communes n°1592 du 9 avril 2001, p.14).

<sup>67</sup> Voir les arrêts C.E. 30 mai 1975, Société d'équipement montpelliérain, Rec. 326 ; et T.C. 7 juillet 1975, Commune d'Agde, Rec. 798.

<sup>68</sup> Voir G.A.J.A p.589.

En conclusion, il ressort qu'une personne publique peut conclure un contrat électronique. Le critère organique ne fait donc pas obstacle à la qualification de contrat administratif d'un contrat passé par voie électronique.

Reste à savoir, si les critères matériels n'y feront pas non plus obstacle.

## 2) Les critères matériels de qualification : l'indifférence de l'électronique à l'égard du contenu des contrats

Il existe trois critères matériels de qualification : la clause exorbitante du droit commun (a), le régime exorbitant du droit commun (b) et la participation au service public (c).

### *a- Le critère de la clause exorbitante du droit commun*

Ce critère est issu d'une construction jurisprudentielle. La notion de clause exorbitante du droit commun repose sur la distinction entre gestion privée et gestion publique, et par conséquent, sur l'idée que les personnes publiques peuvent se comporter comme des personnes privées (C.E. 6 février 1903, Terrier). A l'origine, le contenu du contrat ne servait pas à déterminer s'il s'agissait d'une gestion publique ou pas ; seuls étaient utilisés les critères de l'objet et du but du contrat. C'est depuis l'arrêt du Conseil d'Etat du 31 juillet 1912, «Société des granits porphyroïdes des Vosges», qu'il est pris en considération non seulement l'objet et le but du contrat mais aussi son contenu (c'est à dire les clauses du contrat)<sup>69</sup>.

Il suffit d'une seule clause exorbitante de droit commun pour que le contrat soit qualifié de contrat administratif et soumis à un régime de droit public.

Mais qu'est-ce alors qu'une clause exorbitante du droit commun ?

Une clause étrangère au droit commun des contrats, une clause incompatible «avec la représentation que se fait le juge des relations normales de droit privé<sup>70</sup>» ; il n'y a pas de définition consacrée de la notion. Celle-ci étant emprunte de subjectivité, les contours de la notion de clause exorbitante de droit commun varient selon l'appréciation du juge du caractère exorbitant de la clause mais aussi selon l'évolution du droit privé qui peut admettre couramment des techniques jadis ignorées ou exceptionnelles.

Cependant, la définition la plus conforme aux solutions jurisprudentielles nous est donnée par le Tribunal des Conflits dans sa décision du 19 juin 1952<sup>71</sup>, «société des combustibles» : «*la situation réciproque des contractants n'(est) pas celle qui, normalement, serait résultée d'un accord conclu conformément au droit commun*».

Pour résumer, une clause exorbitante est dans la plupart des cas une clause inusuelle ou impossible dans les relations entre particuliers<sup>72</sup>. Ce peut-être, par exemple, une clause de résiliation unilatérale, une clause autorisant l'administration à agir d'office pour le règlement des litiges ou encore une clause conférant à l'administration «des pouvoirs de contrôle, de

---

<sup>69</sup> Mais c'est seulement dans la jurisprudence des années 20, qu'est apparu le terme de «clause exorbitante du droit commun».

<sup>70</sup> Voir Laurent Richer, Droit des contrats administratifs, 3<sup>ème</sup> édition, L.G.D.J. , 2002, p.91.

<sup>71</sup> Voir recueil des décisions du conseil d'Etat, p. 628.

<sup>72</sup> Voir Laurent Richer, Droit des contrats administratifs, 3<sup>ème</sup> édition, L.G.D.J. , 2002, p.91.

*direction et de surveillance sur l'activité de son contractant ou bien imposant à ce dernier des obligations d'intérêt général au profit du public»...*

Maintenant qu'a été cerné le critère de la clause exorbitante du droit commun, nous pouvons nous demander si ce critère admet la passation électronique d'un contrat. En effet, un contrat électronique peut-il admettre une clause exorbitante ?

Selon Thierry Revet<sup>73</sup>, un contrat électronique est avant tout un contrat, mais passé par voie électronique. L'électronique n'est donc qu'un support ; il n'intervient donc pas dans le contenu du contrat. Rien n'empêche donc un contrat électronique de contenir une clause exorbitante<sup>74</sup>. 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.

#### *b- Le critère du régime exorbitant du droit commun*

Le critère du régime exorbitant du droit commun ou «l'identification directe<sup>75</sup>» est issu de l'arrêt du Conseil d'Etat du 19 janvier 1973, «Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant<sup>76</sup>». Depuis cet arrêt, un contrat peut être administratif s'il est soumis à un régime exorbitant du droit commun, c'est-à-dire que les éléments considérés comme exorbitants du droit commun ne sont pas issus des clauses du contrat, mais se trouvent dans les règles prédéterminées qui s'appliquent au contrat<sup>77</sup>. Il est alors fait référence «aux conditions de fonctionnement» ou à la «nature du service».

Dans cette affaire, le Conseil d'Etat considère qu'un contrat, par lequel E.D.F. achète l'électricité aux producteurs autonomes, est administratif dans la mesure où E.D.F. est obligée d'acheter l'électricité et que les litiges sont obligatoirement soumis au ministre qui statue après avis du Conseil supérieur de l'électricité et du gaz.

Ce critère concerne essentiellement l'exécution du contrat. Or, un contrat électronique peut s'exécuter en ligne<sup>78</sup> ou «matériellement»<sup>79</sup>. Un contrat peut donc être conclu de manière électronique et s'exécuter matériellement, dans ce cas, concernant l'exécution il n'y a

---

<sup>73</sup> Voir le 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.

<sup>74</sup> Nous partons ici du postulat qu'il s'agit d'un contrat où une personne publique est partie, car une telle clause nous le rappelons n'a pas sa place dans un contrat de droit privé.

<sup>75</sup> Voir P.Amselek, « Une méthode peu usuelle d'identification des contrats administratifs : l'identification directe », *Revue administrative* 1973, p.633.

<sup>76</sup> Voir recueil des décisions du Conseil d'Etat p.48.

<sup>77</sup> Voir Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, 3<sup>ème</sup> édition, L.G.D.J. , 2002, p.109.

<sup>78</sup> Par exemple service de hotline ou de téléchargement d'un logiciel, etc.

<sup>79</sup> Par exemple envoi de fournitures ou déplacement d'une personne pour effectuer une prestation.

pas de différence avec un contrat conclu par un papier. Ce type de contrat électronique peut donc supporter un régime exorbitant.

De même, il est loisible d'imaginer qu'un contrat conclu par voie électronique et exécuté en ligne pourra supporter un régime exorbitant. Si nous prenons l'exemple précédent, il ne semble pas que juridiquement ou techniquement, l'exécution en ligne contrarie le fait qu'E.D.F. soit obligée d'acheter l'électricité ou que le litige sera soumis au ministre.

La passation ou même l'exécution électronique d'un contrat n'est donc pas incompatible avec un régime exorbitant.

### *c- Le critère de la participation au service public*

Un contrat peut être qualifié de contrat administratif s'il confie l'existence d'un service public, s'il y fait participer ou en constitue une modalité d'exécution (C.E. 1956, époux Bertin).

Le critère du service public s'attache à l'objet du contrat. Là encore, l'électronique n'étant qu'un support, peu importe l'objet du contrat.

Certains contrats ne remplissant aucun des critères matériels seront tout de même qualifiés de contrat administratif. C'est la loi qui détermine alors leur soumission au régime de droit public. Il est donc important d'étudier si les textes, emportant qualification légale de contrat administratif, ne comportent pas des dispositions empêchant la passation électronique des contrats.

### 3) La qualification légale du contrat électronique

La dernière possibilité, entraînant la qualification de droit administratif, est la qualification légale. Le contrat est alors administratif a priori, peu importe les clauses, le régime ou la participation à un service public.

Trois textes emportent la qualification de contrat administratif :

- 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 entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration concernant le sens ou l'exécution des clauses de leurs marchés*». Un contrat de travail public<sup>80</sup> est donc toujours un contrat administratif<sup>81</sup>.

Mais l'électronique étant un support ou une modalité de passation, il est indifférent à l'objet du contrat. Juridiquement, une signature électronique, par exemple, peut sceller tout type de

---

<sup>80</sup> Un travail public est soit le travail exécuté pour le compte d'une personne publique dans un but d'intérêt général (C.E. 10 juin 1921, « Commune de Monséjour », G.A.J.A., p.238), soit le travail réalisé par une personne publique en vue d'un service public ( T.C. 28 mars 1955, Effimieff, G.A.J.A., p.502).

<sup>81</sup> Dès lors que le contrat porte sur l'exécution d'un travail public, il a le caractère administratif, alors même qu'il se référerait aux règles du droit privé (C.E. 17 octobre 1986, Entreprise industrielle et financière, Droit administratif 1986, n°658).

contrat. Il est donc envisageable qu'un contrat de marché public soit un jour conclu par voie électronique. Mais ce n'est qu'en étudiant les modes de conclusion et de passation qu'il sera possible de l'affirmer<sup>82</sup>. Pour autant, cela ne devrait pas poser de problème dans la mesure où les travaux publics étant des marchés publics, ils peuvent bénéficier de la procédure prévue à l'article 56 du C.M.P.

- Le décret-loi du 17 juin 1938 énonce : « *sont portés en premier ressort devant le conseil de préfecture sauf recours au Conseil d'Etat, les litiges relatifs aux contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou dénomination, passés par l'Etat, les départements, les communes ou leurs concessionnaires* ».

Là encore, l'électronique ne fait pas obstacle à la passation d'un contrat portant sur le domaine public. En effet, comme nous l'avons rappelé, l'électronique est indifférente à l'objet du contrat. Une signature électronique, par exemple, peut donc sceller un contrat d'occupation du domaine public, d'autant que la passation de celui-ci ne fait pas l'objet d'une procédure particulière<sup>83</sup>.

- La loi dite MURCEF (mesure d'urgence à caractère économique et financier) du 11 décembre 2001 sur les marchés publics<sup>84</sup> procède à une "unification" du contentieux des marchés publics, en donnant au juge administratif la compétence de connaître tous les litiges relatifs aux marchés publics.

Pour les mêmes raisons que précédemment évoquées, l'usage de l'électronique est compatible avec la passation de marché public, d'autant que celle-ci est favorisée par l'article 56 du C.M.P.

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. En outre, 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.

La qualification de contrat administratif rend mal compte de la diversité des contrats appelés ainsi. En effet, un contrat administratif, ce peut être un marché public, un contrat de délégation de service public, un contrat de travail public, un contrat de concession du domaine public ou encore un contrat de recrutement d'agent public ,etc. 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 administratif. Bien sûr, il y a des grandes lignes qui constituent le "droit commun" du contrat administratif, et c'est principalement à ce tronc commun des règles de passation que nous consacrerons les réflexions qui vont suivre, car il est évident que nous ne pouvons revenir ici sur les différentes procédures de passation des contrats administratifs.

---

<sup>82</sup> Sur la passation électronique des marchés publics, voir chapitre I, section II, partie E.

<sup>83</sup> Contrairement à un contrat de marché public ou un contrat de travail public, le contrat d'occupation du domaine public n'est pas soumis à une procédure complexe. Il est soumis à la procédure « classique » de passation des marchés publics.

<sup>84</sup> Les marchés publics sont des « *contrats écrits passés par les personnes publiques en vue de la réalisation de travaux, de fournitures ou de services, et assujettis à des règles précises de fond et de formes* ». (Lexique des termes juridiques, 11<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 1998)

Par conséquent, même s'il n'existe pas d'obstacle à la qualification de contrats administratifs et que tous les critères de qualifications sont "compatibles" avec les outils électroniques, il faut se demander si la procédure de passation des contrats administratifs est, elle, susceptible de supporter l'usage de l'électronique.

## **Section II : La passation d'un contrat administratif par voie électronique**

*« Les contrats administratifs relèvent d'une jurisprudence qui a pour une part, emprunté au droit commun un certain nombre de principes et forgé pour une autre part des concepts propres tenant compte des spécificités de la relation contractuelle publique »* énoncent messieurs Lebreton et Manson<sup>85</sup>.

En effet, on retrouve dans la formation du contrat administratif des étapes analogues à celle d'un contrat de droit privé. Pour autant, il faut distinguer selon que certains contrats sont soumis à un formalisme poussé (par exemple les marchés publics passés par appel d'offres) et que d'autres bénéficient d'une procédure très simple de passation (les conventions d'occupation du domaine public). Plus le formalisme est poussé, moins l'analogie avec le droit privé se vérifie.

Ne pouvant étudier chaque procédure, nous verrons donc comment peut s'envisager l'usage de l'électronique dans le cadre du droit commun des contrats administratifs.

Tout d'abord, il convient d'examiner dans quelle mesure la liberté contractuelle des personnes publiques peut «servir la cause» du contrat administratif électronique (A). Puis, parce que même un principe de consensualisme supporte un certain formalisme, il faut envisager la problématique du choix du cocontractant dans la formation d'un contrat administratif électronique (B), ainsi que la compatibilité des procédures liées à la prise de décision et à la manifestation de volonté avec le support électronique (C) ; pour finir sur le cœur de la formation du contrat, à savoir la conclusion électronique du contrat administratif (D).

A titre d'exemple, il convient d'étudier en détail les possibilités de passation et conclusion électronique des contrats de marchés publics (E), qui au vu de leurs objets ont le plus d'intérêt à la systématisation ou à la conclusion électronique des contrats. De plus, c'est la matière contractuelle dans la quelle les avancées juridiques et les expérimentations techniques sont les plus patentes.

### ***A) Liberté contractuelle et contrat électronique***

Il existe un principe de liberté contractuelle dont les personnes publiques peuvent se prévaloir<sup>86</sup>, dans les limites fixées par le législateur.

Cela sous-entend la possibilité de recourir au procédé contractuel de son choix, de choisir son cocontractant ainsi que de déterminer le contenu du contrat.

---

<sup>85</sup> Voir MM.Lebreton et Manson, « le contrat administratif », La Documentation Française, 1999, p.19.

<sup>86</sup> Voir dans ce sens l'arrêt C.E. 28 janvier 1998, Société Borg Warner, Rec.20 ; C.E. 2 février 1983, Union des transports publics urbains et régionaux, Rec.33.

Dans ce cadre, l'utilisation du contrat électronique est donc aisément envisageable que ce soit par l'envoi des termes du contrat revêtu de la signature électronique ou que ce soit par l'utilisation de site d'enchères inversées ou encore par le biais d'une plate-forme de dématérialisation des procédures, etc<sup>87</sup>.

La passation électronique des contrats n'est donc pas censé se heurter à des procédures complexes de choix du cocontractant ou à des obstacles légaux dans le choix de leur mode de passation.

La passation des contrats administratifs apparaît des lors comme suffisamment souple pour admettre la passation électronique des contrats.

Cependant, cela ne signifie pas qu'il n'y ait aucune règle. La conclusion de tels contrats administratifs est soumise à certains principes : la compétence du signataire, la légalité des motifs, les vices des consentements, etc.

Elle doit, en outre, respecter la procédure administrative de prise de décision et de contrôle.

Par ailleurs, la liberté contractuelle est, en pratique, assez limitée. Déjà, une partie des contrats administratifs est soumise à une procédure particulière de passation des contrats, tel est le cas notamment des contrats de marchés publics et des contrats de délégation de service public<sup>88</sup>.

De plus, elle se trouve notamment limitée par des principes de droit communautaire<sup>89</sup> imposant, la libre concurrence ou encore le respect du principe de non-discrimination<sup>90</sup>. Ces principes de non-discrimination et de libre concurrence imposent que le choix du cocontractant se fasse en fonction de considérations objectives. Or, il est assez tentant d'invoquer une discrimination pour une personne qui n'emporte pas la conclusion d'un contrat. Ainsi, à l'instar de Laurent Richer, on peut se demander s'il reste possible de choisir son cocontractant librement sans mettre en place, au minimum, une procédure de publicité préalable<sup>91</sup> ou tout au moins d'information.

La sécurité juridique et les risques de contentieux imposent donc parfois de réintroduire un peu de procédure là où à l'origine on l'avait exclue.

En tout état de cause, les contrats administratifs devront respecter les règles de droit public de la pratique contractuelle, et cela commence par suivre une procédure de choix du cocontractant.

---

<sup>87</sup> Mais attention ces contrats restent administratifs et sont donc quoiqu'il en soit soumis à un régime de droit public et à la juridiction administrative.

<sup>88</sup> Une délégation de service publique est « *un procédé de gestion des services publics consistant pour la personne publique qui en a la charge à en confier le fonctionnement à une autre personne juridique sous la forme d'un contrat conclu avec celle-ci* ».

<sup>89</sup> En effet, il ne faut pas sous-estimer l'influence du droit communautaire : il prime sur le droit national. En outre, il ne faut pas oublier qu'une personne publique peut se trouver assignée devant les juridictions communautaires si un manquement au droit communautaire peut être invoqué.

<sup>90</sup> Voir, par exemple, l'arrêt de la C.J.C.E. du 18 juin 1985, Steinhauser c/ ville de Biarritz (Rec.1819) dans lequel il avait été jugé que la ville de Biarritz avait porté atteinte à la liberté d'établissement en opposant une condition de nationalité à un artiste peintre qui souhaitait louer un local appartenant à la commune.

<sup>91</sup> Laurent Richer énonçait cette idée à l'égard des conventions d'occupation du domaine public, mais nous pouvons étendre cette idée à tout les contrats administratifs n'obéissant pas à des règles particulières de passation, dans la mesure où le droit communautaire et, tout particulièrement, le principe de non-discrimination trouve à s'appliquer dans d'autres matières que celle touchant à l'occupation du domaine public. Voir L.Richer, *Droit des contrats administratifs*, 3<sup>ème</sup> édition, L.G.D.J., 2002, p. 507.

## ***B) Du choix du cocontractant dans l'univers électronique***

Bien que le principe de liberté contractuelle soit consacré par le droit administratif, le choix du cocontractant peut être fait de deux manières :

- par le biais de négociations, c'est la procédure « de droit commun » conséquence du principe de consensualisme (1) ;
- par une procédure de passation formalisée dans certains domaines « sensibles<sup>92</sup> » comme les marchés publics (2).

### 1) Négociation et contrats électroniques

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, perdue une certaine liberté des formes.

Des "négociations électroniques" sont donc parfaitement envisageables. Il est déjà techniquement possible de négocier par le biais d'outils liés aux technologies de l'information et de la communication. En effet, il existe déjà des téléconférences, la transmission de projets sous forme multimédia, ou encore l'échange de documents contractuels par courrier électronique<sup>93</sup>. Demain, peut être, il sera mis en place des outils de négociation électroniques sous forme de « chats » ou de forums sur des plates-formes internet ou extranet créées à cet effet. Une négociation électronique qui déboucherait sur un contrat électronique est donc 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 négociations. 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<sup>94</sup>. 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.

---

<sup>92</sup> Ce sont des domaines qui représentent des enjeux financiers importants et qui sont sources de risque de corruption et de malversation. Par ailleurs, ces domaines sont soumis à des textes de droit communautaire dérivé imposant des passations formalisées.

<sup>93</sup> L'avantage de ces procédés est qu'ils permettent une certaine traçabilité du déroulement des négociations. Ce qui est intéressant en matière probatoire, dans la mesure où ils peuvent constituer des commencements de preuve.

<sup>94</sup> Certaines procédures incluent 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.

Dans ce cas, le recours à une négociation « classique », physique, exclue-t-il la qualification de contrat électronique ?

Tout dépend de la définition que nous donnons au contrat électronique. Si bien sûr, 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 réalité. L'avenir se trouve plus dans la complémentarité des pratiques que dans leur stricte séparation. Nous serons sans doute amenés à voir de plus en plus de négociations classiques aboutir à un échange de consentement électronique ou inversement des négociations électroniques aboutir à des réunions de signature de contrat.

En outre, nous avons pris le parti de choisir la définition de Thierry Revet du 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'opèrent 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) Procédures formalisées et contrat électronique

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 (article 26 du code des marchés publics) et le recours à des procédures négociées est donc 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.

De plus, les modes de conclusion supportent un formalisme moins exigeant (ex : Selon l'article 79 du code des marchés publics, l'attribution d'un marché se fait par l'envoi de l'acte d'engagement signé par la personne publique « *par tout moyen permettant de garantir une date certaine* »). L'usage d'un écrit papier n'est pas non plus exigé. La conclusion de tel contrat est donc réalisable par voie électronique<sup>95</sup>. Il s'en suit que les contrats soumis à des procédures formalisées peuvent recevoir la qualification de contrat électronique.

Par ailleurs, c'est dans le cadre des procédures formalisées que l'admission des procédés électroniques est la plus patente. L'article 56 du code des marchés publics reconnaît la possibilité de dématérialiser les procédures et indique que les références à des écrits peuvent être remplacées par des supports électroniques<sup>96</sup>.

Mais il en va différemment s'agissant de la prise de décision et de la manifestation de la volonté ? En effet, manifester sa volonté c'est déjà consentir.

---

<sup>95</sup> A condition d'utiliser un horodatage sécurisé et éventuellement une signature électronique.

<sup>96</sup> Voir les développements du Chapitre 1, Section II, paragraphe E

### ***C) De la prise de décision et de l'expression de la volonté dans l'univers électronique***

Tout d'abord, il convient de préciser que la compétence pour engager une personne publique peut prendre deux formes, soit la compétence sera celle d'une seule autorité (pour l'Etat), soit il s'agira d'une compétence partagée (essentiellement pour les collectivités locales ou pour certains établissements publics).

Ainsi, lorsque le contrat est conclu par l'Etat, la compétence n'est pas partagée, ce qui signifie que c'est la même autorité qui prendra la décision de contracter et qui exprimera le consentement de l'Etat. Cependant cette autorité peut déléguer cette compétence à des subalternes. Pour l'Etat, le problème du dualisme décisionnel ne se pose pas. Inversement, pour certaines personnes publiques, la compétence est partagée, ce qui implique que l'organe collégial prenne la décision de contracter mais que c'est l'exécutif qui engagera la collectivité (en signant un contrat par exemple). C'est donc l'organe collégial qui va autoriser l'exécutif à conclure un contrat<sup>97</sup>. C'est la raison pour laquelle, il faut distinguer le moment de la prise de décision (délibération de l'assemblée délibérante) de celui de la manifestation de la volonté (signature de l'organe exécutif).

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, il n'est pas inintéressant de voir si cette étape peut également s'effectuer par le biais de techniques électroniques de circulation de l'information (1). Mais à partir du moment où il a été décidé de contracter, l'expression de la volonté doit impérativement se faire par voie électronique. En effet, l'échange des consentements est l'étape de la passation du contrat qui emporte qualification de contrat électronique.

#### 1) La prise de décision : la possibilité d'une délibération électronique ?

*« 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 ».*<sup>98</sup>

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).

---

<sup>97</sup> Une remarque cependant, la décision est créatrice de droit, ce qui signifie qu'une fois prise, l'exécutif doit signer.

<sup>98</sup> Laurent Richer, à propos de l'arrêt du C.E. du 19 octobre 1973 « Patrick d'Uckermann » (Rec.576), dans Droit des contrats administratifs, 3<sup>ème</sup> édition, L.G.D.J., 2002, p.136.

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<sup>99</sup>, n'empêche pas que les instruments du contrat soient "matérialisés" pour l'occasion de la délibération.

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, 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 la rapidité de la passation des contrats.

Cependant, les textes permettent parfois la délégation de la compétence décisionnelle. Par exemple, l'article L.2122-22-4° du Code Général des Collectivités Territoriales (C.G.C.T.) permet au conseil municipal de déléguer au maire la compétence pour conclure certains contrats (louage de choses pour moins de 12 ans, contrats d'assurance, marchés sans formalités préalables, etc.) lorsque les crédits sont prévus au budget. Ce type de délégation est également possible, avec des modalités différentes, dans le cadre des conseils régionaux et généraux<sup>100</sup>.

Dans ce cadre, l'exécutif prend la décision et engage la personne publique. L'usage de ces sites de commerce électronique ou d'extranet fournisseurs est donc rendu possible par ce type de délégation.

Par ailleurs, si on considère l'exemple d'un extranet fournisseur sur le site d'une collectivité, l'organe délibérant ayant validé sa création, aura également validé le principe de ce type d'achat et les clauses du contrat qui lieront la collectivité et les fournisseurs.

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 d'Anne Cantero, «*Des actes unilatéraux des communes dans le contexte électronique : Vers la dématérialisation des actes administratifs* ». En effet, Anne Cantero envisage la possibilité d'un conseil municipal virtuel<sup>101</sup>.

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, la si l'on

---

<sup>99</sup> S'il y a des négociations classiques, le problème ne se pose pas.

<sup>100</sup> Voir les articles L.3221-11 et L.4231-8 du C.G.C.T.

<sup>101</sup> Voir dans ce sens la thèse d'Anne Cantero, «*Des actes unilatéraux des communes dans le contexte électronique – Vers la dématérialisation des actes administratifs ?* » Presse Universitaire d'Aix - Marseille, 2002, p.81.

envisage la tenue de conseils municipaux virtuels, il faudrait veiller à ce que l'intervention des citoyens soit passive : l'interaction ne doit pas être possible<sup>102</sup>.

Pour ce qui est de l'adoption des délibérations dans l'univers électronique, les conditions tiennent essentiellement à la réunion d'un quorum et aux modalités de vote.

Ainsi, l'article L.2121-17 alinéa 2 du C.G.C.T énonce : *«le conseil municipal ne délibère valablement que lorsque la majorité de ses membres en exercice est présente»*. Pour Anne Cantero, cette condition ne fait pas obstacle à l'adoption de délibération puisqu'elle considère qu'*«il paraît juridiquement fondé d'affirmer que la présence à distance d'un membre du conseil municipal répond à la présence imposée par le code général des collectivités territoriales ou tout du moins à l'esprit de la loi»*.

Concernant l'expression du vote, aucun texte n'impose des modalités particulières. Rien n'empêche donc d'adapter l'expression du vote aux possibilités technologiques<sup>103</sup>. Par ailleurs, en pratique, il apparaît que souvent le vote se fait à main levée. Or le vote à main levée peut très bien se faire lors d'une visioconférence, d'autant que le film de la visioconférence peut être utilisé à titre probatoire.

La tenue d'une délibération électronique ou "virtuelle" peut donc être envisageable sur un plan strictement juridique, mais ce sont les évolutions technologiques à venir qui permettront de la rendre plus aisément praticable.

Une chose pose problème, mais elle sera abordée plus profondément ultérieurement, il s'agit du fait que la délibération doit être transmise au préfet<sup>104</sup>. En effet, conformément au code général des collectivités territoriales<sup>105</sup>, la délibération de l'assemblée délibérante doit être transmise au représentant de l'Etat, faute de quoi elle n'aura pas de caractère exécutoire.

La délibération autorisant un contrat, ainsi que l'acte lui-même, devront donc d'abord être transmis au préfet avant que l'engagement ne devienne exécutoire.

Quelle soit électronique ou «papier», concernant un contrat particulier ou une délégation de compétence, la délibération devra donc être transmise, peu importe alors qu'elle le soit par des voies électroniques ou par des voies plus «matérielles».

Une limite à la délibération «virtuelle» tient donc à la possibilité de transmettre électroniquement l'acte de délibération, car quel intérêt alors de faire des délibérations électroniques si l'on doit après les matérialiser pour transmission au préfet.

Si la délibération autorisant le contrat n'a pas à être obligatoirement électronique, l'expression du consentement doit impérativement recourir à un procédé électronique pour qu'il y ait un contrat électronique.

## 2) La manifestation de la volonté ou la nécessité d'utiliser des outils électroniques

L'expression du consentement de la personne publique, comme celle de son cocontractant, doit se faire par voie électronique sinon il ne peut pas y avoir contrat électronique.

---

<sup>102</sup> En effet, l'article L.2121-1 prévoit que seules les personnes ayant la qualité de membres du conseil municipal peuvent participer aux délibérations de ce conseil.

<sup>103</sup> Utilisation d'un clic couplé à un mot de passe

<sup>104</sup> Voir chapitre II, section II, partie A.

<sup>105</sup> Voir les articles L2131-1 et suivants C.G.C.T. pour les délibérations des communes, les articles L.3131-1 et suivants C.G.C.T. pour les délibérations des départements et les articles L.4141-1 et suivants pour les délibérations des régions.

La manifestation de la volonté se fait généralement par écrit, même si en principe un contrat peut être verbal<sup>106</sup>. La forme est donc assez libre<sup>107</sup>. La signature du contrat n'est donc même pas requise, en théorie, pour valider un contrat. L'utilisation du "double-clic", de la signature électronique, ou même l'échange de mail peut donc en théorie suffire.

Cependant, il existe de la part des juges une certaine méfiance à l'égard de l'écrit électronique. La crainte liée à l'écrit électronique est moins l'apparition de nouveaux problèmes juridiques que la multiplication de ceux existants. Par exemple, en dépit du fait que la saisine d'un juge ne nécessite pas de forme particulière et que la preuve soit libre en droit administratif, le juge administratif ne va considérer une saisine faite par mail comme recevable que dans la mesure où l'authentification de l'auteur est garantie par l'envoi postérieur d'une lettre<sup>108</sup>. Pour préserver la sécurité juridique, le juge administratif a donc tendance à adopter un certain formalisme à l'instar du droit civil. C'est pourquoi l'admission de l'écrit électronique semble être soumis à des conditions d'imputabilité et d'intégrité<sup>109</sup>.

Par conséquent, la manifestation de la volonté de la personne publique doit trouver son expression sous la forme de l'apposition de la signature électronique de l'autorité compétente. Il en est de même pour son cocontractant. C'est le seul outil qui permette de garantir l'intangibilité de ce qui a été signé mais également d'identifier le signataire et sa compétence. C'est d'ailleurs la solution retenue, dans le cadre de l'article 56 du code des marchés publics<sup>110</sup>, où le cocontractant marque son engagement par l'usage de la signature électronique. Bien sur, d'autres outils sont envisageables comme l'usage de la carte à puce pour identifier le signataire ou encore la signature biométrique. Mais, dans un avenir proche, c'est la signature électronique qui a le plus de chance de trouver un véritable développement dans le cadre du contrat électronique.

Comme il l'a été précédemment évoqué, l'utilisation du "double-clic" est plus problématique puisque se pose les questions de la garantie de l'imputabilité de l'acte et même de son intégrité. En effet, que ce soit par une 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 vis-à-vis du "déclarant".

Le projet de loi sur la confiance dans l'économie numérique répond pour partie à ces problèmes en reconnaissant une validité à ces procédures d'achat sur internet utilisant

---

<sup>106</sup> Voir arrêt du C.E. du 20 avril 1956, Bertin, A.J.D.A. 1956, II, 221.

<sup>107</sup> Sauf pour certains contrats dont les textes exigent un écrit comme c'est le cas pour les marchés publics (article 11 C.M.P.) ou pour les contrats de travail d'agent de droit public (directive 91/533 du 14 octobre 1991).

<sup>108</sup> Voir arrêt Conseil d'Etat du 28 décembre 2001 dit « élection municipale d'Entre-Deux-Monts », consultable sur le site [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

<sup>109</sup> puisque dans ses conclusions sous l'arrêt CE, 2001, élections municipales d'Entre-Deux-Monts, le commissaire du gouvernement Christine Maugué considère que c'est précisément ces deux éléments qui font défaut dans le cadre d'un mail.

<sup>110</sup> Voir décret du 30 avril 2002 pris en application du 1° et du 2° de l'article 56 du code des marchés publics et relatif à la dématérialisation des procédures de marchés publics.

le "double-clic"<sup>111</sup>. Si le juge administratif continue à s'inspirer des solutions légales existantes en droit civil, il pourrait ainsi reprendre le mécanisme légale posé dans le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique

De plus, 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. Ainsi, 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). La personne publique serait identifiée par un système de puce ou de certificat sur sa plate-forme et le cocontractant privé disposerait d'un identifiant et d'un mot de passe acquis préalablement. Le fonctionnement de la plate-forme serait fondé sur un système d'inscription préalable consistant en l'envoi de documents prouvant l'identité d'une personne ou en l'envoi d'une copie de l'inscription aux greffes du tribunal de commerce pour une société. Pour plus de sûreté, l'octroi de l'identifiant et du mot de passe pourraient même être conditionnés par une rencontre concrète avec les cocontractants potentiels.

Du côté de la personne publique, il serait demandé aux personnes compétentes pour engager la collectivité de conserver leur mot de passe secret (ou tout autre élément d'identification). Le risque de contestations, touchant à la compétence de la personne ayant engagée la collectivité, serait alors considérablement réduit (si le mot de passe vient à être divulgué, ce sera la responsabilité de la personne compétente).

Par ailleurs, s'agissant des clauses du contrat, chacune des parties les conserverait et archiverait. Elles devront être horodatées<sup>112</sup> et conservées sur un support intangible ou permettant de voir l'état des modifications.

La seule limite étant que la solution adoptée devra permettre l'authentification et l'intégrité de l'expression de la volonté. Or l'admission de ces solutions « originales » suppose non pas l'abandon de ces conditions, mais que celles-ci puissent être remplies plus aisément<sup>113</sup>.

Ainsi, le projet de loi sur l'économie numérique adopte un régime allégé pour les contrats conclu, par courrier électronique, entre professionnels. Il introduit, dans le code civil, un article 1369-3 qui énonce : *«Il est fait exception aux obligations des deux premiers alinéas de l'article 1369-2 pour les contrats de fournitures de biens ou de prestations de services qui sont conclus exclusivement par échange de courriers électroniques.*

*Il peut, en outre, être dérogé aux dispositions de l'article 1369-2 et des 1° à 5° de l'article 1369-1 dans les conventions conclues entre professionnels ».*

Or, les personnes publiques et leurs cocontractants sont souvent des professionnels. Si le droit administratif reprenait ce principe, il serait alors juridiquement possible d'admettre une manifestation de volonté par simple mail.

Il est donc souhaitable que le droit administratif se calque sur la position civiliste afin de faciliter l'usage de différents procédés électroniques pour exprimer un engagement. Par

---

<sup>111</sup> Il s'agit d'une procédure de double-clic suivi d'un accusé de réception (voir dans le projet de loi, la rédaction d'un nouvel article 1369-2 du Code civil).

<sup>112</sup> L'horodatage doit être fait par un tiers, sans quoi il n'a aucune force probante. En effet, nul ne peut se constituer preuve à soi-même.

<sup>113</sup> La signature électronique ne doit pas être le seul moyen reconnu comme permettant de garantir l'imputabilité et l'intégrité de l'acte. Cela suppose donc un assouplissement du formalisme attaché aux procédés électroniques.

ailleurs, il faut bien avoir conscience que, ce soit sur support papier ou sur support électronique, la fraude, l'erreur ou la contrefaçon existent inévitablement. Demander l'infailibilité à l'égard de l'électronique est donc utopique et rétrograde.

Reste à savoir si le juge administratif (ou le législateur) adoptera cette "souplesse" ou préférera conserver un certain "formalisme" à l'égard de l'écrit électronique. En tout cas, il serait bon que les règles soient fixées.

Une chose reste sûre, c'est que le cœur du contrat électronique réside dans l'échange électronique des consentements.

#### ***D) La conclusion du contrat : l'impératif électronique***

Comme pour tout contrat, la conclusion du contrat administratif suppose qu'il y ait rencontre des volontés, échange des consentements (1). Or, nous venons de le voir, l'expression du consentement doit se faire par voie électronique pour mériter d'être qualifiée de contrat électronique.

Par ailleurs, il faut que la conclusion électronique du contrat se fasse dans des conditions garantissant la valeur probatoire (2) et la validité (3) du contrat administratif.

##### **1) L'échange des consentements dans l'univers électronique**

Pour qu'il y ait contrat administratif électronique, il faut donc impérativement que la conclusion du contrat se fasse par des moyens électroniques. Or, si l'échange des consentements doit s'effectuer électroniquement, cela doit également se faire valablement. Par conséquent, l'échange électronique des consentements devra respecter un certain parallélisme des formes (a), s'effectuer entre personnes aptes à contracter (b) et garantir que les consentements n'ont pas été viciés (c).

##### ***a- Le parallélisme des formes : quelles obligations en matière d'électronique ?***

L'expression d'un consentement par voie électronique a une valeur juridique<sup>114</sup>. Pour qu'il y ait contrat électronique, il faut que les deux consentements soient donnés par voie électronique. La relation contractuelle exige, en effet, un certain parallélisme des formes. Pour autant, il ne semble pas devoir aller jusqu'à exiger l'usage pour les différents cocontractants des mêmes outils électroniques. En effet, dans l'univers papier, il n'existe pas différents "outils"<sup>115</sup> pour conclure un contrat, donc la question du parallélisme des "moyens" ne se posait pas. Aussi, imposer un parallélisme des moyens serait d'un formalisme extrême.

---

<sup>114</sup> Voir chapitre I, section II, partie C, numéro 2.

<sup>115</sup> Certes le support papier connaît différentes procédures comme l'acte sous seing privé ou l'acte authentique, mais il s'agit de formes exigées pour certains contrats et pas d'outils de passation de contrat. Dans l'univers papier, il n'existe qu'un outil de passation de contrat, la signature.

Cependant, par sécurité juridique, il faut sans doute pousser le formalisme jusque là<sup>116</sup>. En l'absence de solution juridique claire, mieux vaut adopter la position la moins hasardeuse. Comme il est impossible d'affirmer que le parallélisme ne va pas jusqu'à l'adoption des mêmes outils de passation, mieux vaut donc considérer qu'il impose une similarité des moyens électroniques de passation.

A charge, ensuite, au législateur ou au juge administratif d'admettre la possibilité que les différents cocontractants utilisent différents outils électroniques pour exprimer leurs consentements.

Mais encore faut-il que celui qui contracte ait compétence pour le faire.

#### *b- L'appréciation de l'aptitude à contracter dans l'univers électronique*

Un contrat, pour avoir une valeur juridique, doit être conclu par des personnes compétentes.

Du côté de la personne publique, le consentement doit être donné par la personne qui a reçu la compétence pour engager la collectivité (que ce soit suite à une délégation de compétence, suite à une autorisation de l'organe collégial ou encore parce que cela est prévu dans les textes), sinon le contrat sera considéré comme nul.

De même, il faut également s'assurer de l'aptitude à contracter de la personne privée. Celle-ci doit répondre aux conditions de capacité du droit privé. Or, selon l'article 1124 du Code Civil : «sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi : les mineurs non émancipés et les majeurs protégés au sens de l'article 488 du présent code<sup>117</sup>».

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).

L'utilisation de l'outil électronique ne va pas influencer sur la capacité des cocontractants, cependant il est plus difficile de "déceler" l'incapacité quand le cocontractant n'est pas physiquement présent. Mais déjà dans l'univers du papier, la question pouvait se poser concernant les contrats à distance.

Toutefois, dans la mesure où les contrats administratifs se concluent généralement entre des personnes publiques et des professionnels (artisans, société, etc.), les problèmes de capacité de la personne privée ne se posent donc pas vraiment, d'autant que le sérieux du professionnel peut être vérifié au travers de son inscription au registre du commerce.

De même, il est aisé de vérifier que la relation contractuelle est bien nouée avec une personne publique<sup>118</sup>. Quant à la question de la compétence de l'autorité représentant la personne publique pour contracter, c'est aux personnes publiques de régler cela en interne, en veillant que signature électronique, mot de passe ou autres ne soient dévolus qu'aux personnes compétentes.

---

<sup>116</sup> D'autant qu'un document peut être revêtu de multiples signatures électroniques.

<sup>117</sup> L'article 488 du Code Civil envisage le cas des incapables majeurs.

<sup>118</sup> Par le biais de puce ou de symbole sur un site ou une plate-forme internet ou encore parce que celle-ci utilise une signature électronique sécurisée à la quelle est attachée un certificat renseignant le cocontractant sur l'état et l'identité du représentant de la personne publique.

Dans le même sens, pour les conventions avec des particuliers, la question de l'aptitude à contracter ne se pose pas vraiment. En effet, la signature électronique sécurisée ne peut être attribuée à une personne sans que l'identité de celle-ci soit vérifiée. Une personne qui possède une signature électronique est donc forcément une personne capable au sens du Code Civil.

Plus encore dans les contrats passés avec des particuliers, il est judicieux de soumettre la conclusion d'un contrat administratif électronique à la condition d'utilisation de la signature électronique sécurisée.

L'utilisation de tous les outils électroniques est donc possible dans ces types de contrat.

Quoiqu'il en soit, une autre condition est nécessaire pour que l'expression d'un consentement soit valable, c'est que celui-ci ne soit pas vicié.

### *c- Les vices du consentement*

*«Seule la volonté authentique donne naissance à des obligations ; si la volonté d'une des parties est viciée, le contrat est nul».*<sup>119</sup>

La théorie des vices du consentement a été transposée au droit des contrats administratifs par la jurisprudence administrative, mais son utilisation est très marginale dans la mesure où les décisions de justice et les déclarations de nullité sont rarissimes<sup>120</sup>.

Toujours est-il que les vices susceptibles d'entacher aussi bien le consentement du contractant public que celui du contractant privé sont le dol, la violence et l'erreur.

Le dol et la violence ne sont pas affectés par le changement de support. Ils existent indépendamment du support électronique.

Il en est différemment pour l'erreur. En effet, une erreur peut être due à l'utilisation de l'électronique<sup>121</sup>. Cependant, d'une part, il est exceptionnel que le juge administratif reconnaisse une erreur de nature à vicier le consentement (celle-ci doit être inexcusable et déterminante) ; d'autre part, il existe des procédures "électroniques" permettant de minimiser les risques d'erreurs<sup>122</sup>.

A charge donc pour les personnes publiques d'organiser des procédures minimisant les risques d'erreurs. A noter tout de même, que la conclusion de contrats par le moyen d'une signature électronique voire par courriel semble devoir connaître rarement « l'erreur électronique<sup>123</sup> » car ces deux procédés supposent une démarche volontaire<sup>124</sup>.

Précédemment, il a été déjà abordé le problème de la preuve du contrat administratif électronique. Mais il convient de revenir plus spécifiquement dessus dans le cadre du

---

<sup>119</sup> Voir Laurent Richer, des contrats administratifs, 3<sup>ème</sup> édition, L.G.D.J., 2002, p.141.

<sup>120</sup> Ce que Laurent Richer explique par le fait que l'encadrement procédural de la passation du contrat est très développé en droit public.

<sup>121</sup> Ce peut être une erreur générée par un outil informatique, une erreur liée à une mauvaise manipulation de l'outil informatique, etc.

<sup>122</sup> C'est ce qu'a retenu le projet de loi sur la confiance dans l'économie numérique en prévoyant une procédure d'accusé de réception suivant le « double-clic », avec possibilité de rétraction.

<sup>123</sup> C'est le cas par exemple lorsqu'une personne va double-cliquer, et donc accepter un engagement contractuel, par erreur.

<sup>124</sup> Les personnes en présence ont l'intention de contracter. Il ne peut donc y avoir d'erreur sur leurs volontés de prendre des engagements réciproques.

développement suivant, car peu importe qu'un contrat soit valablement conclu, s'il ne peut être prouvé.

## 2) La preuve du contrat administratif électronique

En droit administratif, la preuve est libre. L'admission du contrat électronique, à titre de preuve, ne devrait donc pas poser de problèmes.

Pourtant, au vu des premières décisions en la matière, les juges administratifs semblent adopter une position formaliste à l'égard de l'écrit électronique.

L'exemple de l'arrêt du Conseil d'Etat du 28 décembre 2001, «Entre Deux Monts », est à cet égard assez identifiant. En effet, alors que la saisine du juge administratif ne nécessite pas de forme particulière pour être recevable, le juge administratif a admis une saisine par courriel mais à condition que celle-ci soit suivie d'un écrit papier.

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.

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 monsieur Catala<sup>125</sup> : « *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 donc de rester très méfiant à l'égard des procédés électroniques tenant notamment à l'authentification de l'auteur ou à l'horodatage<sup>126</sup>. Il a tendance à considérer que certains de ces procédés sont facilement falsifiables<sup>127</sup>.

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.

---

<sup>125</sup> P. Catala, « *Ecriture électronique et actes juridiques* », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p.91.

<sup>126</sup> Voir le jugement du Tribunal Administratif de Nantes, dans sa décision du 7 juin 2001, « Elections Municipales de Maisdon-sur-Sèvres », « *Petites Affiches* », 10 août 2001, n°159, conclusions M.Degommier.

<sup>127</sup> 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.

Ainsi, la signature électronique sécurisée est définie, à l'article 1316-4 alinéa 2 du code civil, de la façon suivante : « *Lorsqu'elle est électronique, elle (la signature) 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 les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat* ». C'est donc la réponse technique aux fonctions de la signature dans l'univers électronique. C'est l'outil de la preuve électronique.

Bien sur, l'exigence d'une signature électronique sécurisée, pour donner une valeur probante au contrat administratif, revient à formaliser une procédure qui ne l'était pas. Ni à titre probatoire, ni à titre de validité, le contrat administratif ne nécessite de formes particulières. Aussi, exiger la signature électronique pour les contrats administratifs électroniques revient à soumettre ceux-ci à des formes dérogatoires du droit commun<sup>128</sup>. Toujours est-il que l'écrit électronique ne semble pas pouvoir bénéficier de la liberté des formes et des preuves.

Comme l'écrit très justement Anne Cantero<sup>129</sup> : « *il (le juge administratif) aura tout intérêt à se servir des critères dégagés par la réforme portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique pour fonder sa conviction quant à la force probante des écrits débattus devant lui* ». Même s'il n'est pas exclu que d'autres procédés électroniques puissent, par la suite, être admis à titre de preuve ; la seule certitude en ce domaine repose sur la signature électronique.

Or, 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.

### 3) La validité du contrat administratif électronique

Un contrat administratif est valide lorsque les consentements n'ont pas été viciés, lorsque les règles de passation ont été respectées mais également quand le contenu du contrat est conforme au droit.

A l'instar des conventions de droit privé, pour être admis à titre de validité, le contrat administratif doit contenir un objet et une cause identifiés et licites. Il doit également s'inscrire dans une durée. De même lorsqu'il est conclu à titre onéreux, il doit indiquer sinon le prix, du moins les éléments nécessaires à sa détermination<sup>130</sup>.

Dans certains cas, des textes imposent la présence de certaines stipulations. Ainsi, par exemple, l'article L.1523-2 du C.G.C.T., qui concerne les contrats entre les S.E.M.L. et les collectivités publiques, impose que ces conventions contiennent des clauses relatives à l'objet du contrat, aux obligations des parties et aux modalités de rémunération mais également des

---

<sup>128</sup> Donc en quelque sorte à un régime spécifique.

<sup>129</sup> Voir la thèse d'Anne Cantero, « *Des actes unilatéraux des communes dans le contexte électronique : Vers la dématérialisation des actes administratifs ?* », PUAM, 2002, p.161.

<sup>130</sup> Voir l'arrêt du C.E. 28 mars 1980, Société Cabinet 2000, (R.D.P. 1981, 523), qui pose clairement qu'un document qui ne détermine ni l'objet, ni la durée, ni les conditions de rémunération d'un travail ne lie pas la collectivité publique qui l'a signé, et ce tout simplement parce qu'il ne peut être considéré comme un contrat.

stipulations concernant le rachat, la résiliation ou la déchéance par la collectivité ainsi que les pénalités en cas de faute de la société.

Inversement, certaines clauses sont strictement prohibées telles que les clauses abusives ou les clauses dans lesquelles l'administration renoncerait à l'exercice de certaines de ces prérogatives<sup>131</sup>.

Or, le support électronique est indifférent au contenu qu'il supporte. Par conséquent, il n'y a pas d'incompatibilité entre support électronique et stipulations contractuelles obligatoires. Un support électronique peut contenir n'importe quelles clauses.

De plus, il existe parfois l'obligation de se référer à un cahier des charges type<sup>132</sup>. Mais le plus souvent le renvoi au cahier des charges est facultatif. Toutefois, force est de constater que lorsqu'ils existent la plupart des contrats vont s'y référer<sup>133</sup>.

Or, comme ces stipulations font partie du contrat, il est important qu'elles soient également sous forme électronique. C'est d'ores et déjà le cas pour les marchés publics, puisque le site internet du ministère des finances<sup>134</sup> propose sous forme électronique l'intégralité (ou quasiment) des cahiers des charges applicables.

L'intégralité des stipulations contractuelles qui rendent un contrat valide peut donc exister dans l'univers électronique.

Par ailleurs, il faut rappeler que la validité du contrat administratif ne dépend pas d'une forme particulière<sup>135</sup>. Le droit administratif laisse donc une large place au consensualisme, ce qui laisse à penser que celui-ci peut admettre à titre de validité l'écrit électronique<sup>136</sup>.

Pourtant, il ne faut pas oublier que l'admission de l'écrit à titre de preuve suppose, lui, de remplir certaines conditions tenant à la sécurité juridique (fiabilité du procédé quant à l'authentification, à la date et au contenu). Or, 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.

C'est pourquoi, même si l'usage de la signature électronique n'est pas une forme nécessaire à la validité juridique de l'écrit électronique, elle reste une forme incontournable pour l'admission à titre de preuve. La liberté de forme "ad validitatem" doit donc prendre en considération les conditions de forme "ad probationem".

De même, la forme choisie doit être compatible avec l'exercice de certaines formalités<sup>137</sup>.

Si nous venons d'envisager la problématique de l'électronique dans le cadre du droit commun des contrats administratifs, il ne faut pas oublier que de très nombreux contrats

---

<sup>131</sup> Par exemple, l'administration ne peut pas renoncer à son pouvoir de résiliation unilatérale. Une telle clause serait nulle.

<sup>132</sup> C'est le cas par exemple pour les concessions de l'Etat (décret du 23 décembre 1994 pour les concessions du réseau d'alimentation générale ; décret du 15 janvier 1952 pour les concessions de transport de gaz).

<sup>133</sup> C'est le cas par exemple des marchés publics. Lorsque le marché s'y réfère, le cahier des clauses administratives générales s'imposent en l'absence de stipulations dérogeatoires.

<sup>134</sup> Voir [www.finances.gouv.fr](http://www.finances.gouv.fr)

<sup>135</sup> Un contrat administratif n'a pas obligatoirement à être écrit ou recouvert d'une signature. En effet, la jurisprudence a déjà admis des contrats verbaux (C.E. 20 avril 1956, Bertin, A.J.D.A. 1956, II, 221) ou tacite (C.E. 28 juin 1999, Ministre Equipement c/ syndicat des Combrailles, B.J.C.P. 1999, p.63)

<sup>136</sup> D'autant que rares sont les cas où le droit administratif exige des mentions manuscrites à titre de validité.

<sup>137</sup> Il s'agit de la compatibilité du support électronique (forme du contrat) avec les formalités de contrôle de légalité, de transmission des actes aux comptables publics ou encore d'archivage. Mais nous reviendrons abondamment sur ces points dans le chapitre II, section II.

administratifs sont soumis à des règles dérogatoires notamment lors de leur passation. C'est justement dans ce type de procédures, beaucoup plus formalistes et encadrées, que peuvent résider les principaux obstacles à l'usage de l'électronique. C'est pourquoi, il est intéressant d'étudier, succinctement, la problématique de l'électronique au travers de l'une de ces procédures particulières de passation.

Il est apparu pertinent, à double titre, de choisir la procédure de passation des marchés publics, car c'est à la fois l'objet du contrat qui présente le plus d'intérêt à être passé par voie électronique mais aussi la matière où le plus d'initiatives concrètes ont été mises en place. En outre, 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 aisée.

### ***E) La procédure de passation électronique des marchés publics électronique***

Les contrats de marchés publics<sup>138</sup> sont des contrats administratifs par détermination de la loi<sup>139</sup>. Mais comme l'écrit Laurent Richer<sup>140</sup> : «*Par leur objet, les marchés publics sont semblables aux contrats que concluent entre eux des particuliers. Il s'agit en effet de contrats par lesquels l'administration se procure des fournitures ou des services et fait réaliser des travaux moyennant un prix. Ces contrats sont identiques aux contrats de vente, de location, de service du droit privé.*»

C'est pourquoi, les marchés publics sont des contrats dont l'objet se prête aisément au développement des contrats électroniques. En effet, l'achat de fournitures ou de services peut se faire via des sites d'enchères ou de commerce électronique. A l'inverse, il est inimaginable qu'un contrat d'agent public se conclue suite à une rencontre entre l'offre et la demande d'emploi sur internet.

Les marchés publics permettent d'envisager l'usage de tout le panel des procédés électroniques.

De plus, c'est dans cette matière que les gains de productivité liés à l'utilisation de l'électronique peuvent véritablement être intéressants, car les marchés publics permettent d'envisager une procédure de passation presque totalement informatisée. A l'instar des contrats commerciaux de droit privé, il est effectivement possible de créer des sites d'enchères inversés où la rencontre de l'offre et de la demande se solde par la conclusion de contrat en ligne.

Cela est d'ailleurs une réalité assez palpable, puisque certaines personnes publiques<sup>141</sup> se sont déjà lancées dans l'aventure et qu'en outre le code des marchés publics contient la seule disposition existante en droit public concernant la dématérialisation des procédures<sup>142</sup>.

---

<sup>138</sup> Sur la détermination de la notion de marchés publics, voir F. Linditch, « *le droit des marchés publics* », Dalloz, 2000 et L. Richer, « *Droit des contrats administratifs* », 3<sup>ème</sup> édition, L.G.D.J., 2002.

<sup>139</sup> Loi MURCEF du 11 décembre 2001 portant mesures d'urgence à caractère économique et financier (J.O 12 décembre 2001, p. 19703).

<sup>140</sup> L. Richer, « *Droit des contrats administratifs* », 3<sup>ème</sup> édition, L.G.D.J., 2002, p.319.

<sup>141</sup> Ainsi, le conseil général de l'Oise a créé un extranet fournisseur et a déjà eu recours aux enchères électroniques pour la passation de marché public écrit inférieur à 700.000 francs TTC (soit environ 107.000 euros). Il en est de même pour le ministère de l'Economie qui a déjà utilisé des procédures d'enchères électroniques inversées.

<sup>142</sup> Voir l'article 56 du C.M.P. relatif à la dématérialisation des procédures.

Cependant, il est pertinent de se demander si l'informatisation de la procédure de passation des marchés publics est applicable à tous les types de marchés publics. Aussi, il faut envisager cette possibilité dans le cadre des deux grands types de procédures de passation des marchés publics, à savoir la procédure d'appel d'offre (1) et les procédures simplifiées (2).

### 1) La procédure d'appel d'offre : une procédure adaptée à l'univers électronique

La procédure d'appel d'offre est la procédure de droit commun de passation des marchés publics<sup>143</sup>. C'est pourquoi, elle est désignée ici comme étant la procédure « normale » ou « classique ». Elle est très formalisée et exclut toute négociation. Pour plus de clarté, il faut donc rappeler succinctement la procédure classique de passation des marchés publics (a) avant d'étudier si toutes les étapes de la procédure de passation des marchés publics sont bien réalisables par voie électronique (b). Mais en tout état de cause, la passation électronique des contrats de marchés publics est d'ores et déjà une réalité (c) : les contrats administratifs électroniques existent donc déjà.

#### *a- Les différentes étapes de la passation d'un contrat de marché public*

La passation d'un marché public comporte différentes étapes<sup>144</sup> :

- La définition des besoins (définition des critères de l'offre, de la nature du besoin, etc.)<sup>145</sup>
- La publication d'un avis d'appel public<sup>146</sup> à la concurrence au Bulletin officiel d'annonces des marchés publics (B.O.A.M.P.) ou dans un journal d'annonces légales<sup>147</sup>. La publication de l'appel d'offre est une formalité essentielle, dans la mesure où cela permet de porter à la connaissance des entreprises l'ouverture d'une procédure d'attribution de marchés publics. Cela fixe également les conditions d'attribution du marché, le montant, les délais, etc.
- Le retrait du dossier de consultation des entreprises.
- Le dépôt et la sélection des candidatures. La procédure est différente suivant qu'il s'agit d'un appel d'offre ouvert ou restreint. Dans un appel d'offre restreint, les entreprises déposent leur candidature et la personne publique remet une lettre de consultation aux entreprises sélectionnées. Celles-ci déposent alors leurs offres sous forme d'un acte d'engagement signé. Dans un appel d'offre ouvert, les entreprises déposent en même temps leurs offres et leurs candidatures dans deux enveloppes différentes.
- L'analyse des offres ou la sélection de l'attributaire du marché. Elle se fait dans les conditions prévues par l'appel d'offres. Elle suit une procédure qui commence par l'ouverture des plis<sup>148</sup>, en séance non publique, par la personne responsable du marché (dans le cas d'un marché public d'Etat) ou par la commission d'appel d'offres (dans le cas

<sup>143</sup> Voir article 26 du code des marchés publics.

<sup>144</sup> Nous ne rappellerons pas ici les règles de droit commun applicables à l'intégralité des contrats administratifs et tenant notamment aux procédures de prises de décisions. Voir chapitre I, section II, partie C.

<sup>145</sup> Cela va influencer sur le choix de la procédure car il existe des simplifications de procédures en fonction du montant du marché ou de la nature de celui-ci.

<sup>146</sup> Quand le montant prévisionnel du marché est supérieur à 750 000 euros pour les fournitures et à 5 000 000 euros pour les travaux, il faudra préalablement publier un avis de pré-information.

<sup>147</sup> L'appel public à la concurrence doit aussi être publié au J.O.C.E. quand il s'agit d'un marché de travaux supérieur à 5 000 000 euros.

<sup>148</sup> Dans l'appel d'offre ouvert, la sélection de l'attributaire suit la procédure suivante : ouverture des enveloppes de candidatures, sélection des candidatures puis ouverture des plis d'offres, et enfin analyse des offres. Dans l'appel d'offre restreint, la sélection des candidatures a été faite à l'étape précédente, il ne reste donc plus qu'à ouvrir les plis contenant l'offre, enregistrer le contenu, analyser l'offre et choisir l'attributaire.

d'un marché d'une collectivité locale). Ensuite, l'autorité compétente aura à charge de choisir «l'offre économiquement la plus avantageuse»<sup>149</sup>.

- La signature du marché. L'attributaire ne devient titulaire qu'une fois le contrat signé par la personne responsable du marché
- La notification du marché au titulaire.
- La publication de l'avis d'attribution dans les 30 jours qui suivent la notification.
- La transmission du contrat au représentant de l'Etat, dans un délai de 15 jours qui suivent la signature, est une formalité obligatoire qui ne concerne que les contrats conclus par les collectivités locales.

La procédure de passation des marchés publics est donc une procédure très encadrée, aussi il aurait été légitime de douter qu'elle se prête à l'utilisation et à l'intégration de procédé électronique.

*b- L'adaptation de la procédure de passation des marchés publics à l'univers électronique : la dématérialisation de la procédure*

Comme le soulignait le rapport du MEDEF sur la modernisation du droit de l'achat public de 2000<sup>150</sup>, les procédures de l'achat public démontraient «une inadaptation du droit positif aux tendances actuelles de la vie des affaires qui tendent à favoriser et mettre en place l'échange d'informations et la conclusion de marchés par voie électronique».

Cependant le droit des marchés publics a connu une évolution du fait de l'insertion de l'article 56 du C.M.P. relatif à la dématérialisation des procédures.

En effet, cet article (et ses décrets d'application) permet la passation électronique des marchés<sup>151</sup>. Il organise notamment l'échange d'information par voie électronique, c'est à dire les étapes de la procédure qui consistent à retirer le dossier de consultation, à déposer une candidature et une offre ferme.

L'entreprise pourra télécharger le dossier de consultation après avoir renseigné un formulaire de retrait (en donnant au minimum le nom de l'organisme, de la personne physique, une adresse, etc.). Par suite, l'entreprise pourra transmettre sa candidature et son offre par voie électronique. Elle devra alors envoyer son offre et sa candidature recouvertes d'une signature électronique sécurisée afin de garantir l'imputabilité et l'intégrité de l'acte et recevra en retour un accusé de réception électronique<sup>152</sup>. La personne publique, quant à elle, doit donner aux soumissionnaires les moyens d'envoyer leurs plis de manière confidentielle et de dater de façon certaine la réception des plis<sup>153</sup>.

Cependant, pour les autres formalités de la procédure de passation, rien de précis n'a été édicté. L'article 56-4° du C.M.P se contente d'énoncer que : «*les dispositions du présent*

---

<sup>149</sup> Voir article 53 du C.M.P.

<sup>150</sup> MEDEF, Livre blanc sur la modernisation du droit de l'achat public, 2000, p.45.

<sup>151</sup> En fait, l'article 56 du C.M.P ne présente un véritable intérêt que pour les procédures d'appel d'offre, car la « dématérialisation » de certaines procédures simplifiées étaient déjà possible avant cet article. Voir chapitre I, section II, partie E, 2 a.

<sup>152</sup> La procédure précise est décrite dans le décret du 30 avril 2002, pris en application du 1° et du 2° de l'article 56 du code des marchés publics et relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics.

<sup>153</sup> La création d'une simple adresse mail pour recevoir les offres et candidatures électroniques est donc largement insuffisante. La dématérialisation des procédures de passation impose donc aux personnes publiques d'investir et de rechercher des solutions informatiques permettant de garantir la confidentialité et un horodatage ayant force probante.

*code qui font référence à des écrits ne font pas obstacle au remplacement de ceux-ci par un support ou un échange électronique ».*

Or, cela laisse des questions en suspens. Par exemple, le dépouillement des offres fait référence à des plis et à des enveloppes, la notion d'écrit englobe-t-elle ce formalisme lié à l'univers papier ? Adopter une position stricte serait contraire à l'esprit du texte et priverait d'effet utile cette disposition. Admettre la transmission électronique des offres, si le dépouillement sous forme électronique n'est pas permis, serait absurde. Il convient donc d'opter pour une compréhension large de l'article 56-4° du C.M.P.

Par conséquent, au lieu d'ouvrir des plis contenant des offres, l'autorité compétente ouvrira le « sas de réception des plis » et décryptera les offres et candidature. Une fois les offres et candidatures décryptées et donc intelligibles, la suite de la procédure se poursuit comme dans l'univers papier par l'analyse des offres et des candidatures. L'article 56-4° du C.M.P. permet d'adapter les règles de procédures à l'univers électronique, cela passe donc par reconnaître la légalité des solutions alternatives proposées par l'électronique.

Soumission de l'offre et des candidatures et dépouillement sont donc juridiquement envisageable dans l'univers électronique.

Techniquement, des prestataires de solutions informatiques permettent même la réalisation des procédures à l'identique de l'univers papier : il n'est plus question d'admettre des solutions équivalentes mais d'une transposition exacte du formalisme papier à l'univers électronique. Ainsi, certains proposent une solution permettant de constituer des plis électroniques et de respecter la procédure de la double enveloppe<sup>154</sup>. L'ouverture des plis se fait dans le cadre d'un sas qui permet un dépouillement électronique des offres comme dans le cadre d'une commission d'appel d'offre « classique ». Il est également possible d'aller plus loin et de tirer partie des avantages de l'univers électronique en informatisant et automatisant la procédure de passation et de choix<sup>155</sup>. L'automatisation du choix garantit une certaine transparence et évite l'écueil du favoritisme<sup>156</sup>.

Quant à la conclusion du contrat, celui-ci peut être conclu par l'échange des instruments contractuels recouverts par la signature électronique respective des différents cocontractants<sup>157</sup>.

Dans ces conditions, la passation et la conclusion électronique du contrat de marchés publics mérite d'entraîner la qualification de contrat administratif électronique. En effet, nous l'avons déterminé ainsi<sup>158</sup>, un contrat administratif est électronique quant au minimum les échanges de volonté (la conclusion du contrat) se font de manière électronique<sup>159</sup>.

---

<sup>154</sup> Il s'agit notamment de la plate-forme de la société Achatpublic.com

<sup>155</sup> Le cabinet Berlioz a d'ailleurs créé un « logiciel » d'aide à la passation de marchés publics. Par ailleurs, l'automatisation des procédures est prévue par l'article 56 du C.M.P. au travers des enchères inversées.

<sup>156</sup> C'est tout particulièrement adapté pour l'achat de fournitures et de prestations courantes. Dans ces marchés, les critères de choix sont assez simples.

<sup>157</sup> Il s'agit de la même problématique que pour le droit commun des contrats administratifs, c'est pourquoi nous renvoyons, pour plus de détails, aux développements du chapitre I, section, II, partie D.

<sup>158</sup> Voir l'introduction de notre mémoire

<sup>159</sup> C'est en tout cas ce qu'il a été déduit de la définition du contrat électronique donné par Thierry Revet : « la formule de contrat électronique désigne le contrat où l'électronique constitue une manière de contracter, voire de réaliser un contrat ».

Pour les autres formalités de la procédure de passation des marchés publics, si elles n'empêchent pas la qualification de contrat administratif électronique, il convient tout de même de s'interroger sur leur "transposition" dans l'univers électronique.

Ainsi, la publication de l'appel d'offre peut se faire de manière électronique<sup>160</sup>. C'est par ce biais, que l'entreprise pourra répondre à l'appel d'offre et avoir accès au dossier de consultation.

Dans l'appel d'offre ouvert, plusieurs scénarios sont imaginables : soit la publication électronique de l'appel d'offre renvoie à la page d'accueil du site de la personne publique ou donne les coordonnées de l'autorité compétente, soit la publication électronique offre une certaine interaction en permettant par exemple le téléchargement du dossier de consultation.

Dans tous les cas, s'il est envisagé une soumission des offres électroniques, une publicité préalable électronique semble s'imposer.

C'est d'ores et déjà possible puisque la consultation des avis publics d'appels à la concurrence est accessible sur les sites du B.O.A.M.P.<sup>161</sup> et du J.O.C.E.<sup>162</sup>.

L'article 39 du C.M.P. pose seulement, comme condition de publicité, la publication au B.O.A.M.P. Or, il est possible de se demander si la publication de l'avis d'appel public à la concurrence (A.A.P.C.) sur la plate-forme électronique du B.O.A.M.P peut être considérée comme satisfaisante. En effet, le juge administratif admet la publication électronique<sup>163</sup> à partir du moment où celle-ci est "suffisante". Comme l'écrit Jean-Yves Vincent<sup>164</sup> : «*Peu importe le procédé retenu, du moment qu'il est adapté à son objet et qu'il prodigue aux intéressés une connaissance complète de l'acte*». Reste à savoir si la publication sur internet touche un nombre d'entreprises assez important pour que cette forme de publicité soit considérée comme suffisante et ne nécessite pas, en parallèle, une publication sur le B.O.A.M.P. papier.

Ce sera aux juges d'apprécier.

Par ailleurs, comme la publication de l'avis d'attribution doit être faite dans les mêmes conditions que l'appel d'offre (article 80 du C.M.P.), les précédents développements valent donc aussi pour la publication de l'avis d'attribution.

Quant à la notification du marché au titulaire, l'article 79 du C.M.P dispose que «*la notification consiste en un envoi du marché signé au titulaire permettant de donner une date certaine* ». Une notification par courrier électronique, avec le concours d'un tiers horodaté, comportant le contrat recouvert d'une signature électronique sécurisée permet de remplir les formes exigées par les textes<sup>165</sup>. L'horodatage va permettre de donner une date certaine et la signature sécurisée garantira l'imputabilité et l'intégrité de la notification.

La notification peut donc également être faite par voie électronique.

---

<sup>160</sup> Voir article 56 du C.M.P.

<sup>161</sup> [www.journal-officiel.gouv.fr](http://www.journal-officiel.gouv.fr)

<sup>162</sup> Pour les insertions d'annonces [www.SIMAP.eu.int](http://www.SIMAP.eu.int) et consultation sur [www.ted.europ.eu.int](http://www.ted.europ.eu.int) .

<sup>163</sup> Voir dans ce sens la décision C.E., 18 février 1994, Ministre éducation nationale contre Mme Wrobel (Rec., tables, p.770 ), qui admet la diffusion des résultats d'un concours sur Minitel.

<sup>164</sup> Voir J-Y Vincent, « *Publicité de l'acte administratif* », J.-Cl. Adm., fascicule 107-40 (2, 2001).

<sup>165</sup> Le fait que la notification soit censée être faite au domicile du destinataire n'est pas un obstacle à la notification électronique puisqu'il est estimé par une partie de la doctrine qu'il y a une assimilation parfaite entre domicile et adresse électronique. Voir dans ce sens : P.-Y.Gautier, « *l'e-mail* », in « *Clés pour le siècle* », Université Panthéon-Assas, Paris II, Dalloz, 2000, p.369 ; C. Manara, « *Aspects juridiques de l'e-mail* », Dalloz Affaires, 1999, p.278 ; A.Cantero, « *Des actes unilatéraux des communes dans le contexte électronique – Vers la dématérialisation des actes administratifs ?* » Presse Universitaire d'Aix - Marseille, 2002, p 312.

Cependant, la question de la transmission électronique du contrat au représentant de l'Etat est plus problématique. Même si cela semble être l'avenir, de nombreux points restent encore obscurs, c'est pourquoi nous reviendrons sur le sujet dans des développements ultérieurs<sup>166</sup>.

La procédure de passation d'un marché public est donc presque<sup>167</sup> entièrement réalisable par voie électronique.

Par ailleurs, l'électronique ne remet pas en cause les obligations de mise en concurrence et de publicité. Il est une voie parallèle qui ne substitue pas à la voie papier. Il est toujours possible pour une entreprise de soumissionner par voie papier. A l'heure actuelle, une personne publique ne peut imposer de soumissionner uniquement par voie électronique.

Maintenant qu'il est établi qu'une passation électronique d'un marché public est juridiquement possible, il convient de se demander comment cela peut se réaliser concrètement.

### *c- La passation électronique des marchés publics : une réalité concrète*

Des outils de passation informatisée de marchés publics ont été conçus<sup>168</sup>. L'automatisation de la procédure est donc une réalité. Mais c'est surtout en matière de création de « place de marchés publics » que les réalisations concrètes se sont davantage développées. Certaines personnes publiques ont créé leur propre place de marché, comme le ministère de la défense qui a créé deux portails internet<sup>169</sup> permettant de publier des avis, d'acheter sur catalogue ou de participer à des enchères inversées. De même, le conseil général de l'Oise a mis en place sur son site internet une plate-forme d'enchères inversées et un extranet fournisseur.

En outre, l'Etat veut favoriser cette tendance. Il a chargé un groupe de travail de la mission pour l'économie numérique de constituer une maîtrise d'ouvrage disposant de toutes les compétences juridiques et techniques pour mener à bien la dématérialisation complète des marchés publics dans les services centraux, déconcentrés et les collectivités locales à l'horizon 2005.

Des initiatives « privées » se sont développées. Ainsi, un communiqué de presse du 20 novembre 2001, diffusé à l'occasion du Congrès des Maires, annonçait : « *La Caisse des Dépôts et Consignations, Dexia Crédit Local, France Télécom et le Groupe Moniteur s'unissent pour étudier la faisabilité d'un bouquet de services en ligne facilitant les commandes des collectivités locales* ». Ce qui se concrétise aujourd'hui par le site de passation de marché public : [www.achapublic.com](http://www.achapublic.com).

Toutefois, malgré ces efforts, la passation électronique des marchés est encore fort peu utilisée. Il faut sans doute mettre cela sur le compte des coûts techniques d'une telle initiative

---

<sup>166</sup> Voir chapitre II, section II, partie A.

<sup>167</sup> Nous émettons cette réserve du fait de la problématique de la transmission électronique des actes au représentant de l'Etat.

<sup>168</sup> A noter l'initiative en la matière du cabinet Berlioz.

<sup>169</sup> Un pour l'armement : [www.ixarm.com](http://www.ixarm.com), et un autre pour les achats : [www.achats.defense.gouv.fr](http://www.achats.defense.gouv.fr)

mais aussi de la frilosité des décideurs qui, comme le souligne Didier Loth<sup>170</sup>, sont «traumatisés par les risques judiciaires associés au code des Marchés Public, qui est d'une extrême rigueur, puisque la violation de ses procédures est sanctionnée, même sans élément de corruption, par un délit de favoritisme<sup>171</sup>»

Par ailleurs, il va s'en dire que c'est surtout la possibilité de mettre en œuvre des enchères électroniques inversées<sup>172</sup> pour les fournitures courantes<sup>173</sup> qui est à l'origine de ces différentes initiatives. C'est donc essentiellement des marchés connaissant des procédures simplifiées qui utilisent des systèmes de passation électronique.

## 2) Les procédures simplifiées : l'évidence électronique

Ces procédures ont pour dénominateur commun de simplifier substantiellement la procédure de passation des marchés. Par conséquent, ces procédures sont le "terrain" idéal pour mettre en œuvre une passation informatisée des contrats de marchés publics. C'est d'autant plus vrai s'agissant des marchés sans formalités (a) qui ont initié la tendance bien avant l'introduction de l'article 56 du code des marchés publics. Mais la passation électronique est également envisageable dans le cadre d'une procédure de mise en concurrence simplifiée (b) et d'une procédure négociée (c).

### *a- Les marchés sans formalités préalables*

Il s'agit des marchés dont le seuil de 90 000 euros H.T. n'est pas dépassé, ainsi que pour les achats de denrées alimentaires périssables sur les marchés ou sur les lieux de production dont la valeur est inférieure au seuil de 130 000 euros H.T. pour l'Etat et 200 000 euros H.T. pour les collectivités territoriales.

Ces marchés sont normalement soumis aux règles générales de l'achat public<sup>174</sup>, mais l'absence de procédure supprime la transparence et cela reste donc assez théorique. En outre, l'écrit n'est pas exigé et ils n'ont pas à être transmis au représentant de l'Etat.

---

<sup>170</sup> Voir rapport de Didier Loth, « les TIC et le nouveau code des marchés publics... un rendez-vous manqué ? », 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](http://www.univ-paris1.fr).

<sup>171</sup> Voir article 432-14 du Code Pénal

<sup>172</sup> Voir article 56-3° du C.M.P.

<sup>173</sup> Selon le décret du 18 septembre 2001, pris en application du 3° de l'article 56 du code des marchés publics et relatif aux enchères électroniques, «sont réputées être des fournitures courantes celles pour lesquelles la personne publique n'impose pas des spécifications techniques qui lui soient propres».

<sup>174</sup> Le code des marchés publics impose des règles générales applicables à tous les types de marchés (essentiellement le chapitre III du titre III du C.M.P.), comme par exemple l'obligation résultant de l'article 1<sup>er</sup> qui énonce : «Les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures», ou encore la règle résultant de l'article 53 du C.M.P qui impose de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse. Le respect de ces règles de procédures est aisément organisable dans l'univers électronique. L'usage des technologies de l'information ne peut avoir pour effet de restreindre l'accès à la commande publique ou de rendre la passation plus opaque. En effet, internet étant un formidable média, l'information est rendue accessible à tous et à priori toute entreprise pourra soumissionner. En outre, si on met en place des procédures informatisées de passation des marchés, l'automatisation qui en résulte permet d'écarter toute subjectivité dans le choix du cocontractant.

Par conséquent, c'est un type de marché assez consensuel qui admet aisément l'usage de procédé électronique. Un marché sans formalités peut donc être passé et conclu par voie électronique sans aucun obstacle et sous aucune réserve.

Ainsi, la majorité des achats publics électroniques ou leurs expérimentations se font dans le cadre des marchés sans formalités. Les meilleures illustrations sont la mise en place de catalogue électronique et de fournitures courantes dont le montant est inférieur au seuil.

Il n'en est pas de même s'agissant des procédures de mise en concurrence simplifiée. Etant plus formalisées, l'usage de l'électronique dans ces procédures n'a donc été possible que depuis l'introduction de l'article 56 du C.M.P.

#### *b- La mise en concurrence simplifiée*

Cette procédure concerne les marchés dont le montant est inférieur au seuil de 130 000 euros H.T. pour l'Etat et de 200 000 euros H.T pour les collectivités territoriales.

Elle commence, comme un appel d'offres restreint, par la publication d'un appel à candidature. Or, celle-ci peut s'effectuer, au moins à titre complémentaire, sur un support électronique<sup>175</sup>.

Ensuite, quand les candidats ont déposé leurs candidatures<sup>176</sup>, la personne responsable du marché établit la liste des candidats admis et leur demande de présenter une offre. La liste des candidats peut parfaitement être établie et publiée en ligne et, si besoin est, elle peut être notifiée au candidat admis via un courriel signé électroniquement. Celui-ci peut alors envoyer son offre par courrier électronique recouvert d'une signature électronique<sup>177</sup>.

Parallèlement, la personne responsable du marché poursuit des négociations avec chacun des candidats admis, ce qui peut se faire par le biais d'une webcam, d'une visioconférence, par l'envoi de courriels ou, plus classiquement, par téléphone ou par une rencontre<sup>178</sup>. Toutefois, il est préférable que le moyen choisi permette une certaine traçabilité, afin de faciliter la preuve d'une véritable mise en concurrence.

Pour finir, le marché est attribué par la personne responsable du marché après avis de la commission d'appel d'offres pour l'Etat et par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales. Là encore, pas d'obstacles à la passation électronique du contrat de marché public.

Pour la conclusion du marché, la procédure de mise en concurrence simplifiée rejoint celle de la procédure classique, et cela est parfaitement faisable par voie électronique.

Cette procédure simplifiée est donc appropriée à l'univers électronique. Cependant, il faut se demander s'il en est de même s'agissant de la procédure négociée, qui permettant un « intuitu personae », semble mal se marier avec le caractère impersonnel des passations électroniques.

---

<sup>175</sup> Sur la formule électronique du B.O.A.M.P. par exemple.

<sup>176</sup> Ce qui peut se faire, nous l'avons vu précédemment, par le biais d'un courrier électronique scellé par une signature électronique sécurisée.

<sup>177</sup> Il s'agit ni plus ni plus moins d'appliquer les possibilités de soumission électronique des offres prévues à l'article 56-1° et 2° du C.M.P.

<sup>178</sup> Nous l'avons déjà évoqué, les négociations « réelles » ne retirent pas la qualification de contrat administratif électronique.

### c- La procédure négociée

Selon l'article 34 du C.M.P., «*la procédure négociée est une procédure par laquelle la personne publique choisit le titulaire du marché après consultation de candidats et négociation des conditions du marché avec ou plusieurs d'entre eux*»

Il existe deux types de procédures négociées :

- Les marchés négociés avec mise en concurrence. Il s'agit d'une procédure ouverte essentiellement dans les cas d'appels d'offres infructueux ou impossibles<sup>179</sup>. Elle consiste à publier un avis, à dresser une liste des candidatures retenues pour négocier, puis à entamer des négociations et à choisir ensuite parmi les offres fermes obtenues ainsi. Nous l'avons vu dans les exemples précédents, ces différentes étapes peuvent généralement être passées par voie électronique.
- Les marchés négociés sans mise en concurrence. Cette procédure concerne notamment les cas où le marché exige le secret, où il n'existe qu'un seul prestataire qui puisse répondre aux besoins ou bien encore dans le cas d'un marché complémentaire. Dans cette procédure, il n'y a même pas de publication de l'avis public d'appel à la concurrence, il n'y a pas mise en concurrence. Le choix des candidats puis de l'attributaire apparaît donc discrétionnaire puisqu'il dépend en grande partie d'une procédure subjective : la négociation. A priori, nous l'avons déjà abordée, il n'y a pas d'obstacle juridique au déroulement de négociations électroniques<sup>180</sup>, et rien n'empêche que celle-ci soit suivie de la conclusion électronique du contrat.

Ces procédures négociées méritent davantage de réserve quant à l'usage de l'électronique. Non pas qu'il existe des obstacles juridiques à l'utilisation de procédés électroniques, mais que cette procédure ne se prête pas à l'informatisation. Or, c'est précisément l'automatisation de la prise de décision qui va permettre les gains de productivité et les gains budgétaires.

En guise de conclusion, il convient de préciser que le gouvernement songe actuellement à une nouvelle réforme du code des marchés publics<sup>181</sup> qui augmenterait le pallier sous lequel il est possible de passer un marché sans formalité. Si ce projet de réforme venait à être confirmé, cela irait indéniablement dans le sens d'un développement des procédures électroniques de passation des marchés publics.

La passation électronique des marchés publics en fournit l'exemple : il existe déjà des contrats administratifs électroniques. Or, conclure des contrats par voie électronique est une chose, mais encore faut-il se préoccuper des conséquences sur leur régime.

---

<sup>179</sup> Un appel d'offre est impossible quand, au préalable, on ne peut définir clairement les conditions du marché.

<sup>180</sup> Les textes n'imposent pas de formes à la négociation.

<sup>181</sup> Le projet de réforme est consultable en ligne sur le site du ministère de l'Economie et des Finances : [www.minefi.gouv.fr](http://www.minefi.gouv.fr)

## **Chapitre 2 - De la mise en œuvre du contrat administratif par voie électronique**

La vie d'un contrat connaît plusieurs étapes : il naît, il vit et il meurt. De ce fait, il n'est pas sérieux de dire qu'un contrat administratif électronique est légalement possible, du seul fait qu'il peut être conclu par des procédés électroniques.

Se poser la question de l'existence possible d'un contrat administratif électronique dépasse donc le cadre de l'étude de sa qualification et de sa conclusion : cela nécessite de le confronter à la réalité. Il faut donc appréhender sa mise en œuvre.

En effet, pour avoir une valeur légale, le contrat administratif doit pouvoir être normalement exécuté (I), subir des procédures de contrôles et d'archivage (II) et enfin ne rendre pas impossible la procédure contentieuse (III).

S'il est une convention électronique, le contrat administratif passé par voie électronique reste avant tout un contrat de droit public, qui doit pouvoir se voir appliquer le régime des contrats administratifs.

L'étude de la légalité du contrat administratif électronique implique, par conséquent, d'envisager successivement ces différents points.

### **Section I- L'exécution du contrat administratif électronique**

L'exécution d'un contrat est l'étape où les cocontractants effectuent leurs obligations contractuelles<sup>182</sup>. Aussi, lorsque l'obligé livre des ordinateurs, construit un bâtiment ou encore installe des logiciels, peu importe que le contrat qui a fait naître son obligation soit électronique ou pas.

L'exécution semble donc, a priori, indifférente au caractère électronique du contrat.

Cependant, cela serait faire un raccourci erroné.

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 contrat. Cela nécessite de se pencher sur la question des modifications que pourra connaître un contrat administratif électronique (A).

Par ailleurs, un contrat électronique n'est pas uniquement un contrat qui a été passé par le biais d'outils électroniques, ce peut être également un contrat exécuté en ligne. Or, une telle

---

<sup>182</sup> Nous n'étudierons pas ici l'exécution de l'obligation de paiement des personnes publiques. Celle-ci étant soumise à une procédure de contrôle, nous avons jugé plus opportun de traiter cette question dans la section II, consacrée aux contrôles et à l'archivage du contrat administratif électronique.

modalité d'exécution, par son caractère inédit, mérite de s'interroger sur sa compatibilité avec le régime de l'exécution d'un contrat administratif (B).

### *A) Les modifications au contrat administratif électronique*

Un contrat administratif doit pouvoir connaître des modifications au cours de sa vie. Que ce soit par une volonté commune, pour des nécessités d'intérêt général, pour les besoins du service, ou encore par sanction, un contrat doit pouvoir bénéficier d'une certaine souplesse.

Ainsi, comme toute convention, le contrat administratif doit pouvoir être modifié par la volonté conjointe des parties (1). En outre, parce qu'un contrat administratif est un outil de l'action administrative, il est soumis à des règles particulières qui visent à préserver l'intérêt général ; c'est pourquoi la personne publique dispose d'un pouvoir de modification et de résiliation unilatérale (2).

Il est donc essentiel que ces prérogatives puissent s'exercer dans le cadre d'un contrat électronique.

#### 1) L'avenant au contrat administratif électronique

*«L'avenant est un contrat qui a pour objet de modifier un contrat en cours. La conclusion d'une telle convention modificatrice ne pose aucun problème lorsque la conclusion du contrat est libre : nul principe de parallélisme des formes et procédures, nul risque de fraude n'imposent de limiter la liberté de passer des avenants. Ce n'est que si la passation du contrat initial est soumise à des règles que le problème de l'avenant se pose»<sup>183</sup>.*

Il faut donc distinguer les deux hypothèses.

#### *a- Le droit commun de la conclusion d'un avenant : une simplicité procédure idéale pour l'électronique*

Dans le cadre d'un contrat administratif «classique», il est possible d'envisager un avenant sous forme électronique. La liberté dans les formes et les procédures de l'avenant permet ainsi d'admettre qu'un contrat électronique soit modifié par un avenant électronique.

Mais également, il est juridiquement possible qu'un contrat administratif électronique connaisse un avenant papier ou qu'inversement un contrat papier soit modifié par un avenant électronique, puisqu'il n'y a pas obligatoirement de parallélisme des formes.

En outre, même dans l'hypothèse d'une compétence partagée, il est assez simple de conclure un avenant, puisqu'il est admis que la délibération de l'organe collégial donne une compétence générale aussi bien pour conclure le contrat que les avenants postérieurs. Il n'est donc pas besoin de passer par l'organisation d'une nouvelle délibération pour conclure l'avenant. Il est évident que cette simplicité procédurale jouera en faveur de l'usage de l'électronique.

---

<sup>183</sup> L. Richer, « *Droit des contrats administratifs* », L.G.D.J., 3<sup>ème</sup> édition, 2002, p.215.

Néanmoins, cette liberté de faire des avenants connaît des limites : l'avenant ne doit pas être en réalité un nouveau contrat. Mais cette condition de validité de l'avenant ne concerne pas son mode de passation, car ce qui fait qu'un avenant pourra être considéré comme un nouveau contrat, c'est son contenu et pas son support.

Par ailleurs, pour des raisons tenant aux règles de preuves, s'il y a un avenant électronique celui-ci devra, par sécurité juridique, être revêtu d'une signature électronique. En effet, c'est le seul procédé admis à titre de preuve. Or, un avenant comme tout contrat doit être prouvé.

#### *b- La procédure encadrée de passation de l'avenant : quelle possibilité pour l'électronique ?*

Dans le cas d'un contrat initial soumis à des règles spéciales<sup>184</sup>, si la conclusion d'un avenant est d'avantage encadrée, elle n'empêche pas la passation d'un avenant par voie électronique. Ainsi, les règles existantes dans ce cas touchent plus à la procédure et au contenu de l'avenant qu'à sa forme.

Par exemple, dans le cadre d'un contrat administratif soumis à des règles de publicité et de concurrence, il est prévu, en cas de compétence partagée, que le projet d'avenant devra être soumis à une délibération de l'organe collégial. Mais peu importe que la délibération ne puisse se faire de manière électronique, celle-ci n'empêche pas que l'avenant soit, lui, conclu par le biais de procédés électroniques. Il n'existe pas, en effet, d'obligation de parallélisme des formes entre le mode de délibération et le mode de conclusion. Par conséquent, une telle procédure n'exclut en rien l'usage de procédés électroniques pour conclure l'avenant, cela rend seulement la passation de l'avenant plus longue et plus lourde.

Dans le cadre d'un marché public, par exemple, l'article 19 du C.M.P prévoit comme condition à la passation d'un avenant que celui-ci ne doit pas « *bouleverser l'économie du contrat, ni en changer l'objet* ». Cette condition concerne donc essentiellement la rédaction de l'avenant et pas sa forme.

Dans le cadre d'un marché soumis à des règles spéciales, il n'existe donc pas d'obstacle juridique à la conclusion électronique de l'avenant.

Qu'il s'agisse d'un contrat administratif « classique » ou d'un contrat administratif soumis à des règles dérogatoires, il semble aussi aisé de passer un avenant électronique qu'un avenant papier.

La seule condition à l'admission de l'avenant électronique réside dans l'utilisation d'un procédé permettant de garantir l'authentification, l'intégrité et la date de l'acte. Les seules exigences juridiques quant à l'utilisation d'un avenant électronique sont l'usage de la signature électronique sécurisée<sup>185</sup> et le recours à un tiers horodateur.

Contrat électronique et contrat de papier peuvent donc être modifiés par un avenant électronique. Cependant, l'avenant n'est pas la seule possibilité de modifier un contrat administratif. C'est là d'ailleurs que réside une des spécificités du contrat administratif : dans la possibilité pour la personne publique de modifier voire de résilier unilatéralement le contrat.

---

<sup>184</sup> Essentiellement les contrats soumis à des formalités de publicité et de mise en concurrence comme les marchés publics ou les conventions de délégation de service public.

<sup>185</sup> Jusqu'à présent, c'est le seul procédé électronique qui a légalement été admis à titre de preuve. A charge au juge administratif ou au législateur d'admettre clairement d'autres procédés à titre de preuve.

## 2) Des pouvoirs de modification et de résolution unilatérale dans l'univers électronique

La personne publique dispose à l'égard de son cocontractant de prérogatives particulières, il peut modifier les clauses du contrat ou y mettre fin pour l'avenir. La résiliation et la modification emportent donc des conséquences différentes à l'égard de l'autre partie, ainsi une résiliation est plus préjudiciable qu'une modification des clauses. C'est pourquoi, ces pouvoirs connaissent deux «régimes» distincts. Envisager l'exercice de ces prérogatives dans l'univers électronique nécessite donc de traiter séparément la transposition du régime du pouvoir de modification (a) de celui du pouvoir de résiliation (b).

### *a- Pouvoir de modification unilatérale et contrat électronique*

Le Conseil d'Etat a admis<sup>186</sup>, puis consacré<sup>187</sup>, le pouvoir de modification unilatérale des clauses non financières du contrat, sous réserve d'une indemnisation du préjudice en résultant pour le cocontractant. Comme, il s'agit d'un acte modificateur du contrat, à l'instar de l'avenant, on peut se demander en quoi sa problématique est différente ?

Alors qu'un avenant est un acte contractuel, la modification unilatérale est l'expression d'une seule volonté qui s'impose à son cocontractant. Le pouvoir de modification unilatérale prend donc souvent la forme d'un acte unilatéral.

Par conséquent, la problématique du pouvoir de modification unilatérale dans l'univers électronique renvoie en partie à celle de l'existence d'un acte unilatéral électronique.

Comme, il ne s'agit pas ici de traiter de ce sujet, nous renverrons aux travaux d'Anne Cantero sur la dématérialisation des actes unilatéraux des communes. Celle-ci en guise de conclusion retient : « *Au terme de la présente étude, il est possible d'affirmer que le droit public contient des éléments pour admettre la dématérialisation des actes unilatéraux des communes.(...) En conséquence, la reconnaissance juridique des actes administratifs unilatéraux immatériels se nourrira progressivement des apports de la loi, de la jurisprudence et de la pratique* ».

L'hypothèse juridique d'un acte administratif unilatéral électronique est donc recevable (sous conditions)<sup>188</sup>.

En outre, les conditions tenant à la mise en œuvre du pouvoir de modification unilatérale se rapporte essentiellement à l'objet de la modification, à savoir que le pouvoir de modification ne doit pas avoir pour conséquence d'entraîner des bouleversements touchant aux conditions essentielles du contrat<sup>189</sup>. Les conditions de mise en œuvre du pouvoir de modification unilatérale n'ont donc pas d'incidence sur le choix du support, puisque ce sont des conditions de fond et non de formes.

Une fois l'incertitude levée sur l'acte unilatéral électronique, il n'y aura donc pas d'autres obstacles juridiques à la mise en œuvre électronique du pouvoir de modification.

---

<sup>186</sup> Voir arrêt C.E. du 11 mars 1910, Compagnie générale des tramways, G.A.J.A. , p.134.

<sup>187</sup> Voir arrêt C.E. du 2 février 1983, Union des transports publics, R.D.P. 1984, 212, note Auby.

<sup>188</sup> Il faut encore attendre des prises de position plus claires de la part du juge ou du législateur avant d'admettre sans réserve et définitivement l'existence d'un acte administratif unilatéral électronique.

<sup>189</sup> Voir C.E. 14 mars 1980, C.I.T.E.M., D.1980, 495, note Théron.

Cependant, à défaut, comme il n'existe pas de nécessité de parallélisme des formes entre le contrat et l'acte unilatéral modificateur<sup>190</sup>, il est toujours possible d'admettre qu'un contrat administratif électronique supporte une modification par un acte unilatéral «papier»<sup>191</sup>. Par conséquent, même si cette prérogative ne pouvait être exercée sous forme électronique, elle existerait toujours dans le cadre d'un contrat administratif électronique. Le caractère électronique du contrat n'a donc pas pour conséquence de rendre impossible l'exercice du pouvoir de modification unilatérale<sup>192</sup>.

Que la modification unilatérale du contrat soit possible ou pas par voie électronique, cette prérogative ne fait pas obstacle à l'existence du contrat électronique, puisqu'elle est de toute façon toujours possible par le biais traditionnel de l'univers papier. En est-il de même concernant le pouvoir de résiliation unilatérale ?

#### *b- Pouvoir de résiliation unilatérale et contrat électronique*

Le pouvoir de résiliation unilatérale de l'administration consiste à mettre fin au contrat pour l'avenir moyennant indemnisation du cocontractant. Cette prérogative est reconnue à l'administration depuis le 19<sup>ème</sup> siècle<sup>193</sup> et constitue une règle générale applicable aux contrats administratifs. Elle existe même dans le silence du contrat et la personne publique ne peut renoncer à ce pouvoir, sous peine de nullité de la clause de renonciation<sup>194</sup>. Aussi, un contrat qui rendrait impossible l'exercice du pouvoir de résiliation serait frappé de nullité. Par conséquent, s'il s'avérait que le contrat administratif électronique ne permettait pas l'exercice du pouvoir de résiliation, celui-ci serait nul.

Il s'agit en fait dans la même problématique que précédemment, s'agissant du pouvoir de modification unilatérale. En effet, le pouvoir de résiliation unilatérale suppose lui aussi l'intervention d'un acte unilatéral (puisque'il s'agit d'une décision individuelle faisant grief). Or, il a été posé précédemment que l'existence et l'usage d'un acte unilatéral électronique n'est pas exclu juridiquement. Toutefois, cette possibilité reste conditionnelle et ne semble pas pouvoir s'ancrer dans la réalité actuelle.

Il est impossible d'exclure, qu'à terme, des contrats administratifs électroniques seront résiliés par voie électronique. Néanmoins, à l'heure actuelle, il semble plus réaliste et plus sûr d'envisager qu'un contrat administratif électronique doive être résilié de façon plus

---

<sup>190</sup> La question, en fait, ne s'était jamais réellement posée ; car, d'une part, il ne peut pas y avoir parallélisme dans la mesure où l'un est un acte unilatéral et que l'autre est un contrat, et que d'autre part, le parallélisme des supports était jusqu'alors une question sans intérêt puisqu'il n'en existait qu'un seul. Par conséquent, il serait étrange d'exiger un parallélisme entre deux actes si différents par nature et qui peuvent être pris par des autorités distinctes.

<sup>191</sup> De même, si on suit le raisonnement, on peut admettre qu'un contrat papier puisse être modifié par un acte unilatéral électronique.

<sup>192</sup> Si cela n'avait pas été le cas, le contrat électronique aurait alors été considérée comme illégal, car les personnes publiques ne peuvent renoncer à l'usage de cette prérogative (puisque ce pouvoir fait partie des règles générales applicables au contrats administratifs).

<sup>193</sup> Voir C.E. 17 mars 1864, Paul Dupont, D.1864, 3, 87.

<sup>194</sup> Voir C.E. 6 mai 1895, association Eurolat, R.F.D.A 1986, p.21.

« traditionnelle »<sup>195</sup>, dans la mesure où il n'existe pas en la matière d'obligation de parallélisme des formes<sup>196</sup>.

En outre, comme la procédure de résiliation peut être assez formaliste, il semble que le recours au support papier s'impose pour l'instant<sup>197</sup>.

Le contrat administratif électronique n'empêche pas l'exercice de la prérogative de résiliation unilatérale. La légalité du contrat administratif électronique ne paraît donc pas pouvoir être remise en cause par le régime juridique applicable au contrat administratif, tout du moins en ce qui concerne le régime de modification et de résiliation.

Un contrat électronique peut ne pas se limiter à la conclusion électronique, ce peut être aussi une exécution des obligations en ligne. Mais le droit est-il adapté à l'exercice de ces prestations presque « immatérielles » ?

### ***B) L'exécution du contrat administratif électronique : la problématique de l'exécution en ligne***

Selon Thierry Revet, un contrat électronique est un contrat conclu voire réalisé en ligne. Un contrat n'a donc pas besoin d'être réalisé en ligne pour être électronique, il suffit qu'il soit conclu par voie électronique. Par conséquent, l'exécution du contrat électronique peut connaître différentes formes (1).

Cependant, c'est sur l'exécution électronique que nous nous attarderons ici, car, de par son caractère inédit, elle soulève des interrogations juridiques. Tous les points du régime juridique de l'exécution du contrat administratif ne méritent pas d'être étudié à travers la problématique de l'exécution électronique<sup>198</sup>. C'est pourquoi nous ne traiterons que de deux aspects significatifs, à savoir la détermination du « lieu d'exécution électronique » (2) et l'exercice des pouvoirs de garantie de l'exécution dans l'univers électronique (3).

#### 1) Le contrat électronique : deux types d'exécution possibles

Un contrat administratif électronique peut s'exécuter matériellement ou en ligne. Cela dépend de l'objet de celui-ci.

Ainsi, s'il s'agit d'un contrat de marché de travaux ou de fournitures « matérielles », ou encore d'un contrat de délégation de service public, ceux-ci ne pourront s'exécuter en ligne.

---

<sup>195</sup> C'est la solution dont on sait qu'elle assure une sécurité juridique, la résiliation électronique, si, nous le répétons, est envisageable, elle ne présente pas les garanties de sécurité juridiques suffisantes (on ne sait pas si le juge administratif validera une telle modalité).

<sup>196</sup> Il n'existe pas d'obligation de parallélisme des formes entre le contrat administratif et l'acte de résiliation (ce sont des actes qui, par nature, sont bien trop différents, et, en outre, il n'a été posé nul part une obligation de parallélisme des supports).

<sup>197</sup> Particulièrement pour la résiliation pour faute, il est imposé que soit respecté les droits de la défense. Ce qui se traduit par l'obligation de mettre en demeure le cocontractant.

<sup>198</sup> C'est notamment le cas de ce qu'on appelle les « aléas contractuels » à savoir les imprévus, l'imprévision et la force majeure qui s'entendent de la même manière dans l'univers électronique que dans l'univers « physique ».

Ces prestations doivent obligatoirement s'effectuer matériellement. Par exemple, la livraison d'un lot d'imprimantes ne peut s'effectuer via l'écran d'un ordinateur.

Tous les contrats administratifs électroniques ne pourront donc donner lieu à une exécution en ligne. Le contrat administratif électronique s'exécutera alors comme n'importe quel contrat administratif et pourra donc être soumis sans difficulté à son régime juridique.

Néanmoins, certains contrats administratifs peuvent envisager d'être exécutés en ligne. Cela concerne essentiellement certains marchés de services et de fournitures, comme les services de «hotline», la fourniture d'accès ou d'hébergement internet ou encore l'achat de logiciels en ligne, etc.

Il n'existe pas de textes imposant des modalités particulières d'exécution touchant au support, aussi l'exécution en ligne d'une prestation ne peut être a priori écartée.

Comme dans tout contrat, l'exécution du contrat administratif se fait conformément aux stipulations contractuelles. Toutefois, l'exécution d'un contrat connaît d'autres lois que celle des parties, il est soumis à un régime juridique. La question se pose alors de savoir si l'exécution électronique est envisageable dans le cadre du régime juridique de l'exécution du contrat administratif. Notamment, comment déterminer le lieu d'exécution de la prestation exécutée par voie électronique ?

## 2) La détermination du lieu d'exécution de la prestation effectuée par voie électronique, ou la recherche du critère d'attribution de compétence territoriale du juge administratif

Eu égard à certaines caractéristiques de l'univers électronique, certaines interrogations peuvent survenir quant à la détermination du lieu d'exécution de la prestation<sup>199</sup>. Or, c'est un point important, dans la mesure où c'est le lieu d'exécution qui va souvent déterminer le tribunal territorialement compétent<sup>200</sup>.

Le fait que la prestation électronique s'effectue directement et simultanément depuis le lieu d'établissement du prestataire au lieu désigné par la personne publique, aboutit à ce que la prestation s'effectue simultanément dans deux lieux géographiques différents.

Par conséquent, cela pose problème pour déterminer où se situe le lieu de l'exécution du contrat.

Comme, aucun texte ni jurisprudence ne fixe légalement le lieu d'exécution d'une prestation immatérielle, il est tentant de considérer, par déduction logique, que le lieu d'exécution est le lieu qui doit bénéficier de la «commande» ou bien encore le lieu désigné dans le contrat.

Cependant, il est possible de pallier au doute sur le lieu de l'exécution en se référant à la solution posée à l'article R 312-11 du Code de la Justice Administrative qui énonce : « *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*

<sup>199</sup> Pour d'avantage de simplicité, nous avons délibérément choisi d'écarter la problématique des contrats conclus à l'étranger.

En outre, nous ne traiterons pas de la sphère personnelle et temporelle du contrat administratif car elles ne sont pas affectées par la passation électronique. En effet, le contrat qui s'exécute en ligne se fait entre plusieurs parties identifiées (ours du web, numéro S.I.R.E.T, signature électronique...) et à un moment déterminé (on peut prévoir un système d'horodatage).

<sup>200</sup> Voir article R 312-11 du Code de la Justice Administrative (C.J.A.)

*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 ».*

C'est donc le lieu de la signature du contrat par la personne publique qui va déterminer la compétence du tribunal administratif. Dans l'univers électronique, il s'agira alors du lieu dans lequel la signature électronique a été apposée (ou encore le lieu du « double-clic »)<sup>201</sup>.

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.

Mais le régime juridique de l'exécution du contrat administratif comporte d'autres aspects problématiques au regard de l'exécution électronique, il s'agit essentiellement de l'exercice des pouvoirs de l'administration visant à garantir la bonne exécution des obligations contractuelles.

### 3) L'exécution électronique et le régime des garanties de l'exécution du contrat administratif

Il s'agit d'une des nombreuses spécificités du régime du contrat administratif. En effet, dans le cadre de l'exécution du contrat, la personne publique doit pouvoir exercer un pouvoir de contrôle et de sanction. Ces deux prérogatives sont généralement rattachées par la doctrine aux « règles générales applicables aux contrats administratifs ». Elles donc sont censées exister en dehors de toute réglementation ou stipulations contractuelles<sup>202</sup>.

La validité du contrat administratif électronique suppose donc que puisse s'exercer à la fois le pouvoir de contrôle (a) et le pouvoir de sanction (b).

#### *a- L'exercice du pouvoir de contrôle dans le cadre de l'exécution électronique*

Le pouvoir de contrôle consiste à vérifier que les obligations s'exécutent conformément aux stipulations du contrat. Il peut donc prendre différentes formes qui vont, dans la plupart des cas, s'effectuer « matériellement ».

Néanmoins, un contrôle électronique n'est pas juridiquement exclu. Aucune condition de forme ni de procédure n'est posée à l'exercice du pouvoir de contrôle, tant celui-ci peut prendre des formes hétérogènes<sup>203</sup>.

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 ».

---

<sup>201</sup> Il n'y a pas alors de vraies différences avec l'univers papier, puisque le lieu de la signature électronique est celui où l'autorité compétente a utilisé son ordinateur pour conclure le contrat.

<sup>202</sup> 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, c'est les prises de position d'une partie de la doctrine qui pousse à considérer le pouvoir de contrôle comme existant en dehors de toute stipulation contractuelle. (voir G. Jèze, « *les contrats administratifs* », tome II, 1932, p.365 et s. ; G. Péquignot, « *Théorie générale du contrat administratif* », 1945, p.306 et s.)

<sup>203</sup> Cela peut aller du contrôle des horaires d'autobus, à celui du respect des plans d'un bâtiments en passant par le contrôle de la pureté de l'eau potable.

Ainsi, prenons l'exemple d'une prestation de construction de site internet, la personne publique peut 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.

Il n'y a donc pas d'obstacle juridique à l'exercice du pouvoir de contrôle dans le cadre d'un contrat électronique, que celui-ci s'exécute de manière électronique ou « physique ».

*b- L'exercice du pouvoir de sanction dans le cadre de l'exécution électronique.*

Par contre, il faut émettre plus de réserve à l'égard du pouvoir de sanction, car celui-ci prend la forme d'une décision individuelle (donc d'un acte administratif unilatéral). Par conséquent, qu'il s'agisse d'une sanction pécuniaire ou d'une sanction entraînant une résiliation pour faute, cela nécessite la mise en œuvre d'une procédure dont on sait que l'utilisation de l'électronique reste conditionnée<sup>204</sup>.

S'il 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.

En effet, le pouvoir de sanction trouve à s'appliquer envers n'importe quelle modalité d'exécution. Il paraît assez logique que ce pouvoir ne connaisse pas de limite juridique à son exercice, puisque l'exécution d'un contrat peut prendre autant de formes différentes qu'il existe d'objets de contrat. Aussi, il aurait été inapproprié de limiter à certaines modalités d'exécution l'exercice du pouvoir de sanction.

Il n'existe donc 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 »<sup>205</sup>. Quant à l'exercice électronique du pouvoir de sanction, il n'est lui non plus totalement exclu<sup>206</sup>.

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 différentes procédures de contrôle et de conservation. Le contrat administratif est donc un acte destiné à « circuler » au sein de différentes instances administratives. 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 donc la rencontre avec toute la « machine administrative ». Aussi se pose la question suivante : Peut-il y avoir contrat électronique sans administration électronique ?

---

<sup>204</sup> Voir les développements que nous avons consacrés à l'admission de l'acte administratif unilatéral électronique : chapitre II, section I, partie A, numéro 2a et 2b.

<sup>205</sup> Car, nous le rappelons, il n'y a pas de besoin de parallélisme des formes entre la décision de sanction et le contrat administratif.

<sup>206</sup> Le pouvoir de sanction pouvant prendre la forme d'une résiliation, nous vous renvoyons aux développements précédents sur le sujet : chapitre II, section I, partie A, numéro 2b.

## **Section II- Les procédures de contrôle et d'archivage du contrat administratif : les vrais obstacles à l'usage de l'électronique ?**

Un contrat administratif est acte créateur de droits et d'obligations pour la personne publique. En tant que tel, il doit être soumis à des obligations procédurales. Cependant, celles-ci impliquent le recours à des «tiers» au contrat. Un contrat administratif ne concerne pas seulement les parties, mais également d'autres instances administratives. Par conséquent, le choix de conclure un contrat administratif par voie électronique doit prendre en compte l'état des technologies des instances administratives de contrôle, car si ces dernières ne sont pas en mesure de recevoir des documents électroniques, à quoi bon utiliser ce procédé. En effet, quel intérêt alors de conclure un contrat électronique si c'est pour devoir le «matérialiser» ultérieurement à des fins de contrôle ? L'usage de procédés électroniques suppose donc une certaine coordination au sein des différentes administrations, sans quoi l'usage de l'électronique se heurtera, non pas à des obstacles juridiques, mais à des obstacles techniques et organisationnels. C'est pourquoi, il est important que nous envisagions, ici, cette problématique au travers des trois grandes procédures qu'un contrat administratif peut avoir à subir lors de son exécution, à savoir la transmission au préfet pour contrôle de légalité (A), la procédure de paiement (B) et l'archivage (C)

### ***A) La télétransmission du contrat administratif pour contrôle de légalité : bientôt une réalité***

Certains contrats administratifs, voir parfois les délibérations acceptant ces contrats, doivent être transmis au préfet pour contrôle de légalité afin de devenir exécutoires. Tout les contrats administratifs ne sont pas soumis au contrôle de légalité, mais il concerne néanmoins une bonne partie de la masse des contrats. Ainsi, notamment, sont assujettis à transmission au représentant de l'Etat, en vertu des articles L. 2131-2, L.3131-2 et L.4141-2 du pour C.G.C.T. : « *les conventions relatives aux marchés et aux emprunts ainsi que les conventions de concession ou d'affermage de services publics locaux à caractère industriel ou commercial* » (le caractère industriel ou commercial n'est pas exigé pour les communes). Il en est de même pour les conventions de coopération décentralisées (article L.1112-1 du C.G.C.T.) et pour les conventions de délégation de service public (article L.1411-9 du C.G.C.T.).

Le contrôle de légalité est donc une étape essentielle pour de nombreux contrats administratifs<sup>207</sup>, il est donc incontournable d'envisager la problématique du contrôle de légalité face au contrat administratif électronique. En effet, le caractère électronique du contrat ne le substitue pas à cette obligation. Il est donc important que le contrat électronique puisse remplir cette obligation de procédure, sans quoi il n'aurait aucune raison d'être, puisqu'il ne pourrait pas devenir exécutoire.

---

<sup>207</sup> Seuls certains contrats des collectivités locales et des établissements publics locaux sont assujettis à un contrôle de légalité. Les contrats de l'Etat ne sont pas soumis au contrôle de légalité.

Bien sur, il est toujours possible de «matérialiser» le contrat électronique pour le transmettre de manière classique<sup>208</sup> au service du contrôle de légalité de la préfecture, mais alors il n'y aurait plus d'intérêt à passer un contrat électronique s'il fallait par la suite le conclure de nouveau « par papier » pour qu'il puisse être transmis au préfet.

La problématique de la télétransmission des actes pour contrôle de légalité est donc essentielle pour que se développe la pratique du contrat administratif électronique. Cependant il faut prendre en compte deux aspects :

- Le premier est de regarder si une «dématisation<sup>209</sup>» du contrôle de légalité est juridiquement possible .
- Le second tient à la mise en œuvre de ce contrôle. Peu importe que celui-ci soit juridiquement possible, s'il n'existe pas une démarche volontaire pour le mettre en place. C'est là que réside le principal problème puisqu'il faut, qu'à la volonté d'une personne publique de conclure un contrat par voie électronique, s'ajoute celle du représentant de l'administration centrale de rendre cela possible en organisant cette possibilité.

Commençons donc par envisager si la dématérialisation du contrôle de légalité est juridiquement possible. Comme le souligne Anne Cantero : « *Aucune modalité susceptible d'inscrire expressément la procédure de la transmission au contrôle de légalité dans l'univers physique n'est imposé de façon générale par le code général des collectivités territoriales* ».

En effet, il ressort que les seules conditions tiennent à la nécessité que la transmission soit certifiée par l'autorité compétente (par exemple, le maire<sup>210</sup> quand il s'agit d'un contrat conclu par une commune) et que la date de transmission soit certaine<sup>211</sup>. Ces deux conditions peuvent être remplies par l'usage de la signature électronique, pour ce qui est de prouver que l'envoi a été fait par l'autorité compétente, et par le recours à un tiers horodateur, pour certifier la date d'envoi et de réception.

Il n'y a donc d'obstacle juridique à la transmission électronique du contrat pour contrôle de légalité.

En outre, des initiatives ont déjà été mises en œuvre en la matière, l'hypothèse juridique est donc rejointe par la mise en pratique.

Justement, la mise en œuvre de la transmission électronique suppose un minimum de concertation entre l'expéditeur et le destinataire.

La transmission peut être envisagée soit sous la forme d'un « extranet »<sup>212</sup>, soit sous celle d'un réseau ouvert en direction d'une adresse électronique consacrée au contrôle de légalité et pourvu d'un système d'accusé de réception «horodaté». Mais dans tout les cas, cela suppose une volonté commune de se diriger vers la transmission électronique des actes pour contrôle de légalité, sans cela une transmission électronique via une adresse électronique d'un quelconque fonctionnaire chargé du contrôle de légalité aurait sans doute moins de chance d'être prise en compte.

---

<sup>208</sup> c'est à dire par voie postale ou par porteur.

<sup>209</sup> Il sera utiliser le vocable de «dématisation» afin de désigner le passage du papier à l'électronique. Cependant nous avons conscience que l'électronique reste un procédé qui a une certaine matérialité. Il s'agit donc là d'une simple facilité de langage.

<sup>210</sup> Voir l'article L.2131-1 alinéa 2 du C.G.C.T.

<sup>211</sup> Selon l'article L2131-6 et L.2131-1 du C.G.T.C., il semble que c'est la date de la transmission qui marque l'origine du caractère exécutoire de l'acte. Cependant, le conseil d'Etat semble plutôt retenir la date de réception de l'acte transmis (C.E. 23 février 2000, Ministre de l'Intérieur contre Commune de Mende, A.J.D.A., 2000, n°5, jurisprudence, p.463.)

<sup>212</sup> cela suppose une interopérabilité des systèmes informatiques et donc une entente entre les intéressés

C'est donc là que réside le frein, car la problématique du contrôle de légalité électronique renvoie à celle de la construction d'une administration en réseau.

Néanmoins, il ne convient pas d'être pessimiste car des expérimentations de transmission électronique ont été déjà mises en œuvre. Ainsi, cinq préfetures et plusieurs collectivités ont organisé la transmission électronique d'actes administratifs pour contrôle de légalité<sup>213</sup>. Cette transmission électronique est parfois accompagnée d'une transmission « papier » de documents volumineux ou difficilement numérisables.

Le bilan de ces initiatives est assez positif, car il ressort que les collectivités pilotes et les agents de celles-ci sont convaincus du bien fondé et de l'utilité de ce projet. S'il est noté que les procédures de transmission électroniques sont encore trop lourdes (problème de la durée de téléchargement notamment), toutes envisagent la poursuite de l'opération mais à conditions de revoir et d'affiner les protocoles de transmission et les partenariats<sup>214</sup>.

A l'heure actuelle, il n'y a pas encore eu de contrat télétransmis au préfet, mais nous pouvons espérer que cela constitue une prochaine étape de la télétransmission des actes pour contrôle de légalité. C'est en tout cas essentiel pour que se développe les contrats administratifs électroniques.

Les contrats, parce qu'ils engagent souvent financièrement les personnes publiques, doivent suivre des procédures administratives supplémentaires.

### ***B) L'exécution financière du contrat administratif électronique : une dématérialisation complexe***

Le paiement, dans le cadre du contrat administratif électronique, peut parfaitement s'effectuer comme dans un contrat administratif «classique», c'est-à-dire par une procédure de paiement «matériel». Il n'y a pas d'obligation de parallélisme des formes, et un contrat administratif électronique ne perd pas sa qualification de contrat électronique parce que son paiement suit une procédure «physique».

Néanmoins, il est intéressant d'envisager qu'un contrat administratif électronique puisse connaître un paiement électronique.

Si la phase du paiement ne concerne pas tous les contrats administratifs, puisqu'elle n'existe que dans le cadre des contrats conclus à titre onéreux, ceux-ci représentent la majorité des contrats administratifs.

Dans ce cadre, le paiement est une étape importante qui participe de l'exécution des contrats administratifs. Or, comme il s'agit d'engager la dépense de deniers publics, cette phase suit

---

<sup>213</sup> Les préfetures des Yvelines, du Rhône, des Deux-Sèvres, de Chalon-sur-Saône et des Alpes-Maritimes et plusieurs collectivités de ces préfetures (Nice, Cannes, Antibes, Marly-le-Roi, Lyon, Villeurbanne, Venissieux...) ont servi de collectivités et de préfetures pilotes à la télétransmission des actes. Les expériences ont surtout porté sur la transmission électronique des délibérations et de certains arrêtés.

<sup>214</sup> Ce bilan est issu d'une enquête réalisée par Claude Ferrero pour la Gazette des Communes, « Contrôle de légalité : à quand le zéro papier ? », n°1638, 25 mars 2002, p.38 ; dans le même sens voir également « Vers la télétransmission des actes soumis au contrôle de légalité », rapport de l'Inspection Générale de l'administration, juillet 2001 ( téléchargeable sur [www.interieur.gouv.fr](http://www.interieur.gouv.fr) )

une procédure complexe faisant intervenir différents acteurs et supportant des contrôles successifs<sup>215</sup>.

Le paiement s'avère donc être une procédure très formaliste. En effet, il doit suivre différentes étapes administratives<sup>216</sup> :

- L'engagement (1), qui est l'acte par lequel la personne publique crée ou constate sa créance. Il connaît deux phases, celle du fait générateur (par exemple, la notification d'un marché) et celle de la réservation des fonds par l'ordonnateur.
- La liquidation et l'ordonnancement (2). La liquidation consiste à vérifier que la prestation a été effectuée et à arrêter le montant de la dépense. L'ordonnancement est l'acte qui donne l'ordre au comptable de payer la dette.
- Le paiement (3), en lui-même, consiste au règlement par le comptable public de la dette.

Pour concevoir l'exécution électronique des obligations financières nées du contrat administratif, il faut donc envisager l'accomplissement par voie électronique de chacune de ses étapes.

### 1) L'engagement

Avant toute chose, il convient de préciser qu'une dépense publique, et par conséquent celle qui découle d'un contrat, ne peut être engagée sans que cela ait été préalablement autorisé lors du vote du budget<sup>217</sup>. C'est la réservation des fonds. Cependant, ceci étant un acte détachable du contrat administratif, il ne nous apparaît pas utile d'envisager ici la possibilité d'une procédure électronique de vote du budget, d'autant que celle-ci par sa complexité ne nous semble pas des plus facilement « dématérialisables ».

Ainsi, pour revenir au sujet, l'article 29 du décret du 29 décembre 1962 définit l'acte d'engagement comme *« l'acte par lequel un organisme public crée ou constate à son encontre une obligation de laquelle résultera une charge »*. Concrètement, l'acte d'engagement, dans le cadre d'un contrat administratif conclu à titre onéreux, peut prendre différents aspects selon le « type » de contrat dont il s'agit.

Par exemple, l'acte d'engagement pourra prendre la forme soit d'une notification, soit d'une publicité ou même celle de la conclusion du contrat<sup>218</sup>. Lors des développements précédents, il a été démontré que la conclusion, la publicité ou la notification d'un contrat pouvaient être réalisées par voie électronique<sup>219</sup>.

Plus précisément, si nous envisageons le cas des marchés publics (qui sont les principaux contrats générateurs de dépenses publiques), l'engagement se trouve être la

---

<sup>215</sup> Il existe un principe de séparation comptable entre ordonnateur et comptable, qui aboutit à ce que celui qui engage ne soit pas celui qui procède au paiement (Voir article 20 du décret du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique). Ainsi chacun contrôle les actes de l'autre.

<sup>216</sup> Voir article 28 du décret du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique.

<sup>217</sup> Voir notamment l'article 4 et 27 du décret du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique. Il convient de signaler que le vote du budget est une procédure qui varie selon la personne publique en cause (la principale distinction à faire réside entre l'Etat et les collectivités publiques), aussi il convient pour chaque catégorie de personne de se référer aux textes particuliers qui leurs sont consacrés.

<sup>218</sup> C'est le cas, par exemple, lors de la signature voir de la délibération engageant la conclusion d'un contrat de recrutement d'un agent de droit public.

<sup>219</sup> Sur ces points, nous vous renvoyons aux développements situés chapitre I, section II, partie D et E.

notification du marché au titulaire. Or, celle-ci peut légalement se faire par voie électronique<sup>220</sup>. En effet, selon l'article 79 du C.M.P., « *la notification consiste en un envoi du marché signé au titulaire permettant de donner une date certaine* ». La notification du marché peut donc parfaitement s'exécuter par l'envoi à l'adresse électronique du titulaire d'un courriel<sup>221</sup>.

L'acte d'engagement qui crée les obligations peut donc se faire par voie électronique. Mais l'engagement n'est qu'un préalable, c'est l'acte de liquidation qui va véritablement faire exister la dette et amorcer la procédure de paiement.

## 2) La liquidation et l'ordonnancement

Pour davantage de clarté, il convient d'étudier séparément la phase de liquidation (a) et celle de l'ordonnancement (b).

### *a- La liquidation*

La liquidation est l'acte qui a pour objet de vérifier la réalité des dettes publiques et d'en arrêter le paiement<sup>222</sup>.

Elle consiste pour l'ordonnateur<sup>223</sup> à « *s'assurer de la réalité des faits sur lesquels sont fondés les droits des créanciers, mais aussi de leur conformité aux actes d'engagement* »<sup>224</sup>. Il faut donc veiller à ce que les obligations des créanciers aient été exécutées conformément aux stipulations contractuelles<sup>225</sup>.

Une fois ces constatations faites, l'ordonnateur doit procéder à l'acte de liquidation en lui-même, c'est à dire au calcul du montant de la dépense.

La liquidation peut prendre diverses formes. Ce peut être une facture, un mémoire, un décompte établi par les créanciers, une feuille de paye faite par l'administration, ou encore un accord conclu entre l'administration et le créancier, etc.

L'acte de liquidation est donc assez peu formaliste.

De ce fait, il est aisément imaginable qu'un acte de liquidation se fasse sous forme électronique.

---

<sup>220</sup> Voir le développement situé chapitre I, section II, partie E, numéro 1 b.

<sup>221</sup> A condition de recourir à un tiers horodateur, pour donner une date certaine, et à une signature électronique, pour assurer une valeur probatoire à l'acte de notification.

<sup>222</sup> Article 30 du décret du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique.

<sup>223</sup> L'ordonnateur engage, liquide et ordonnance les dépenses. L'ordonnateur d'une personne publique est bien souvent son exécutif. Ainsi, par exemple dans le cadre de l'Etat, les ordonnateurs principaux sont les ministres et ceux-ci peuvent donner des délégations à des ordonnateurs dit « secondaires » comme les préfets, les chefs de services, etc.

Pour résumer, l'ordonnateur va donc être le plus souvent la personne compétente pour engager la personne publique.

<sup>224</sup> Voir J.Magnet, « *Elément de comptabilité publique* », 5<sup>ème</sup> édition, février 2001, L.G.D.J, p.74.

<sup>225</sup> Il s'agit d'appliquer la règle selon laquelle « aucun paiement ne peut être effectué que pour l'acquittement d'un service fait ».

A ce titre, il convient de signaler qu'une réflexion est menée au sein du ministère des Finances s'agissant de la facturation des achats publics<sup>226</sup>. Il apparaît que la facturation est « l'acte de liquidation » le plus courant, car l'article 441-3 du code de commerce impose la production et l'échange d'une facture même pour les personnes publiques. Aussi, le ministère des Finances semble vouloir initier une expérimentation de la facturation électronique au sein de l'administration, d'autant qu'un traitement électronique des factures permettrait de substantielles réductions de coût de productivité<sup>227</sup>. En outre, le droit fiscal admettant déjà la télétransmission des factures lors de la déclaration de la T.V.A.<sup>228</sup>, la cohérence impose donc que l'administration ne refuse pas l'usage de la facture électronique avec ses créanciers. Il semblerait donc que la facturation électronique soit juridiquement et techniquement envisageable.

Par ailleurs, dans le domaine des subventions publiques, la téléprocédure « Polyville », menée en expérimentation au sein de la D.I.V., permet le suivi du traitement des subventions accordées aux associations. Celles-ci peuvent regarder à quel stade en est l'attribution et le paiement de leur subvention. S'agissant de l'achat public, le conseil général de l'Oise a mis en place « un extranet fournisseur » leur permettant de suivre le traitement de leurs factures. Mais, pour que ces procédures soient vraiment innovantes, il faut organiser l'interactivité entre la personne publique et ses créanciers. Par exemple, dans le cadre du paiement des marchés publics, il est laissé un délai au titulaire du marché pour contester le décompte ; il faudrait que cela puisse se faire par le biais d'une téléprocédure. Peut être cela permettrait-il de réduire les délais de paiement.

Il apparaît donc que la phase de liquidation peut s'exécuter de manière électronique. Elle est sans doute l'étape stratégique dans l'exécution électronique du paiement des dépenses publiques. Elle est le moteur de nouvelles téléprocédures pouvant aller jusqu'à automatiser le paiement de la dette publique. Mais pour se faire, il faut que les autres étapes de l'exécution du paiement soient envisageables dans l'univers électronique.

#### *b- L'ordonnancement*

L'ordonnancement rend le paiement de la dette exécutoire. C'est l'acte administratif par lequel l'ordonnateur donne l'ordre de payer la dette.

L'ordonnance ou le mandat de paiement, selon qu'il s'agisse d'un ordonnateur principal ou secondaire, prend donc la forme d'un acte administratif. La passation électronique de l'acte d'ordonnancement dépend donc en partie de la possibilité de réaliser des actes administratifs électroniques. Sur le sujet complexe de la dématérialisation des actes unilatéraux administratifs, il faut se référer aux travaux respectifs de Gérard Marcou<sup>229</sup> et d'Anne Cantero<sup>230</sup>. Ceux-ci, sans exclure la possibilité d'actes administratifs électroniques,

---

<sup>226</sup> Voir le rapport de la mission pour l'économie numérique, par C.Simonnet, « *les cartes d'achats publiques et la dématérialisation des factures* », 2002, téléchargeable sur le site [www.men.minefi.gouv.fr](http://www.men.minefi.gouv.fr)

<sup>227</sup> L'automatisation et l'informatisation de la procédure permettent des gains de temps et l'usage de l'électronique économise le coût du papier.

<sup>228</sup> Voir notamment article 289 et 289 bis du Code Général des Impôts.

<sup>229</sup> Voir la thèse d'Anne Cantero, « *Des actes unilatéraux des communes dans le contexte électronique – Vers la dématérialisation des actes administratifs ?* » Presse Universitaire d'Aix - Marseille, 2002, 449 p.

<sup>230</sup> Voir le rapport de G. Marcou, « *le régime de l'acte administratif face à l'électronique* », acte du colloque international organisé par le Conseil d'Etat et l'université Paris 1 sur l'administration électronique au service des citoyens, 21 et 22 janvier 2002. Téléchargeable sur le site [www.univ-paris1.fr](http://www.univ-paris1.fr)

soulèvent certains aspects problématiques. Ainsi, en guise de conclusion, Anne Cantero estime qu'il est possible d'affirmer «*que le droit public contient des éléments pour admettre la dématérialisation des actes unilatéraux des communes*». Bien sur, cette constatation ne vaut que pour les actes des communes, mais les points qu'elle soulève valent bien souvent aussi pour les actes des autres personnes publiques.

Aussi, il faut considérer qu'un acte administratif électronique, hormis exceptions et sous certaines conditions<sup>231</sup>, est globalement envisageable.

Quant à l'acte d'ordonnancement, il semble a priori assez peu formaliste. Par conséquent, si un acte administratif électronique est juridiquement possible, alors un acte d'ordonnancement le sera aussi.

Cependant, lorsque l'ordonnancement est le fait d'un ordonnateur principal, celui-ci est soumis à une condition supplémentaire : il devra être visé par un contrôleur financier. Le visa du contrôleur financier ne connaît pas une forme particulière. Néanmoins, la transmission pour visa suppose une certaine concertation entre l'ordonnateur et son contrôleur, puisque celle-ci nécessite au minimum la mise à disposition d'une adresse «e-mail» (ou au mieux la mise en place d'un canal sécurisé de transmission de données) et l'usage d'une signature électronique sécurisée (pour donner une valeur probatoire au visa).

A l'heure actuelle, il ne serait pas juste d'affirmer que l'ordonnancement peut s'effectuer par voie électronique. En effet, si cela n'est pas juridiquement exclu, il nous est impossible d'avoir de véritables certitudes, tant que la question de la «dématérialisation» des actes administratifs ne sera pas juridiquement résolue.

L'engagement, la liquidation et l'ordonnancement sont des étapes ne faisant généralement intervenir qu'un seul acteur. Aussi, l'usage de l'électronique est-il plus facilement concevable, dans la mesure où l'organisation de la «dématérialisation» ne nécessite pas la concertation avec d'autres acteurs. Cependant, la dernière étape, celle du paiement, fait intervenir un autre acteur, le comptable public. Or, cette dimension ne doit pas être négligée si une «dématérialisation» de l'exécution des obligations financières des personnes publiques est envisagée.

### 3) Le paiement

Le paiement se décompose en deux phases : le contrôle du comptable public (a) et le règlement (b) des sommes dues.

#### *a- le contrôle du comptable public*

Les ordonnances et mandats de paiement émis par les ordonnateurs sont transmis par eux, accompagnés des pièces justificatives, aux comptables qui sont seuls chargés du paiement des dépenses<sup>232</sup>. Ceux-ci vont donc procéder à un contrôle préalable avant de procéder au paiement en lui-même.

---

<sup>231</sup> tenant notamment à l'utilisation d'une signature électronique pour des raisons probatoires et à celle d'un tiers horodateur si l'acte nécessite une date certaine.

<sup>232</sup> Voir article 11 du décret du 29 décembre 1962 portant règlement sur la comptabilité publique.

Il n'existe pas de dispositions, dans le décret portant règlement sur la comptabilité publique, imposant le respect de certaines formes lors de la transmission de l'ordre de paiement et des pièces justificatives. Les modalités varient donc souvent suivant les personnes publiques. Il n'est donc pas exclu que puissent s'organiser des transmissions électroniques de ces éléments.

Le contrat, la facture et l'ordre de paiement pouvant prendre une forme électronique, il est donc tout à fait pensable d'organiser, entre le comptable et l'ordonnateur, une transmission électronique de ces documents<sup>233</sup>, que ce soit sur réseau ouvert<sup>234</sup> ou sur réseau privé sécurisé<sup>235</sup>. Mais cela suppose une volonté commune de la part du comptable public et de l'ordonnateur d'aboutir à une télétransmission des actes.

Toutefois, quel que soient les problèmes techniques et organisationnels que cela pose, retenons que la télétransmission des actes est juridiquement possible.

Par ailleurs, l'usage de procédés électroniques ne doit pas rendre le contrôle des pièces et de l'ordre de payer impossible ou, même, moins efficace.

Le contrôle effectué par le comptable public est assez étendu. Il porte sur la qualité de l'ordonnateur, sur la disponibilité et l'exacte imputation des dépenses, sur la justification du service fait et l'exactitude des calculs de liquidation, ainsi que sur la vérification des règles de prescription et sur l'identité du créancier.

Ainsi, du moment que les pièces nécessaires sont transmises et que leur qualité n'est pas altérée par la transposition dans l'univers numérique, le contrôle du comptable public ne devrait pas être affecté par l'utilisation de procédés électroniques.

Or, il n'y a pas de raisons de considérer que des pièces nécessaires au contrôle ne pourront pas être transmises ou que l'usage de l'électronique risque de le rendre inefficace. En effet, la signature électronique sécurisée, le recours à des tiers d'horodatage, la transparence et la traçabilité permise par l'utilisation de procédés électroniques induisent, au contraire, un contrôle plus aisé et sans doute de meilleures garanties<sup>236</sup>.

De plus, si la transmission électronique s'avérait impossible du fait de la lourdeur de certains documents, il est toujours envisageable que la transmission de certaines pièces se fasse de façon «classique».

Quant au contrôle en lui-même, il s'agit d'une opération intellectuelle qui, par conséquent, n'appartient ni à l'univers papier ni à l'univers électronique<sup>237</sup>.

Une fois le contrôle opéré et les dépenses reconnues comme régulières, le comptable peut procéder au paiement de la dépense publique. Peut-il alors utiliser des moyens de paiement électronique ?

#### *b- Le règlement des sommes dues et le paiement électronique*

Le seul obstacle réside dans la détermination des modalités de paiement possibles. Celles-ci sont a priori assez ouvertes<sup>238</sup>. Néanmoins, certaines modalités s'imposent au delà de certains montants.

---

<sup>233</sup> Il s'agit de l'ordre paiement et de toutes autres pièces justificatives.

<sup>234</sup> Il s'agira, dans ce cas, de l'envoi des documents à l'adresse e-mail du comptable public

<sup>235</sup> C'est l'hypothèse d'un extranet ou encore d'une procédure d'échange de données informatisées (E.D.I).

<sup>236</sup> La défiance à l'égard des procédés électroniques a poussé le législateur et les juges à être plus exigeant vis-à-vis de l'écrit électronique, aussi on peut estimer que celui-ci présente des garanties de fiabilité supérieur à celles de l'écrit papier (Voir dans ce sens les articles 1316-1 et 1316-4 du Code Civil). Par exemple, une signature manuscrite n'est pas accompagnée d'une certification et ne garantit pas l'intégrité du document.

<sup>237</sup> Cependant, par commodité de langage le contrôle pourra être dit «électronique», s'il se fait à partir de pièces «électroniques». Mais cela ne s'entend en aucun cas de l'informatisation de la procédure de contrôle.

Ainsi, le virement bancaire est obligatoire pour toutes les dépenses qui excèdent 5000 F (soit environ 762 euros), mais, en dessous de ce seuil, plusieurs modalités de paiement sont envisageables.

Aussi, dans cette hypothèse, on peut envisager que le comptable paye par carte bancaire via le canal sécurisé d'un site internet d'achat public ou via le site du créancier. De même, des nouveaux modes de paiement sont actuellement envisagés par le ministère des Finances, il s'agit de la carte d'achat public, déjà mise en place dans d'autres pays<sup>239</sup>, et qui concerne expressément les petits montants.

Qui plus est, le paiement par voie électronique est également envisageable pour les montants supérieurs à 762 euros, puisque un virement bancaire peut désormais être effectué directement à partir des sites de certaines banques.

La dématérialisation de la procédure de paiement n'est donc pas juridiquement et techniquement exclue. Elle semble devoir être l'avenir.

Comme les contrats administratifs font naître des droits et des obligations à l'égard des personnes publiques, il est impératif de conserver ces documents qui ont une valeur probatoire. Un contrat électronique doit donc pouvoir être archivé.

### ***C) L'archivage de l'écrit électronique : un défi bientôt relevé***

Les contrats administratifs sont des archives publiques, puisque ce sont «*des documents qui procèdent de l'activité de l'Etat, des collectivités locales, des établissements et entreprises publics*»<sup>240</sup>. Leur conservation à titre d'archives est essentielle, dans la mesure où elles justifient la naissance de certains droits et obligations à l'égard de personnes physiques ou morales<sup>241</sup>. Il est donc obligatoire pour les personnes publiques d'archiver les contrats qu'elles passent.

La question de l'archivage des contrats administratifs passés par voie électronique est donc primordiale. En effet, le caractère électronique des contrats administratifs n'étant pas un obstacle à la qualification «d'archives»<sup>242</sup>, il convient d'envisager comment un document électronique peut être conservé.

A ce sujet, un article paru dans le « Bulletin des Archives de France sur l'archivage à long terme des documents électroniques » de juillet 2002<sup>243</sup> expose une thèse d'un étudiant

---

<sup>238</sup> Voir décret du 4 février 1965, relatif aux modes et procédures de règlement des dépenses des organismes publics.

<sup>239</sup> Notamment aux Etats-Unis et au Royaume-Uni.

<sup>240</sup> Voir article 3 de la loi du 3 janvier 1979 sur les archives.

<sup>241</sup> L'archivage revêt deux finalités légales : informer et prouver. C'est ce qui ressort de l'article 1 alinéa 2 de la loi sur les archives qui dispose : «*La conservation de ces documents est organisée dans l'intérêt public tant pour les besoins de la gestion et de la justification des droits des personnes physiques ou morales, publiques ou privées, que pour la documentation historique de la recherche*».

<sup>242</sup> L'article 1 de la loi du 3 janvier 1979 sur les archives retient une définition très large et caractérisé par sa neutralité à l'égard du support utilisé ; ainsi sont des archives selon la loi : «*l'ensemble des documents, quels que soient leur date, leur forme et leur support matériel, produits ou reçus par toute personne physique ou morale, et par tout service ou organisme public ou privé, dans l'exercice de leur activité*».

<sup>243</sup> Voir le bulletin d'information sur l'archivage des documents électroniques n° 8, juillet 2002, consultable sur le site de la Direction des Archives de France [www.archivesdefrance.culture.gouv.fr](http://www.archivesdefrance.culture.gouv.fr).

allemand, Andreas Aschenbrenner, qui s'intitule "conservation à long terme de documents numériques : assurer l'archivage du patrimoine numérique d'internet ". L'auteur y distingue quatre méthodes de conservation des documents numériques :

- conserver une forme non numérique
- maintenir vivantes les applications informatiques
- faire régulièrement des migrations des documents
- "émuler " les technologies obsolètes

Ainsi, comme l'énonce la thèse de cet étudiant allemand, il existe aujourd'hui des possibilités d'archivage des écrits électroniques, soit en passant par une copie « papier » de l'écrit électronique (2), soit en organisant un archivage électronique (3).

S'il semble désormais acquis qu'un document électronique puisse être conservé presque indéfiniment, cela n'a pas toujours été les cas. C'est pourquoi, il faut revenir, à titre préliminaire, sur la problématique survie au temps du document électronique (1).

### 1) Problématique de l'archivage d'un contrat administratif électronique : la survie au temps

L'archivage pose le problème de la conservation dans le temps de documents administratifs. Cela suppose donc d'utiliser des supports de conservation qui perdurent à travers le temps et permettent de prendre connaissance du document à chaque « époque ».

Bien sur, la problématique de l'archivage varie suivant le délai de conservation : plus le délai est court, moins le problème d'adopter un support, qui survive au temps qui passe, se pose. La durée d'archivage dépend essentiellement du type et de l'objet du contrat, mais également de la volonté de la personne publique et des archives de France, qui vont déterminer ensemble la durée de conservation de certaines archives ou leur caractère définitif (c'est à dire qu'elles devront être conservées sans limite de temps). La durée de l'archivage d'un contrat administratif varie donc selon son intérêt administratif, c'est à dire essentiellement, pour un contrat, son intérêt probatoire. Par exemple, un contrat de fournitures sera conservé moins longtemps qu'un contrat de travaux publics ou même qu'un contrat de concession.

Il nous faut donc partir du principe qu'un contrat administratif électronique aura peut-être pour vocation d'être conservé de manière illimitée. Ainsi, l'archivage du contrat électronique devra pouvoir s'inscrire dans le temps.

Outre cette condition de durabilité, la nature même de l'archivage du contrat électronique (comme tout archivage) exige que l'acte soit conservé dans des conditions garantissant son intégrité, sa fidélité, son intelligibilité et son accessibilité ultérieure.

Ainsi, comme l'archivage du contrat a, en partie, pour finalité de servir à titre de preuve, il doit, pour avoir force probante, être intègre (le contenu ne doit pas pouvoir être modifié) et intelligible (c'est à dire être compréhensible par l'homme)<sup>244</sup>.

En outre, l'archivage a également pour finalité d'informer, c'est pourquoi le document devra pouvoir être accessible aux intéressés des années plus tard<sup>245</sup>.

---

<sup>244</sup> Voir les conditions posées à l'article 1316 du Code Civil.

<sup>245</sup> Ce droit d'accès doit s'exercer conformément à 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.

Les différentes modalités de l'archivage électronique devront donc respecter les conditions de l'archivage ici posées. Bien sûr, la modalité classique de l'archivage est l'archivage «papier» mais celle-ci est-elle envisageable pour un acte électronique ?

## 2) De l'archivage papier d'un contrat passé par voie électronique : une possibilité ?

En effet, on peut se demander s'il est possible d'archiver le contrat administratif électronique en réalisant une copie «papier», qui constituera l'archive du contrat.

Tout d'abord, le document à archiver n'a pas à être l'original<sup>246</sup>, mais il doit alors s'agir d'une copie fidèle du document.

Ainsi, la loi sur les archives ne se réfère en aucun cas à la notion d'original et il n'existe pas de texte imposant, pour les contrats, l'archivage de l'original. De même, il n'est énoncé dans aucun texte que le document archivé doit l'être dans les mêmes formes et sur le même support que le document original. Il est donc parfaitement envisageable que l'archivage utilise un support différent de celui utilisé par l'original<sup>247</sup>.

Une fois ceci posé, il convient de s'interroger sur la notion de « copie fidèle ». Pour Alain Bensoussan, *«le concept de fidélité doit s'entendre d'un support d'archivage irréversible garantissant une copie exempte de toute modification ou falsification»* et *«pour répondre à ce critère, il faut que l'enregistrement occasionne une transformation définitive du support qui ne pourra être altérée par une intervention extérieure sans laisser de trace»*<sup>248</sup>.

Si l'on suit cette définition, la transposition du document électronique sur support papier est donc possible pour constituer une copie fidèle. Le papier est effectivement un support «irréversible» et considéré comme suffisamment fiable pour être le mode probatoire et d'archivage le plus répandu. Cependant, pour être une copie fidèle, cette copie «papier» devra rendre compte du contenu du contrat électronique, des documents annexes mais aussi des données relatives à la signature électronique (dont notamment le certificat).

La copie «papier» du contrat électronique ne peut donc être a priori écartée. Or, il ne nous semble pas que cela soit le mode de conservation le plus approprié à l'archivage de documents électroniques. En outre, avoir à «matérialiser» un acte, conclu par voie électronique, fait perdre une grande partie de l'intérêt de cette modalité de passation de contrat.

Par ailleurs, Claude Huc<sup>249</sup> soulève certaines incompatibilités entre support électronique et papier. Le passage de l'un à l'autre n'est pas toujours possible. Ainsi, il énonce : *«Il est utile d'insister sur le fait que certaines de ces catégories d'information n'existent et ne peuvent exister que sous forme numérique, soit parce qu'on ne connaît pas d'autre moyen fiable de les représenter, soit parce que les modes de représentations alternatifs seraient incroyablement coûteux. La conséquence de ce premier constat est que la question de la pérennité des*

---

<sup>246</sup> Le contrat passé par voie électronique est considéré comme un original dans la mesure où, étant signé grâce au procédé de signature numérique (ou conclu par tout autre moyen électronique admis à titre de preuve), il garantit l'intégrité du document.

<sup>247</sup> A titre d'exemple, des documents papiers sont souvent archivés sur microfilms. Les supports peuvent donc être différents entre l'original et la copie.

<sup>248</sup> A. Bensoussan, *«l'informatique et le droit»*, tome 2, édition Hermès, 1994, n°2673.

<sup>249</sup> Voir Claude Huc, *«La pérennité des documents électroniques - points de vue alarmistes ou réalistes ?»*, Bulletin d'information sur l'archivage des documents électroniques n° 7, octobre 2001, consultable en ligne sur le site de la Direction des Archives de France [www.archivesdefrance.culture.gouv.fr](http://www.archivesdefrance.culture.gouv.fr).

*informations sous forme numérique doit être résolue, et ceci à court terme, sous peine de perdre une partie importante de notre patrimoine ».*

Il semble donc qu'un archivage électronique s'impose.

### 3- L'archivage électronique : déjà une réalité

La loi sur les archives étant indifférente au support utilisé pour conserver le document, il n'y a donc pas, a priori, d'obstacles légaux à l'utilisation du support électronique pour archiver un contrat administratif. Mais faut-il encore trouver une modalité électronique qui remplisse les conditions inhérentes à l'archivage<sup>250</sup>.

Le problème de l'archivage électronique est qu'il est dépendant des évolutions technologiques. En effet, l'électronique et l'informatique évoluent à une telle vitesse que les technologies deviennent assez vite obsolètes. Ainsi, le risque de l'archivage électronique est de stocker des informations sur un support qui seront rendues illisibles quelques années plus tard, faute de lecteur capable de déchiffrer les documents contenus sur un support devenu «archaïques».

Bien sur, il sera toujours possible de conserver, pour chaque support, le lecteur correspondant. Mais, cette solution ne nous paraît pas raisonnable, à moins de vouloir transformer une salle d'archives en un musée des technologies.

Par conséquent, s'il n'existe plus de lecteur adapté à la technologie du support, les intéressés ne pourront plus prendre connaissance des documents, car ils seront devenus inintelligibles (puisqu'ils seront encore encodés en langage informatique). L'accès au document serait de ce fait compromis.

A priori, les supports électroniques ne paraissent donc pas pouvoir s'inscrire dans la durée (faute de pouvoir retransmettre un message intelligible). De plus, l'intégrité du document n'est pas garantie, dans la mesure où ils sont assez facilement modifiables et que les piratages sont parfois à craindre. Pourtant, l'archivage électronique ne doit être si rapidement exclu : l'électronique offre suffisamment de possibilités pour satisfaire les conditions de l'archivage.

Ainsi, l'archivage électronique fait l'objet d'expérimentations et nombreuses réflexions. On peut d'ores et déjà noter des initiatives d'archivages électroniques à Paris où l'administration des Archives de Paris a mené à bien l'archivage électronique de «la nouvelle chaîne pénale»<sup>251</sup>. Néanmoins, à l'heure actuelle, il s'agit moins, pour les différents services d'archives, de mettre en place des expérimentations concrètes d'archivage électronique que de conduire des travaux de réflexions et de préparer les stratégies d'archivages électroniques.

A titre d'exemple, un groupe de réflexion sur «la conservation à long terme des données électroniques» a été installé au sein de la Direction des Archives de France. Parallèlement, les villes de Paris et de Douai organisent des réflexions sur le sujet et tentent de mettre en place les stratégies humaines et organisationnelles inhérentes à l'arrivée d'un nouveau mode de conservation des données. Des travaux sont également effectués au niveau

---

<sup>250</sup> Il s'agit des conditions déjà citées tenant à l'intégrité, à la durabilité, à l'intelligibilité et à l'accessibilité du support d'archivage.

<sup>251</sup> Voir le «*Bulletin d'information sur l'archivage des documents électroniques*», n° 6, juillet 2001, consultable sur le site de la Direction des Archives de France [www.archivesdefrance.culture.gouv.fr](http://www.archivesdefrance.culture.gouv.fr).

européen. Par exemple, suite à une réunion d'experts sur les questions d'archivage électronique, un texte, soulignant l'importance de la conservation du patrimoine numérique et invitant les états membres à prendre toute mesure appropriée pour la favoriser, a été arrêté. Il a, par ailleurs, fait l'objet d'un accord de principe lors de la réunion du Conseil des ministres du 23 mai 2002<sup>252</sup>. De même, l'Union Européenne a récemment lancé le programme e-TERM<sup>253</sup>, qui consiste à concevoir et à mettre en œuvre un programme européen de formation à la gestion des archives électroniques<sup>254</sup>.

Il ressort de ces différents travaux que l'archivage électronique suppose le concours de deux éléments à savoir un support technologique satisfaisant et une stratégie.

Concernant le support technologique, nous pouvons trouver des débuts de réponse au travers de la norme AFNOR Z 42-013 du 9 septembre 1998<sup>255</sup>. Celle-ci pose un certain nombre de recommandations 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*»<sup>256</sup>.

Elle préconise, par exemple, l'utilisation de supports optiques non réinscriptibles<sup>257</sup>. Elle fixe les formats admis, les règles d'horodatage et d'inscription sur le disque optique, etc. La norme met également en place des procédures de sécurité, de contrôle, de maintenance préventive ainsi que des systèmes d'attestations et de suivi historique<sup>258</sup> du document archivé électroniquement.

Ces différentes précautions permettent de garantir une certaine intégrité et intelligibilité du document électronique.

S'agissant de la stratégie, il s'agit avant tout de former les agents, d'investir financièrement dans des outils technologiques et de coordonner les systèmes d'archivage entre les différents services des administrations responsables de l'archivage. En outre, cela suppose également d'organiser une migration des documents stockés sur des supports en passe de devenir obsolètes vers des supports plus récents, de faire évoluer les outils d'archivages, de mettre en place des contrôles fréquents de l'état des documents contenus sur supports électroniques, etc.

Ces stratégies permettent d'inscrire l'archivage électronique dans la durée. Ce sont elles qui vont faire que l'archivage électronique survive aux mutations technologiques successives. En outre, elles concourent aussi à veiller à ce que le document électronique ne soit pas altéré par le temps, qu'il reste fidèle à l'original, intelligible et accessible par les intéressés.

Ces préalables mis en œuvre, l'archivage d'un contrat administratif électronique sur des supports électroniques est donc légalement et techniquement envisageable. En effet, la durabilité, l'intelligibilité et l'accessibilité sont permises par une mise à jour technologique

---

<sup>252</sup> Le projet de résolution est consultable sur le site du conseil des ministres de l'union européenne <http://ue.eu.int/fr/summ.fr>

<sup>253</sup> Vous pouvez trouver des informations supplémentaires sur le site internet du projet e-TERM [www.ucl.ac.uk/e-term/](http://www.ucl.ac.uk/e-term/)

<sup>254</sup> A noter que la France ne participe pas à e programme.

<sup>255</sup> Elle est notamment utilisée dans le cadre du commerce électronique.

<sup>256</sup> Voir Anne Cantero, «*Des actes unilatéraux des communes dans le contexte électronique : vers la dématérialisation des actes administratifs ?*», PUAM, 2002, p.343.

<sup>257</sup> Ces supports non réinscriptibles permettent de garantir que le document électronique n'a pas été remplacé voir modifier.

<sup>258</sup> Il est ainsi conseillé de stocker des données relatives à la création ou à la provenance de ce document comme le nom et le prénom de l'opérateur pour la cession, la date et l'heure de création ou d'arrivée du document...

périodique, de même que l'intégrité et la fidélité sont assurées par des supports technologiques «sûres» et des contrôles récurrents.

S'il est besoin de conserver des contrats dans les archives, c'est que «la vie» d'un contrat administratif peut parfois s'avérer relativement «houleuse». 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.

Le contrat administratif électronique générera donc probablement son lot de mécontents. Toutefois, il convient de se demander si l'usage de procédés électroniques n'aura pas pour conséquence d'engendrer davantage de contentieux.

### **Section III- Le contentieux du contrat administratif électronique**

A priori, la passation voire l'exécution électronique ne devrait pas avoir de conséquences sur le contentieux classique du contrat administratif. Elle n'empêche en rien la saisine du juge, le déféré préfectoral, le recours pour excès de pouvoir contre un acte détachable du contrat, ou encore la mise en cause de la responsabilité extra-contractuelle de la personne publique, etc.

Il en est de même s'agissant du régime de la responsabilité contractuelle qui trouvera à s'appliquer normalement au 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 (A) et il implique la naissance d'un nouveau contentieux (B).

#### ***A) La saisine électronique du juge***

Bien sur, un contrat 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<sup>259</sup> puisse se faire par voie électronique. Ainsi, dans les conclusions du commissaire du gouvernement Sébastien Degommier, à propos du jugement du tribunal administratif de Nantes du 7 juin 2001, Maisdon-sur-Seine<sup>260</sup>, 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.

Cette position a été partiellement confirmée dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 28 décembre 2001, Entre-Deux-Monts<sup>261</sup>. 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 commissaire du gouvernement Christine 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 signature écrite, pourrait conduire le juge à considérer qu'il est valablement saisi par la seule transmission d'un courrier électronique»*.

La transmission d'une requête ou encore la saisine d'un juge administratif par voie électronique est donc 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.

### ***B) L'électronique : de nouvelles sources de contentieux ?***

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.

---

<sup>259</sup> Essentiellement le juge ou le préfet.

<sup>260</sup> Voir les Petites Affiches, 10 août 2001, n°159, p.25.

<sup>261</sup> Voir les Petites Affiches, 10 juin 2002 n°115, p.16.

Cependant, aucun texte ni aucune jurisprudence ne traitent de la question de la réparation des préjudices causés par l'électronique. Assiste-t-on alors à la naissance d'un cas inédit de contentieux ?

Il convient donc de s'interroger sur la détermination d'un régime de responsabilité applicable au risque informatique (1).

En outre, l'usage de l'électronique, dans le cadre de la passation d'un contrat, suppose l'intervention de prestataires de service : les prestataires de service de certification électronique (P.S.C.E.) et les tiers horodateurs. Le processus contractuel se fait donc avec la participation de tiers, cela change-t-il quelque chose dans le régime de responsabilité de l'administration ? (2)

### 1) Le risque informatique : quelle responsabilité ?

L'utilisation de procédés électroniques implique nécessairement d'envisager les problèmes de défaillances informatiques. L'informatique n'est pas parfaite, elle génère forcément des erreurs. Comme l'ont admis des tribunaux civils, des programmes comportant des dizaines de milliers d'instructions ne peuvent être exempts de dysfonctionnements, sans qu'il y ait pour autant des vices de fabrications.

Ainsi, les personnes publiques qui utiliseront des modes de passation et d'exécution électroniques des contrats ne pourront ignorer les risques d'erreurs inhérents à l'utilisation de l'informatique.

Or, des erreurs dans le cadre d'un contrat administratif peuvent s'avérer dommageable. Admettons, à titre d'exemple, qu'une défaillance informatique dans le système de passation d'un marché public conduise à évincer un soumissionnaire, cela remettrait en cause la validité du marché (puisque le principe d'égal accès au marché ne serait alors plus respecté) et cela causerait un préjudice<sup>262</sup> à la personne injustement écartée.

Les erreurs ou incidents, statistiquement inévitables, peuvent être liés à des défaillances des machines de la personne publique comme du cocontractant ou du soumissionnaire. Il faut alors se demander qui de la personne publique, du cocontractant ou du fabricant de matériel informatique doit assumer le risque informatique et réparer les dommages occasionnés (a) ; de même que se pose la question du fondement de l'action en réparation (b).

#### *a- La détermination de la personne responsable en cas de défaillance informatique*

Cela dépend, Bien sûr, du cas d'espèce. Si l'erreur est liée à un vice de fabrication du matériel ou de l'outil informatique de passation de marché ou encore que cela vient d'une défaillance du site internet d'achat public ou du site d'un fournisseur, il est évident que la personne publique ne pourra pas être tenue responsable des erreurs et des dommages occasionnés. Elle pourrait même alors être en droit d'exiger des réparations ou encore d'exercer une action récursoire contre le producteur du matériel défaillant par la faute duquel elle aurait été condamnée.

Ce n'est que si la personne publique est à l'origine de l'outil ou du site d'achat public qu'elle pourra être tenue responsable pour les erreurs informatiques.

Mais alors quel type de responsabilité pourra être engagée ?

---

<sup>262</sup> préjudice fondée sur la perte d'une chance.

b- *La responsabilité de la personne publique à raison du risque informatique : détermination du type de responsabilité*

Comme les défaillances informatiques ne sont pas volontaires et peuvent avoir des origines variées (humaines, techniques, algorithmiques, etc.), il peut être compliqué de trouver un fondement à la responsabilité de la personne publique. Aussi, il faut envisager différentes hypothèses.

Ce peut être une responsabilité pour une faute, si l'erreur informatique est liée à une mauvaise manipulation de l'agent public. Mais ce n'est pas la responsabilité de l'agent qui sera engagée, dans la mesure où la manipulation informatique dommageable pourra être mise sur le compte d'une faute de service. C'est donc la responsabilité de la personne publique qui sera mise en œuvre.

En outre, la preuve de la faute, dans l'univers informatique, est assez facile à rapporter. Selon Georges Chatillon, *«la question de la preuve est sans doute plus simple en informatique de réseau que dans d'autres domaines puisque l'informatique enregistre chaque opération et stocke automatiquement la moindre manipulation en mémoire.[...] Autrement dit, la traçabilité des opérations informatiques est constamment enregistrée. Il faudrait sciemment effacer le disque pour faire disparaître les preuves, et même lorsqu'un disque dur a été effacé, les micro traces permettent de reconstituer la trame des opérations»*<sup>263</sup>.

Lorsqu'il n'y a pas de faute, le fondement est plus complexe à trouver. C'est l'hypothèse du risque inhérent à l'utilisation de l'informatique et de l'électronique.

Il est logique de songer à se fonder sur la responsabilité sans faute de l'administration. Celle-ci vise essentiellement la responsabilité pour risque et la responsabilité pour la rupture de l'égalité devant les charges publiques. Cependant, ces deux types de responsabilité ne correspondent pas à la réalité des dommages causés par les défaillances informatiques.

En effet, la responsabilité pour risque connaît des dommages causés par des objets, des méthodes ou des situations dangereuses or, nous ne pouvons pas dire que l'usage de procédés électroniques soit dangereux.

De même, s'agissant de la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques, elle concerne les cas où *«les personnes publiques font supporter, au nom de l'intérêt général, des charges particulières à certains membres de la collectivité»*<sup>264</sup>. Elle traite donc des hypothèses où les dommages n'ont pas un caractère accidentel et qui sont tout à la fois «spéciaux» et «anormaux». Là encore, il semblerait que ce type de responsabilité ne semble pas pouvoir être un fondement à l'indemnisation des dommages inhérents à l'informatique puisque ceux-ci sont accidentels, normaux et ne sont pas spéciaux.

Il ne semble donc pas que la responsabilité sans faute puisse être engagée pour réparer les dommages liés à l'utilisation de l'électronique. Mais il est impensable de laisser d'éventuels dommages non réparés, sans quoi aucun cocontractant ne voudra prendre le risque d'utiliser des procédés électroniques pour passer un contrat.

---

<sup>263</sup> Voir le rapport de Georges Chatillon sur le thème « responsabilité et administration électronique : une notion revisitée », lors du colloque international des 21 et 22 janvier 2002, organisé par le Conseil d'Etat et l'Université Paris 1, sur l'administration électronique au service des citoyens. Téléchargeable sur le site [www.univ-paris1.fr](http://www.univ-paris1.fr)

<sup>264</sup> Voir R. Chapus, *«Droit administratif général»*, tome 1, 13<sup>ème</sup> édition, 1999, p.1309.

Par conséquent, si l'on veut que se développe la passation électronique des contrats, il est impératif d'apporter des réponses juridiques à la problématique du risque informatique. Il faut donc que le législateur ou la juridiction administrative se saisisse au plus tôt de cette question. A cet égard, Georges Chatillon considère que *«le risque informatique imprévisible, mais inéluctable renouvelle la théorie de la responsabilité sans faute et fait surgir une variante : la responsabilité pour risque, du fait de l'informatique<sup>265</sup>»*.

Il est vrai que c'est le fondement de la responsabilité sans faute qui nous paraît le mieux adapté au risque informatique, à condition d'ouvrir d'autres cas de mise en œuvre de cette responsabilité.

Par ailleurs, de nombreux contrats administratifs «électroniques» seront vraisemblablement conclus par l'échange des instruments contractuels recouverts d'une signature électronique. Or, il existe un régime de responsabilité propre à la signature électronique et qui trouvera à s'appliquer dans le cadre d'un contrat de droit public.

## 2) La signature électronique : une déresponsabilisation des personnes publiques ?

A priori et c'est déjà le cas, l'administration qui utilisera des signatures électroniques fera appel à un tiers certificateur. Il en est de même pour la délivrance de jetons d'horodatage. Les personnes publiques ne peuvent s'engager dans le rôle de P.S.C.E ou de tiers horodateur, dans la mesure où il n'est pas possible de se délivrer une preuve à soi-même.

Ainsi, c'est le prestataire de certification qui délivre la signature électronique et le certificat : c'est lui qui garantit l'efficacité du procédé électronique. Il est donc responsable, notamment, de l'intégrité et de l'authentification de l'auteur de l'écrit électronique. De même, le tiers horodateur assume la responsabilité de l'heure qu'il délivre.

La personne publique n'est plus alors responsable de l'identité «électronique» de ces agents ni de l'intégrité des documents qu'elle produit. Sa responsabilité ne pourra donc pas être engagée en cas de défaillances liées à la signature électronique sécurisée.

Il convient de préciser que le recours à ces tiers certificateur a presque pour conséquence de «déposséder» l'Etat de son rôle de garant de l'identité des personnes dans l'univers électronique. Cela n'a d'ailleurs rien d'illégal, dans la mesure où l'Etat n'est en fait responsable que de l'identité originelle des personnes (à savoir celle issue de l'acte de naissance).

Cependant la personne publique reste responsable pour le contenu des actes qu'elle signe, pour l'usage que ses agents font de leur signature électronique, etc. Par exemple, si un agent public ne garde pas sa clé de signature secrète, c'est la personne publique qui sera responsable et pas le prestataire de certification. Elle a également la responsabilité de vérifier la validité du certificat de son cocontractant ainsi que les jetons d'horodatage correspondant au document.

L'usage de l'écrit électronique n'a donc pas, dans ce cadre, pour conséquences de déresponsabiliser la personne publique ni d'augmenter pour celle-ci les risques de réparations. Il s'agit simplement de répartir «différemment» les charges de responsabilité. En effet,

---

<sup>265</sup> Voir le rapport de Georges Chatillon sur le thème « responsabilité et administration électronique : une notion revisitée », 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](http://www.univ-paris1.fr)

l'usage de procédés électroniques fait intervenir de nouveaux acteurs lors de la procédure de passation, il est donc logique que ceux-ci assument leur part de responsabilité pour le rôle qui leur est dévolu.

Le plus grand obstacle dans l'utilisation de procédés électroniques reste donc la crainte des personnes publiques ou même de certains acteurs privés de voir les risques de contentieux augmenter. C'est pourquoi, une partie de la doctrine<sup>266</sup> considère qu'il est nécessaire d'axer des réflexions dans le sens de la prévention et du règlement alternatif des litiges nés de l'électronique. Aussi, il est légitime de se demander si, en fin de compte, l'électronique ne risque pas de «révolutionner» la procédure contentieuse.

---

<sup>266</sup> Voir dans ce sens le rapport d'Isabelle Falque-Pierrotin, *«prévention et règlement des litiges dans l'administration en ligne»*, 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](http://www.univ-paris1.fr)

## CONCLUSION

Si le rapport du Conseil d'Etat «Internet et les réseaux numériques<sup>267</sup>» a constaté que droit privé pouvait trouver à s'appliquer normalement à l'internet, il n'a jamais exclu que des adaptations seraient nécessaires. Le même constat peut être établi s'agissant de la problématique des contrats administratifs électroniques : il n'est pas besoin d'élaborer un droit spécifique en la matière. Le droit administratif peut donc d'ores et déjà admettre la passation électronique des contrats de droit public, sous réserves de certaines adaptations.

Ainsi, un contrat administratif électronique n'est pas appelé à différer notablement d'un contrat «papier». Il sera soumis aux mêmes critères de qualifications, aux mêmes procédures de passation et au même régime.

Toutefois, des zones d'ombre persistent. Aussi, la passation électronique des contrats administratifs méritent des éclaircissements et des adaptations avant qu'il puisse véritablement être conclu à leurs validités.

En effet, tout au long de cette présente étude, il a été émis des hypothèses et laissé des questions en suspens ; c'est que l'état du droit et de la doctrine ne permettent pas d'établir des certitudes. Il est donc 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 pouvons conclure qu'à une existence conditionnelle du contrat administratif électronique. Il n'y aura donc pas de contrat électronique de droit public tant que certains points n'auront pas été résolus. Il en est ainsi de la problématique de la dématérialisation des actes administratifs unilatéraux, de celle du parallélisme des formes entre un écrit électronique et un écrit papier, ou encore de celle de la détermination d'un régime de responsabilité adapté au risque électronique.

Par ailleurs, l'utilisation concrète du contrat électronique dépend de contingences techniques et organisationnelles. Elle nécessite ainsi une démarche volontaire de la part des cocontractants comme des autres administrations qui auront à connaître du contrat, car tous devront se doter des technologies appropriés. Or, cela suppose une concertation entre les différents acteurs (tout particulièrement entre les administrations), ainsi que des investissements humains, financiers et techniques importants.

Par conséquent, c'est la réalité d'une administration en silo et le manque de moyens qui peuvent s'avérer les vrais obstacles à la passation électronique des contrats administratifs. Dans ce cadre, la problématique des contrats électroniques de droit public renvoie à celle de la mise en place d'une administration électronique.

L'existence du contrat administratif est donc moins conditionnée par le droit que par la volonté des acteurs de l'administration et du législateur.

---

<sup>267</sup>Voir rapport du Conseil d'Etat, section du rapport et des études, «*l'Etat et les réseaux numériques*», Paris, 1998, la Documentation française

## BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE

(La bibliographie suivante répertorie les principaux ouvrages, articles et sites internet qui ont servi à la présente étude)

### Ouvrages – Thèses - Monographies

Accardo C., « *La dématérialisation des procédures de passation des marchés publics* », mémoire D.E.A. de droit public des affaires de Paris X- Nanterre, septembre 2001.

Association Henri Capitant, « *Le contrat électronique* », travaux, édition Panthéon-Assas, 152p.

Bastien H., « *Droit des archives* », Paris, 1996, La documentation française, 191p.

Cantero A. , « *Des actes unilatéraux des communes dans le contexte électronique – Vers la dématérialisation des actes administratifs ?* », thèse, Presse Universitaire d'Aix - Marseille, 2002, 449p.

Chapus R., « *Droit administratif général* », tome 1, 13<sup>ème</sup> édition, 1999, Montchretien, 1365p.

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

Direction des Archives de France, « *les archives électroniques – Manuel Pratique* », février 2002, téléchargeable sur le site [www.archivesdefrance.culture.gouv.fr](http://www.archivesdefrance.culture.gouv.fr).

Inspection Générale de l'administration, « *Vers la télétransmission des actes soumis au contrôle de légalité* », rapport, juillet 2001, téléchargeable sur le site [www.interieur.gouv.fr](http://www.interieur.gouv.fr).

Féral- Schuhl Christiane, « *Cyberdroit : le droit à l'épreuve de l'internet* », Dalloz, Dunod, Paris, 3<sup>ème</sup> édition, 2002, 353p.

Magnet J., « *Elément de comptabilité publique* », 5<sup>ème</sup> édition, février 2001, L.G.D.J, 183p.

Pastorel J.-P, « *Droit administratif* », mémentos, 4<sup>ème</sup> édition, 1999, Gualino éditeur, 224p

Simonnet C., groupe de travail n°7, mission pour l'économie numérique « *les cartes d'achats publiques et la dématérialisation des factures* », rapport, 2002, téléchargeable sur le site [www.men.minefi.gouv.fr](http://www.men.minefi.gouv.fr).

Richer L., « *Droit des contrats administratifs* », 3<sup>ème</sup> édition, 2002, L.G.D.J., 587p.

Wery E., « *Facture, monnaie et paiement électronique – aspect juridique* », février 2003, Droit @litec, 145p.

## Articles et études doctrinales

Catala P., « *le formalisme et les nouvelles technologies* », Defrenois 2000 p.897 ; « *Ecriture électronique et actes juridiques* », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p.91.

Chatillon G., « *responsabilité et administration électronique : une notion revisitée* », 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](http://www.univ-paris1.fr).

Falque-Pierrotin I., « *prévention et règlement des litiges dans l'administration en ligne* », 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](http://www.univ-paris1.fr).

Ferrero C., « *Contrôle de légalité : à quand le zéro papier ?* », Gazette des Communes n°1638, 25 mars 2002, p.38.

Gautier P.-Y., « *l'e-mail* », in « *Clés pour le siècle* », Université Panthéon-Assas, Paris II, Dalloz, 2000, p.369.

Gautier P.-Y. et Linant de Bellefonds X., « *De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent* », J.C.P., 2000, I, n°236.

Loth D., « *les TIC et le nouveau code des marchés publics... un rendez-vous manqué ?* », 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](http://www.univ-paris1.fr).

Mallet-Pujol N., *les libertés en situation : enjeux actuels – Les libertés de l'individu face aux nouvelles technologies de l'information*, cahiers français, 2000, n°296, p59 et s.

Marcou G., « *le régime des actes administratifs face à l'électronique* », 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](http://www.univ-paris1.fr).

Manara C., « *Aspects juridiques de l'e-mail* », Dalloz Affaires, 1999, p.278.

Passa J., « *Commerce électronique et protection du consommateur* », D. 2002, n°6, doctrine, p562.

Vincent J.-Y., « *Publicité de l'acte administratif* », J.-Cl. Adm., fascicule 107-40 (2, 2001).

Verbiest T., « *Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique : analyse critique* », Jurisclasseurs communication – commerce électronique, février 2003, p.9.

Véret D. et Fongue C., « *La signature électronique va-t-elle révolutionner le formalisme des marchés publics ?* », Gaz. Pal., doctrine, 21 janvier 2001, p 137.

### **Sites internet**

[www.archivesdefrances.gouv.fr](http://www.archivesdefrances.gouv.fr)

[www.finances.gouv.fr](http://www.finances.gouv.fr)

[www.foruminternet.gouv.fr](http://www.foruminternet.gouv.fr)

[www.internet.gouv.fr](http://www.internet.gouv.fr)

[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

[www.lexinter.net](http://www.lexinter.net)

[www.minefi.gouv.fr](http://www.minefi.gouv.fr)

## TABLE DES MATIERES

<b>SOMMAIRE</b> .....	1
<b>INTRODUCTION</b> .....	4
Chapitre 1 De la possibilité de conclure un contrat administratif par voie électronique.....	11
Section I : La qualification de contrat électronique : un contrat de droit public ?.....	11
A ) L'écrit électronique ou prédominance de la conception privatiste.....	11
B) Le contrat électronique et les contrats de droit privé de l'administration .....	14
1)De l'usage du contrat électronique de droit privé par les personnes publiques .....	15
2) L'usage de l'électronique par les personnes publiques : une possibilité de multiplication des contrats de droit privé de l'administration ? .....	16
C ) Le contrat électronique et la qualification de contrat administratif.....	17
1) Le critère organique ou la problématique de l'utilisation de la signature électronique par une personne publique.....	17
2) Les critères matériels de qualification : l'indifférence de l'électronique à l'égard du contenu des contrats .....	20
a- Le critère de la clause exorbitante du droit commun.....	20
b- Le critère du régime exorbitant du droit commun .....	21
c- Le critère de la participation au service public.....	22
3) La qualification légale du contrat électronique .....	22
Section II : La passation d'un contrat administratif par voie électronique .....	24
A) Liberté contractuelle et contrat électronique .....	24
B) Du choix du cocontractant dans l'univers électronique.....	26
1 ) Négociation et contrats électroniques .....	26
2 ) Procédures formalisées et contrat électronique.....	27
C) De la prise de décision et de l'expression de la volonté dans l'univers électronique .....	28
1) La prise de décision : la possibilité d'une délibération électronique ?.....	28
2) La manifestation de la volonté ou la nécessité d'utiliser des outils électroniques .....	30
D ) La conclusion du contrat : l'impératif électronique .....	33
1) L'échange des consentements dans l'univers électronique .....	33
a- Le parallélisme des formes : quelles obligations en matière d'électronique ?.....	33
b- L'appréciation de l'aptitude à contracter dans l'univers électronique.....	34
c- Les vices du consentement .....	35
2) La preuve du contrat administratif électronique.....	36
3 ) La validité du contrat administratif électronique .....	37
E ) La procédure de passation électronique des marchés publics électronique .....	39
1) La procédure d'appel d'offre : une procédure adaptée à l'univers électronique .....	40
a- Les différentes étapes de la passation d'un contrat de marché public .....	40
b- L'adaptation de la procédure de passation des marchés publics à l'univers électronique : la dématérialisation de la procédure.....	41
c- La passation électronique des marchés publics : une réalité concrète .....	44
2) Les procédures simplifiées : l'évidence électronique .....	45
a- Les marchés sans formalités préalables.....	45
b- La mise en concurrence simplifiée .....	46
c- La procédure négociée .....	47
Chapitre 2 - De la mise en œuvre du contrat administratif par voie électronique .....	48
Section I - L'exécution du contrat administratif électronique .....	48
A ) Les modifications au contrat administratif électronique .....	49
1 )L'avenant au contrat administratif électronique.....	49
a- Le droit commun de la conclusion d'un avenant : une simplicité procédure idéale pour l'électronique.....	49
b- La procédure encadrée de passation de l'avenant : quelle possibilité pour l'électronique ? .....	50
2 ) Des pouvoirs de modification et de résolution unilatérale dans l'univers électronique .....	51
a- Pouvoir de modification unilatérale et contrat électronique .....	51
b- Pouvoir de résiliation unilatérale et contrat électronique .....	52
B ) L'exécution du contrat administratif électronique : la problématique de l'exécution en ligne .....	53
1 ) Le contrat électronique : deux types d'exécution possibles .....	53
2 ) La détermination du lieu d'exécution de la prestation effectuée par voie électronique, ou la recherche du critère d'attribution de compétence territoriale du juge administratif .....	54

3 ) L'exécution électronique et le régime des garanties de l'exécution du contrat administratif .....	55
a- L'exercice du pouvoir de contrôle dans le cadre de l'exécution électronique .....	55
b- L'exercice du pouvoir de sanction dans le cadre de l'exécution électronique.....	56
Section I I- Les procédures de contrôle et d'archivage du contrat administratif : les vrais obstacles à l'usage de l'électronique ?.....	57
A ) La télétransmission du contrat administratif pour contrôle de légalité : bientôt une réalité.....	57
B ) L'exécution financière du contrat administratif électronique : une dématérialisation complexe .....	59
1 ) L'engagement .....	60
2 ) La liquidation et l'ordonnancement .....	61
a- La liquidation .....	61
b- L'ordonnancement .....	62
3 ) Le paiement.....	63
a- le contrôle du comptable public .....	63
b- Le règlement des sommes dues et le paiement électronique .....	64
C ) L'archivage de l'écrit électronique : un défi bientôt relevé.....	65
1 ) Problématique de l'archivage d'un contrat administratif électronique : la survie au temps.....	66
2 ) De l'archivage papier d'un contrat passé par voie électronique : une possibilité ?.....	67
3 - L'archivage électronique : déjà une réalité .....	68
Section III- Le contentieux du contrat administratif électronique.....	70
A ) La saisine électronique du juge .....	70
B ) L'électronique : de nouvelles sources de contentieux ? .....	71
1 ) Le risque informatique : quelle responsabilité ? .....	72
a- La détermination de la personne responsable en cas de défaillance informatique .....	72
b- La responsabilité de la personne publique à raison du risque informatique : détermination du type de responsabilité.....	73
2 ) La signature électronique : une déresponsabilisation des personnes publiques ? .....	74
<b>CONCLUSION</b> .....	76
<b>BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE</b> .....	77

