

La dématérialisation des marchés publics : un outil efficace de lutte contre la corruption*

Catherine Prébissy-Schnall

(Maître de conférences – HDR à l'Université Paris-Nanterre)

ABSTRACT La réflexion actuelle sur la corruption est étroitement liée à la transformation du droit des marchés publics. La dématérialisation obligatoire des marchés publics permet en effet d'assurer la traçabilité des opérations contractuelles, le bon usage des deniers publics et de partager les données non confidentielles des contrats dans le cadre du mouvement d'Open Data. Cette métamorphose des marchés publics en contrats électroniques constitue un nouveau moyen de lutte contre la corruption. Toutefois, il reste un certain nombre de défis à relever comme celui de l'adaptation humaine aux nouveaux usages, de l'interopérabilité entre les différentes plateformes de marchés publics et la modernisation des techniques de travail des enquêteurs pour détecter efficacement les différentes formes de corruption.

1. Introduction

Le marché public est un contrat à risque qui ne peut échapper à la suspicion de favoritisme et de clientélisme en raison notamment de l'interaction entre le secteur public et le secteur privé : l'acheteur public a besoin de l'entreprise pour se fournir à travers les marchés publics ; l'entreprise a besoin de l'acheteur public comme soutien pour s'engager dans une production, dans une activité ou pour s'implanter géographiquement. Le secteur des marchés publics est donc fondamental pour l'économie car il est au cœur du processus par lequel l'État exécute son budget. Compte tenu de son poids économique, le marché public a donc toujours été strictement réglementé parce qu'il engage les deniers publics. La transparence a imposé ses règles aux procédures publiques et les acheteurs publics se sont trouvés exposés à des contrôles renforcés. Toutefois, les contrôles tant administratif, financier que répressif¹ souffrent de défaillances et ne parviennent pas à protéger les deniers publics contre toutes les formes de risques. Les marchés publics continuent de constituer un terrain propice à l'éclosion de pratiques prohibées compte tenu de l'impact financier des bénéfices escomptés et d'une réponse pénale économique française qui reste encore inadaptée au mouvement de globalisation de la société internationale et de la numérisation de l'économie.

Une réforme engagée à la faveur de la transposition de directives européennes du 26 février 2014 a conduit à une modernisation et à une simplification du droit des marchés publics jugé beaucoup trop complexe et excessivement

formel. Afin de donner une nouvelle confiance à l'acheteur, le droit des marchés publics change de perspective et prend en compte une dimension plus stratégique basée sur la performance, l'exemplarité et une culture algorithmique plus ancrée grâce aux progrès de l'intelligence artificielle.

Si cette métamorphose des marchés publics en contrats électroniques représente une avancée vers un « gouvernement ouvert » et constitue un nouveau moyen de lutte contre la corruption (1), il reste un certain nombre de défis à relever pour que l'informatisation puisse éviter le développement de la corruption (2).

2. La métamorphose des marchés publics en contrats électroniques comme moyen de lutte contre la corruption

Plus les marchés publics s'appuieront sur les technologies de l'information et de la communication, plus les pratiques illégales seront difficiles à mettre en œuvre car l'informatisation permet d'assurer automatiquement la traçabilité et donc les moyens de preuves : la plateforme permettant de chiffrer les données et donc de garantir la confidentialité et l'intégrité de l'offre déposée (alerte en cas de tentatives d'accès frauduleux aux documents), l'acquisition d'une identité numérique grâce à un certificat électronique de signature, les applications *smart contracts* qui s'exécutent automatiquement dès lors que les conditions arrêtées par les parties sont réunies, l'archivage électronique pour une gestion de la preuve électronique (éviter la destruction volontaire de pièces du marché), la facturation électronique, la traçabilité de tous les échanges (horodatage, adresses IP, enregistrement de toutes les conversations liées à l'assistance en ligne), l'Open Data obligatoire (qui suppose de se prémunir des risques d'une mauvaise gestion

*Article submitted to double-blind peer review.

¹ En France, il existe un délit spécifique à l'achat public : le délit de favoritisme qui est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 euros d'amende (article 432-14 du code pénal français).

des données collectées).

En France, depuis le 1^{er} octobre 2018, la procédure de passation est obligatoirement dématérialisée pour l'ensemble des marchés publics supérieurs à 40 000 euros HT tandis que cette procédure de passation électronique reste facultative concernant les marchés publics de défense ou de sécurité. En pratique, une administration qui ne sera pas prête à mettre en œuvre une procédure intégralement dématérialisée pourra voir sa procédure annulée, tout comme l'offre d'un candidat transmise par voie papier sera qualifiée d'irrégulière². Depuis le 1^{er} octobre 2018, les acheteurs ont l'obligation de publier sur leur profil les données essentielles c'est-à-dire les données non confidentielles nécessaires à la description d'une commande de tout marché public supérieur à 40 000 euros HT dans les 2 mois suivants la notification du marché à l'attributaire. 40 000 euros HT étant le nouveau seuil français de dispense de procédure de publicité et de mise en concurrence qui est entré en vigueur au 1^{er} janvier 2020. Toutefois, le code de la commande publique prévoit que pour les marchés compris entre 25 000 euros (qui était l'ancien seuil de dispense de procédure) et 40 000 euros, l'acheteur public a le choix soit de publier les données sur sa plateforme soit de publier, au cours du 1^{er} trimestre de chaque année, la liste des marchés conclus l'année précédant en précisant la date de conclusion, l'objet du marché, le montant en euros HT, le nom du titulaire et le code postal s'il est établi en France (à défaut, le pays de son principal établissement). Ce nouveau dispositif complexe s'applique donc depuis le 1^{er} janvier 2020. Les contrats inférieurs à 25 000 euros qui sont nombreux en volume et qui font d'ailleurs souvent l'objet d'une corruption douce sont donc dispensés de procédure de publicité, de mise en concurrence et de l'obligation de publication de leurs données. C'est l'acheteur public qui choisit, sur la base du volontariat de publier ou non les données ce qui signifie que la base de données des marchés publics en France souffre déjà d'incomplétude.

Conformément au Code de la commande publique (art. L2196-2 ; R2196-1), cette obligation de publication en ligne des données ne concerne que certaines données dont une liste a été établie (cf. annexe 15 du code de la commande publique - arrêté du 22 mars 2019): le numéro d'identification du marché utilisé aussi pour le recensement des marchés, la nature et l'objet du marché, la durée, la procédure de passation, les conditions financières, l'identification du titulaire, les possibles

modifications etc. soit un total de 16 données initiales et 7 données complémentaires en cas de modifications du contrat. Malheureusement, à ce jour, toutes les plateformes ne gèrent pas l'exécution du contrat et la publication des données relatives aux modifications financières devient un processus complexe. Or, la corruption ne concerne pas uniquement la phase de passation du marché public mais elle se loge également dans la phase d'exécution qui elle n'est pas numérisée (en dehors du suivi exécutif des marchés qui va générer les données pour la publication en open data et des applications *smart contracts*).

Cette liste de données pourra être enrichie, à l'avenir, de nouvelles données comme les données relatives par exemple à la sous-traitance. Les acheteurs sont donc incités à publier davantage de données, les données essentielles étant considérées comme des données minimales imposées par le Code de la commande publique. Mais jusqu'où aller dans le degré de transparence des données pour prévenir la corruption ?

La donnée doit être de qualité c'est-à-dire accessible par tout le monde, sous licences ouvertes, téléchargeable et à jour. La publication doit veiller à bien respecter la protection des données personnelles ainsi que les droits d'auteur, le secret du savoir-faire propre de l'entreprise et de sa stratégie commerciale (pas de communication du rapport d'analyse des offres), le secret sur la santé financière de l'entreprise et ses coordonnées bancaires. Les données publiées ne doivent pas présenter de risque pour la protection du potentiel scientifique et technique de la Nation. A titre d'exemple, ne sont pas publiées les offres déposées dans le cadre d'un appel d'offres qu'il s'agisse de l'offre de l'entreprise attributaire ou de celles des candidats évincés. Cette publication doit être standardisée (sous un format conforme aux standards internationaux (XML ou JSON) pour que les données puissent être réutilisées à des fins statistiques, de benchmark par exemple. Cela signifie que la publication en ligne repose sur un principe d'interopérabilité et de normalisation.

Lorsque des données relatives à un marché public ne sont pas publiées alors qu'elles sont communicables, le droit d'accès s'exerce auprès de la CADA (Commission d'accès aux documents administratifs) suite à la vérification du respect des différents secrets. L'autorité est compétente pour apprécier les demandes de droit d'accès aux documents des marchés publics par un examen au cas par cas. Ainsi, sont communicables la liste des entreprises sollicitées ou le nom des entreprises ayant déposé une offre.

Cette obligation de publication en ligne des données se fait sur différentes plateformes et obligatoirement sur la plateforme de l'administration consacrée aux achats

² On signale tout de même que le Ministère de l'économie encourage les acheteurs publics à demander la régularisation des offres papier afin d'éviter les procédures infructueuses.

électroniques (appelée profil d'acheteur). Ces données doivent demeurer disponibles sur la plateforme pendant 5 ans après l'achèvement du marché mais peut-être réduite à un an, si ces données sont publiées sur le site data.gouv.fr qui est le site du service public de la donnée en France. La transmission des données se fait de façon sécurisée grâce aux API (*Application Programming Interface*). Or, dans la pratique, on se rend compte qu'il n'est pas toujours facile de trouver le jeu de données recherché parce qu'il y a de nombreux profils d'acheteurs. Ainsi, à titre d'exemple, les marchés publics attribués par l'Université Paris Nanterre ne se trouvent pas sur le site de l'Université mais sur celui du département 92.

Cette obligation de publication concerne également la publication des règles de traitements algorithmiques qui vont servir de lignes directrices pour attribuer un marché électronique (article L. 312-1-3 du CRPA). En effet, l'administration doit rendre compte de l'usage des algorithmes publics dans la mesure où ils présentent deux spécificités principales par rapport aux algorithmes du secteur privé : tout d'abord, l'algorithme de traitement des marchés publics opère au service de l'intérêt général et non d'intérêts particuliers et d'autre part il est incontournable c'est-à-dire que l'entreprise n'a pas d'autre choix que de se soumettre à cet algorithme.

Cette obligation de publication en ligne oblige enfin de sécuriser la collecte et l'archivage des données ce qui suppose d'une part d'adapter les clauses des contrats à ces nouvelles obligations, et d'autre part de recourir peut-être à la blockchain qui pourrait constituer une alternative aux solutions de stockage car elle apporterait la garantie supplémentaire que lorsqu'une donnée essentielle est admise et validée sur la blockchain, elle ne sera pas altérée.

Enfin, la réutilisation des données des marchés publics dispose d'un potentiel de développement très important : pour améliorer la connaissance économique des contrats (comme instrument de *sourcing*) et permettre aux entreprises de mieux dimensionner leurs réponses ; pour créer des mécanismes d'aide à la décision pour les acheteurs publics (pour mieux choisir les critères de choix par exemple) ; pour veiller à la réputation de l'acheteur public (l'Open Data est aussi un outil de communication politique) ; pour mieux cartographier les risques de pratiques frauduleuses, pour lancer une alerte éthique (lanceur d'alerte), pour créer les conditions d'une véritable vigilance civique en instaurant un contrôle a posteriori des citoyens.

Pour autant, même si la dématérialisation du marché public permet plus de transparence, elle ne peut garantir, à elle seule, l'absence de

corruption.

3. Les défis de la dématérialisation des achats pour éviter la corruption

Les ruptures technologiques présentent toujours des situations inédites et les indécidables vont donc chercher à se situer dans les zones les moins contrôlées ou dans celles les plus difficilement contrôlables. Le problème de la corruption peut aussi être déplacé très en amont de la passation du contrat.

En effet, alors qu'auparavant, tout était mis en œuvre pour interdire en amont les échanges entre l'administration et les entreprises et éviter ainsi les pratiques de commissions d'entremise et le risque de divulgation d'informations privilégiées à un opérateur, on pousse désormais à développer autant que possible les contacts à travers le *sourcing* ou l'*e-sourcing*. Le *sourcing*, du verbe anglais *to source* (s'approvisionner), est un outil stratégique issu du secteur privé qui est désormais utilisé par l'acheteur public afin d'identifier les fournisseurs susceptibles de répondre à son besoin. Il permet à l'acheteur de connaître les technologies et les produits existants sur le marché ainsi que la capacité de chaque entreprise à répondre sans surcoût à son besoin, à la fois en termes de production, de financement et d'innovation. De leur côté, les entreprises consultées connaissent plus précisément les besoins de l'acheteur, se familiarisent avec les pratiques de la commande publique et peuvent présenter des offres mieux adaptées. Ce *sourcing* peut s'effectuer en ligne (plateformes de mise en relation, accès à des bases de données dédiées) ou se matérialiser par des rendez-vous face à face. C'est aussi un outil qu'il faut manier avec précaution afin d'éviter toute violation du principe d'égalité de traitement des candidats et la constitution de l'infraction pénale de favoritisme. L'acheteur doit donc préparer son *sourcing* tout en veillant à la traçabilité de la conduite qu'il compte adopter. Il est donc nécessaire de connaître les acteurs du processus achat, de savoir qui est responsable des informations qui entrent et qui sortent dans le cadre d'un *sourcing* (partage des connaissances, retours d'expérience) et de définir des méthodes de travail avec les entreprises : le *sourcing* doit être mené avec plusieurs opérateurs économiques, sans discrimination géographique ou commerciale, afin de ne pas aboutir à la présélection d'opérateurs déterminés. L'ensemble des informations transmises aux opérateurs contactés doit être communiqué aux autres opérateurs susceptibles de candidater. L'idée n'est pas de soumettre aux opérateurs économiques potentiels un projet de cahier des charges et les laisser réagir dessus. L'acheteur doit formuler et poser les bonnes questions pour collecter des informations pertinentes : quelle est

la taille du marché ? Quelle est la dynamique du marché au cours des 3 dernières années ? Quelles sont les différentes technologies sur le marché ? Peut-on observer de nouveaux comportements sur le marché ? etc. L'acheteur public peut décider d'exclure de la procédure un candidat qui a été sourcé mais qui est susceptible de créer une atteinte à la concurrence. Cette exclusion suppose une appréciation au cas par cas pour savoir si un candidat ayant participé à la préparation du marché est ou non favorisé par rapport aux concurrents potentiels.

Cet exemple sur les modalités pratiques du *sourcing* qui doivent être mises en œuvre dans un contexte sécurisé révèle toute la complexité de la détection de la corruption : comment éviter les rapports d'influence entre les Hommes nécessaires à la bonne marche des affaires ?

Il est également possible de distinguer deux types de corruptions, la corruption classique et la « corruption douce » qui est la conséquence de petits arrangements qui ont été pendant trop longtemps tolérés. Cette pratique d'acceptation des dons et du favoritisme reste aujourd'hui encore très présente, bien implantée et difficile à écarter notamment pour les petits achats inférieurs à 25 000 euros où il n'y a pas de dématérialisation ni de publication obligatoire des données et ni même d'obligation d'avoir un contrat écrit.

La crainte exprimée est également la perte de contrôle de l'humain là où « l'évolution technologique déplace la limite entre le possible et l'impossible et nécessite de redéfinir la limite entre le souhaitable et le non souhaitable »³. La difficulté réside dans l'incompétence à utiliser les nouveaux outils par manque de formation ou par peur de devoir faire face aux failles de l'architecture électronique (temps de réponse trop lent, pérennité des outils, capacité de résistance aux risques et aux menaces qui pèsent sur les données). Il faut en effet souligner que la transformation des marchés publics en contrats électroniques s'est faite « à marche forcée » sans tenir compte de la fracture numérique, sans tenir compte du besoin de standardisation et d'interopérabilité des plateformes d'achats (absence de standards internationaux), sans régler les problèmes posés par la signature électronique.

Aujourd'hui, des interrogations se font jour à propos des contraintes opérationnelles liées au risque d'une mauvaise gestion des données de marchés collectées, à la libre réutilisation de ces données, au risque en matière de propriété intellectuelle notamment dans le cadre des achats

innovants, à la protection des données personnelles impliquées dans les documents destinés à devenir accessibles au public et au coût de l'anonymisation pour les administrations.

Si ces interrogations sont certes légitimes, ce mouvement de repli fait craindre un ralentissement en France de la mise en œuvre de l'ouverture des données dans certains secteurs, qui pourrait à terme limiter les bienfaits de l'Open Data pour prévenir la corruption au moment de la transposition de la directive Données Ouvertes révisée (2019/1024 du 20 juin 2019 ; transposition jusqu'au 17 juillet 2021). Il convient de souligner la valeur de l'économie européenne fondée sur la donnée qui pourrait être évaluée à 739 milliards d'euros en 2020 (communiqué IP/18/3364 du 25 avril 2018).

Avec la crise sanitaire du Covid-19, cette transparence a été affaiblie, l'urgence justifiant de trouver coûte que coûte des masques, des tenues de protection, des médicaments. L'heure était à la négociation directe, aux marchés de gré à gré. Plus questions d'appels d'offres transparents, d'avis de publicité. Le marché est devenu opaque.

On peut alors s'interroger sur l'utilité de la dématérialisation et des règles de transparence des données publiques lorsqu'on constate aujourd'hui qu'on n'arrive pas à identifier les titulaires des marchés en lien avec la pandémie, ni à connaître les montants dépensés. Alors que le gouvernement français a pourtant ouvert toutes les données publiques relatives au coronavirus, pourquoi celles relatives aux marchés publics de produits de santé ne sont pas publiées sur Internet ? Est-ce qu'elles le seront et si oui dans quel délai ? En vérité, aucune sanction n'est prévue en cas de défaut de publications des données de marché public.

La marge de manœuvre dont dispose l'administration avec le numérique semble alors à géométrie variable, la crise sanitaire ayant montré les limites de la politique publique de transparence instaurée par la dématérialisation des marchés publics. Parce que l'outil numérique modifie les relations de pouvoirs tout comme les abus de pouvoirs, il conviendra de continuer à chercher les pistes d'amélioration dans la mise en œuvre des systèmes informatiques comme vecteur de transparence et d'objectivité.

³ Rapport de la Cnil « Comment permettre à l'Homme de garder la main ? – les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle », décembre 2017 : https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil_rapport_garder_la_main_web.pdf.