

Fiche technique de la CA et de la KBOB à l'intention des adjudicateurs de l'administration fédérale¹

Apposition de signatures électroniques à la conclusion de contrats d'acquisition

Berne, mars 2023

La numérisation des marchés publics figure parmi les principaux axes de la [stratégie de l'administration fédérale en matière d'acquisitions \(stratégie de mise en œuvre concernant la révision totale du droit des marchés publics\)](#) pour la période 2021 à 2030.

Dans le cadre de la mise en œuvre de cette stratégie, diverses initiatives sont déployées afin d'encourager la numérisation des processus d'acquisition au sein de la Confédération. L'un des objectifs est de faire à l'avenir signer électroniquement les contrats d'acquisition de l'administration fédérale, tant par les adjudicateurs que par les adjudicataires.

La présente fiche technique donne des indications sur l'utilisation des signatures électroniques lors de la conclusion de contrats dans le domaine des marchés publics de la Confédération².

Remarque: la numérisation des marchés publics de la Confédération se met progressivement en place. Les contenus présentés ici seront donc adaptés à l'évolution de la situation.

Informations générales et bases

Des informations de base et des explications générales relatives aux signatures électroniques sont disponibles dans les informations fournies par l'[Office fédéral de l'informatique et de la télécommunication \(OFIT\)](#), l'[Office fédéral de la communication \(OFCOM\)](#) et le [secteur Transformation numérique et gouvernance de l'informatique \(TNI\)](#) de la Chancellerie fédérale.

L'utilisation de signatures électroniques dans les documents au format PDF est en outre décrite

dans la fiche d'information «[E018 – Utilisation et validation des signatures électroniques dans les documents PDF \(annexe 2\)](#)»³.

Si, exceptionnellement, un marché comprend des éléments contractuels pour lesquels le droit civil impose une forme particulière (à l'inverse des contrats de vente, des contrats d'entreprise et des mandats usuels), les prescriptions formelles de ce droit doivent être respectées. Dans ce cas, les informations de la présente fiche ne sont pas applicables.

Conclusion du contrat d'acquisition

Selon l'ordonnance sur les marchés publics (OMP; RS 172.056.11), l'adjudicateur est tenu de conclure les contrats d'acquisition de l'administration fédérale par écrit. La CA et la KBOB interprètent cette norme comme suit: l'expression «par écrit» s'entend au sens large; elle inclut toute forme offrant une preuve écrite. Elle comprend également l'échange de courriers électroniques ou la conclusion de contrats signés sous forme électronique⁴.

L'adjudicateur est donc libre de proposer dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres une forme spécifique pour la conclusion du contrat (par ex. signature ou une forme spécifique de signature électronique).

¹ Cette fiche technique s'adresse aux membres de la KBOB à l'échelon fédéral.

² Cette fiche technique porte sur la conclusion de contrats avec des soumissionnaires suisses. Faute d'accords internationaux de reconnaissance mutuelle, la conclusion de contrats avec des soumissionnaires étrangers n'est pas couverte. Le cas échéant, il convient de faire appel aux services juridiques compétents.

³ La partie D aborde notamment les points importants pour la présente fiche technique, à savoir l'utilisation de signatures numériques dans les contrats d'acquisition.

⁴ Voir art. 11, al. 1, du commentaire de l'OMP: «L'expression "par écrit" ne signifie pas que seule une signature manuscrite sur papier fasse naître une obligation contractuelle.» En outre, l'expression «par écrit» inscrite dans l'OMP n'est pas équivalente à la *forme écrite* qui figure dans le droit des obligations (CO). Celle-ci assimile à la signature manuscrite uniquement la signature électronique qualifiée au sens de la loi du 18 mars 2016 sur la signature électronique (SCSE; RS 943.03).

Choix de la forme appropriée de signature électronique

En principe, on peut envisager l'utilisation des formes de signatures électroniques suivantes pour la conclusion de contrats d'acquisition:

- signature électronique qualifiée;
- signature électronique avancée;
- signature électronique simple.

Il existe cependant des différences notables entre les différentes formes de signatures électroniques.

La signature électronique qualifiée

La signature électronique qualifiée est régie dans la SCSE et, conformément au droit des obligations (CO; RS 220), est assimilée à la signature manuscrite, pour autant qu'elle comporte un horodatage électronique qualifié⁵.

Au sein de l'administration fédérale, l'apposition d'une signature électronique qualifiée requiert l'utilisation d'un certificat de classe A émis sur la smartcard ou depuis un serveur central de signature.

Avantages et inconvénients

- + Degré de sécurité et force probante les plus élevés de toutes les signatures électroniques.
- + Équivaut légalement à une signature manuscrite.
- + Possibilité de vérifier la validité de la signature au moyen du [validateur de la Confédération](#).
- + L'administration fédérale encouragerait l'utilisation de la signature électronique qualifiée si elle prenait l'initiative dans ce domaine.
- Entraîne une certaine charge de travail aux soumissionnaires, car la signature électronique qualifiée n'est pas répandue parmi eux, notamment dans les PME (→ clarifier suffisamment tôt si son utilisation est possible).
- Tous les collaborateurs de l'administration fédérale autorisés à signer ne possèdent pas encore de certificat de classe A⁶.

La signature électronique avancée

La signature électronique avancée permet de garantir l'identification du signataire et l'intégrité des documents contractuels⁷.

Il existe différents fournisseurs de signatures électroniques avancées sur le marché. Il est donc recommandé de procéder à la vérification de celles-ci lors de leur utilisation, étant donné qu'il existe également des solutions de moindre

qualité, contrairement à la qualité élevée des signatures avancées émises sur la smartcard de la Confédération.

Selon le [TNI](#)⁸, il est possible d'utiliser une signature électronique avancée tant que la signature électronique qualifiée n'est pas davantage répandue chez les soumissionnaires.

Au sein de l'administration fédérale, il est possible d'apposer une signature électronique avancée en utilisant un certificat de classe B émis sur la smartcard.

Avantages et inconvénients

- + Permet une attribution et une identification univoques des signataires.
- + Permet de détecter les modifications apportées ultérieurement aux documents.
- + Dans certains cas, réduit la charge de travail pour les soumissionnaires (par rapport à la signature électronique qualifiée).
- Les certificats de signature avancés disponibles sur le marché ne sont pas réglementés dans la SCSE et ne peuvent donc pas être vérifiés dans le validateur. Ils peuvent présenter un niveau de sécurité plus faible (par rapport à la signature électronique qualifiée).

La signature électronique simple

«Signature électronique simple» est un terme générique utilisé pour désigner une signature électronique qui ne remplit pas les exigences d'une signature électronique qualifiée ou avancée. Le niveau de sécurité et la force probante sont par conséquent faibles⁹.

Avantages et inconvénients

- + Facilité d'utilisation pour les affaires simples.
- Niveau de sécurité et force probante très faibles.
- Aucune garantie de protection contre les modifications ultérieures.

Recommandation à l'intention des adjudicateurs

La CA et la KBOB recommandent aux adjudicateurs de la Confédération d'utiliser la signature électronique dans leurs contrats d'acquisition et de soutenir les efforts déployés par l'administration fédérale en matière de numérisation dans le domaine des marchés publics. Les obstacles à la numérisation devraient être maintenus aussi bas que possible.

⁵ Voir art. 14, al. 2^{bis}, CO

⁶ Les gestionnaires de l'intégration peuvent les commander.

⁷ Cela vaut en particulier pour les certificats avancés délivrés par des fournisseurs reconnus selon la SCSE.

⁸ Voir notamment les parties D5 et D6

⁹ Même le simple texte d'une offre ou d'un accord soumis par courriel peut être considéré comme une signature électronique simple, pour autant que l'identité de son auteur puisse être établie. Cela vaut également pour une signature manuscrite numérisée.

Les adjudicateurs définissent la forme de signature électronique à utiliser dans chaque marché public en procédant à une évaluation du rapport risque/bénéfice¹⁰.

Il convient en particulier d'utiliser la signature électronique qualifiée pour souligner l'importance du contrat et viser le plus haut niveau de sécurité possible.

Pour les marchés dont le risque de responsabilité est quantifiable (par ex. faible volume de commande, acquisitions en petites quantités ou contrat subséquent), l'utilisation des autres types de signatures électroniques peut être admise.

Outre l'analyse risques/avantages, il est recommandé de tenir compte des éléments ci-dessous en ce qui concerne l'utilisation des signatures électroniques.

- Les exigences relatives à l'utilisation des signatures électroniques *ne* doivent *pas* conduire à des restrictions du marché ou de la concurrence.
- Les adjudicateurs communiquent les modalités envisagées en matière de signatures électroniques déjà dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres (→ notamment le type de signature proposé pour la signature du contrat ou les modalités d'échange de documents par voie électronique).
- S'il n'y a pas d'appel d'offres (par ex. lors d'une procédure sur invitation ou de gré à gré), les modalités relatives à la conclusion du contrat sous forme électronique sont discutées au préalable avec le partenaire contractuel.
- Les adjudicateurs incluent dans le contrat d'acquisition une formule stipulant que le contrat peut être signé électroniquement et que

les signatures électroniques utilisées sont juridiquement valables et contraignantes.

- Pour faciliter l'accès des soumissionnaires, notamment des PME, les adjudicateurs tiennent compte des conditions et des possibilités techniques des adjudicataires.
- Durant une période de transition, il convient de soutenir également les solutions hybrides (→ par ex. qu'une partie contractante continue d'apposer une signature manuelle sur le contrat). Il convient de prendre les dispositions nécessaires en vue du classement et de la documentation des documents contractuels.

Validation des signatures électroniques

Avec le validateur, l'OFIT met à disposition une application web qui permet de vérifier les documents signés électroniquement.

Actuellement, seuls les documents munis de signatures qualifiées suisses, de cachets réglementaires au sens de la SCSE ou de signatures avancées (certificat de classe B de l'administration fédérale émis sur la smartcard) peuvent être validés. Si les documents contiennent d'autres signatures avancées, celles-ci sont considérées comme invalides.

<https://www.validator.admin.ch/>

Renseignements complémentaires

Pour de plus amples informations:

Bureau de la CA
Tél. 058 462 38 50
bkb@bbl.admin.ch

Secrétariat de la KBOB
kbob@bbl.admin.ch

¹⁰ Tous les risques liés directement ou indirectement au contrat doivent être pris en compte. Une analyse de risques devrait être effectuée pour chaque acquisition. Les unités administratives peuvent également

la définir à un niveau supérieur, par exemple dans leur réglementation des droits de signature pour les domaines.