

A S S E M B L É E N A T I O N A L E

X V ^e L É G I S L A T U R E

Compte rendu

Mission d'information de la Conférence des Présidents « Bâtir et promouvoir une souveraineté numérique nationale et européenne »

- Audition commune de Mme Laure Bédier, conseiller d'État, directrice des affaires juridiques au ministère de l'Économie et des Finances, agent judiciaire de l'État, et de M. Benoît Dingremont, administrateur civil au ministère de l'Économie et des Finances 2

Jeudi

28 janvier 2021

Séance de 11 heures

Compte rendu n° 25

SESSION ORDINAIRE DE 2020-2021

**Présidence de
M. Jean-Luc
Warsmann,
*président***



Audition commune de Mme Laure Bédier, conseiller d'État, directrice des affaires juridiques au ministère de l'Économie et des Finances, agent judiciaire de l'État, et de M. Benoît Dingremont, administrateur civil au ministère de l'Économie et des Finances

La séance est ouverte à 11 heures.

Présidence de M. Jean-Luc Warsmann, président.

M. le président Jean-Luc Warsmann. Notre mission d'information achève aujourd'hui son cycle d'auditions consacrées à la commande publique. À cette étape de nos réflexions, il nous semble important de faire le point sur le champ des possibles dans ce domaine, dans l'objectif de protéger et de promouvoir notre souveraineté numérique aux niveaux national et européen.

M. Philippe Latombe, rapporteur. Je souhaiterais évoquer trois sujets. Tout d'abord, pourriez-vous nous présenter à grands traits un état des lieux du droit de la commande publique et ses principales évolutions ces dernières années ? Un certain nombre d'initiatives ont été prises pour moderniser la commande publique. Je pense à la fois au plan de transformation numérique engagé pour la période 2017-2022, à la loi d'accélération et de simplification de l'action publique du 7 décembre 2020 (loi ASAP), et aux mesures pour encourager le recours à davantage de solutions innovantes, *via* l'expérimentation d'un dispositif dédié depuis 2018. J'aimerais connaître votre regard sur ces éléments et prendre connaissance à cette occasion des travaux de l'observatoire économique de la commande publique qui pourrait éclairer notre démarche. En second lieu, quelles sont, selon vous, les évolutions envisageables ou souhaitables du droit de la commande publique afin de promouvoir par son truchement notre souveraineté numérique ? J'aimerais en particulier savoir s'il existe déjà des outils permettant de favoriser l'achat par des acteurs publics de matériel et de logiciels souverains. Si tel n'est pas le cas, quelles devraient être les caractéristiques d'un nouveau régime juridique allant dans ce sens, en conformité avec le droit européen ? Nous sommes ouverts à toutes vos propositions sur ce sujet. Elles nous permettront notamment de faire le lien avec l'audition précédente, au cours de laquelle des professionnels du droit ont émis quelques suggestions. Enfin, j'aimerais vous interroger plus globalement quant à l'influence des règles actuelles de la commande publique sur la capacité des acheteurs publics à prendre des risques dans leurs pratiques d'achats. La semaine dernière, si M. Nadi Bou Hanna, directeur interministériel du numérique, nous a indiqué que le code de la commande publique pouvait être « désincitatif » sur ce point, la direction des achats de l'État ne semblait pas tout à fait en accord. Quelle est votre position à cet égard ? Des modifications sont-elles envisageables pour lever les obstacles qui semblent exister sur ce sujet ?

Mme Laure Bédier, conseiller d'État, directrice des affaires juridiques au ministère de l'Économie et des Finances, agent judiciaire de l'État. La direction des affaires juridiques se compose de quatre sous-directions, dont la sous-direction du droit de la commande publique, représentée par M. Benoît Dingremont aujourd'hui. Cette sous-direction est en charge de l'élaboration du droit de la commande publique et de la norme. Elle propose également du conseil aux acheteurs, elle élabore à leur attention des fiches de doctrine. Elle s'occupe également du recensement des statistiques de la commande publique et elle publie des guides. Cette dernière activité s'exerce dans le cadre de l'observatoire économique de la commande publique (OECF), qui a remplacé en 2016 l'observatoire économique de l'achat public. L'objectif était d'aller au-delà des marchés publics et d'intégrer les concessions.

L'observatoire économique de la commande publique est organisé autour d'une assemblée plénière qui décide de ses travaux et qui rassemble les parties prenantes de la commande publique, c'est-à-dire, à la fois, des acheteurs et des opérateurs économiques. L'assemblée plénière n'a pu se tenir cette année, mais cela n'a pas empêché l'observatoire économique de la commande publique de publier deux guides qui ont été largement téléchargés par les acheteurs et par les entreprises. Le premier guide porte sur l'accès des TPE/PME à la commande publique. Le deuxième concerne l'achat innovant. Pour 2020, nous avons publié un document sur la sous-traitance qui n'est pas sans lien avec vos travaux. En 2021, nous travaillerons sur les concessions et sur leurs aspects statistiques. Les États membres sont obligés d'adresser tous les trois ans un rapport à la Commission sur la réglementation et son application en matière de commande publique. La sous-direction du droit de la commande publique suit enfin les questions relatives à la transition numérique de la commande publique.

La deuxième sous-direction qui compose notre direction est la sous-direction du droit privé et du droit pénal, qui exerce des missions de conseil et d'expertise dans ces secteurs et qui gère les dossiers de l'agent judiciaire de l'État. Ce dernier a le monopole de la défense des intérêts de l'État, lorsqu'il s'agit d'intérêts financiers, à la fois en demande et en défense, devant les juridictions judiciaires. Nous comptons environ 11 000 dossiers. La sous-direction du droit public et du droit européen international donne des conseils dans ces domaines. Enfin, la sous-direction du droit des régulations économiques traite du droit financier, du droit des assurances, du droit des entreprises et donne des conseils dans le domaine du numérique pour la protection des données personnelles. Je précise que nous sommes une direction de conseil et non une direction opérationnelle. Nous n'effectuons donc pas d'achats. C'est la direction des achats de l'État (DAE) qui exerce la pratique des achats publics.

Voici maintenant quelques chiffres concernant la commande publique. En 2019, nous avons enregistré 170 000 marchés pour un montant d'un peu plus de 110 milliards d'euros. Les PME représentent plus de 60 % du total en nombre et 30 % en montant. La répartition entre fournitures et travaux est variable. Par exemple, l'État et les établissements hospitaliers ont beaucoup plus de fournitures. Ces dernières représentent près de 50 % du montant. À l'inverse, les collectivités territoriales dépensent davantage en travaux. Plus de 20 % des marchés sont supérieurs au seuil européen et ils représentent un montant très important.

Les marchés numériques au sens large représentent un montant de 5,3 milliards d'euros, qui se répartit en 2 milliards d'euros pour l'État, dont 500 millions d'euros pour les armées, et 500 millions d'euros pour les collectivités territoriales. Les autres acheteurs, qui représentent environ 3 milliards d'euros, sont essentiellement les opérateurs de réseaux. L'acteur le plus important sur ce marché est la SNCF, qui représente 800 millions d'euros, EDF représentant 700 millions d'euros.

S'agissant de la souveraineté numérique nationale et européenne, notre droit est assez contraint, car, si l'on excepte les marchés de défense et de sécurité, pour lesquels nous pouvons faire valoir une préférence européenne, les outils permettant de défendre la préférence sont très limités. Je les cite rapidement pour les écarter, car ils ne sont pas applicables aux marchés informatiques. Le premier est la possibilité de déroger aux procédures de publicité et de mise en concurrence en cas de menace grave. Nous ne nous inscrivons évidemment pas dans ce cadre. Le deuxième est l'article 52 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) qui permet de déroger, pour des raisons d'ordre public et de sécurité publique, à un certain nombre de principes européens,

notamment la liberté d'établissement. Le problème est qu'un argument économique n'est pas suffisant pour déroger aux principes applicables au sein de l'Union européenne. Néanmoins, cet article peut être une piste de développement d'autres outils. L'État a engagé des réflexions sur l'instauration d'un *cloud* souverain sur la base de l'article 52. Pour le reste, nous sommes très encadrés par l'accord sur les marchés publics (AMP), parce que contrairement aux États-Unis qui ont négocié un *Buy American Act*, l'Union européenne n'a pas négocié ce dispositif et ne peut défendre une préférence européenne.

Il existe néanmoins au sein des directives deux articles qui nous permettent de restreindre un peu l'accès des pays tiers aux marchés européens. Le premier est l'article 85 de la directive de 2014, qui a été transposé à l'article L. 2153-2 du code de la commande publique. Il permet d'écarter les offres qui se composent à plus de 50 % de produits provenant d'États tiers à l'Union européenne. Les États tiers sont les États qui n'ont pas signé l'AMP ou qui n'ont pas signé de traités commerciaux bilatéraux avec l'Union européenne. Cet article n'est pas d'application aisée. Tout d'abord, il ne s'applique qu'aux opérateurs de réseaux, c'est-à-dire aux domaines de l'eau, de l'énergie et des transports. Ensuite, il ne s'applique qu'aux marchés de fournitures. Si le marché est à la fois un marché de services et de fournitures, l'article 85 n'est pas applicable. En outre, il est complexe à mettre en œuvre, car il est très difficile de déterminer l'origine du produit, qui diffère selon les États de l'Union européenne. Il suffit donc d'entrer dans un pays peu regardant pour être considéré comme européen à plus de 50 %. Nous avons tenté de clarifier la situation en publiant récemment une fiche sur l'application de l'article 85.

Par ailleurs, nous avons interprété *a contrario* l'article 25 de la directive pour introduire dans la code de la commande publique l'article L. 2153-1, qui permet d'écarter une offre d'une entreprise issue d'un État tiers. Cet article n'est pas simple à appliquer non plus, notamment parce qu'il est difficile de déterminer le champ exact couvert par l'accord sur les marchés publics et les traités bilatéraux. S'agissant de l'accord sur les marchés publics, chaque pays peut émettre ce que l'on appelle une offre de couverture : il n'adhère pas à l'ensemble de l'AMP, mais il choisit les secteurs pour lesquels il adhère. Il est par conséquent compliqué de savoir ce qui est couvert par l'accord. Par ailleurs, cet article ne s'applique qu'aux offres provenant d'entreprises situées dans des États tiers et ne s'applique donc pas lorsqu'il existe une filiale en France ou en Europe. Or, l'entreprise soumissionnaire compte très souvent un établissement en France ou en Europe. Elle ne peut donc être écartée au seul motif qu'elle appartient à un groupe étranger. Le pourcentage de marchés publics attribués à des entreprises étrangères est très faible, de l'ordre de 2 à 3 %, ce qui est assez contre-intuitif, mais dans de nombreux cas, elles comptent des filiales françaises. La dernière fragilité de ce dispositif est qu'il s'agit d'une interprétation *a contrario* dans le domaine des négociations commerciales, qui est un domaine exclusif de la Commission.

Dans le groupe de travail « marchés publics », nous tentons d'obtenir de l'Union européenne des avancées sur ces sujets et en particulier une modification des directives, et ce, à plusieurs fins. Premièrement, nous souhaiterions clarifier ce qui peut être fait dans le cadre de l'article 25 de la directive 2014, tel que transposé. Il serait souhaitable que l'Union européenne puisse aider ses membres à déterminer la liste des pays et des produits couverts par les accords commerciaux, afin de savoir avec précision dans quels cas une offre d'État tiers peut être écartée. Un autre objectif est de clarifier l'application de l'article 85 qui comporte la notion de produit d'origine et d'étendre cet article à l'ensemble des acteurs, au-delà des opérateurs de réseaux. L'enjeu est de travailler dans le cadre des directives, parce que s'engager dans une renégociation de l'accord sur les marchés publics semble très compliqué. La France est assez isolée sur ce sujet complexe. Il est plus efficace d'utiliser l'ensemble des

possibilités offertes par les directives pour favoriser les offres européennes dans les secteurs stratégiques.

Cela étant, en dehors de cette action, le code de la commande publique comporte des outils qui nous permettent de tenter de privilégier l'offre européenne. Comme nous le rappelons souvent dans les fiches que nous publions, le *sourcing* est un élément essentiel. Il est très important de connaître l'offre nationale pour pouvoir adapter la demande en conséquence. L'allotissement permet aux petites entreprises nationales d'accéder aux marchés publics. Il est par ailleurs important de choisir des critères qui ne soient pas seulement liés aux prix, mais qui concernent également la qualité. Par exemple, on parle souvent du critère environnemental. Les critères doivent être pondérés de manière à ce que le prix ne soit pas le seul élément pris en compte dans la sélection. Il est également possible d'établir des clauses d'exécution sur la sécurité et l'intégrité des données. On recommande également de porter une grande attention à l'application du RGPD. Il n'est pas possible de rejeter une candidature au seul motif que l'entreprise est soumise au *Cloud Act* américain. En d'autres termes, le droit de la commande publique ne permet pas de rejeter une candidature parce qu'une entreprise pourrait ne pas respecter les règles nationales et européennes. Nous pouvons toutefois maximiser les chances des entreprises européennes en rappelant la nécessité de respecter le RGPD. Par exemple, lorsque des données présentent un caractère sensible, on peut exiger leur stockage en Europe et interdire le contrôle des données depuis un groupe installé hors du territoire européen. On peut également prévoir de sanctionner la transmission des données à caractère personnel, y compris si elle est censée s'effectuer en application d'une législation étrangère. On peut enfin faire de toutes ces garanties un critère de classement.

Nous sommes en train de mener un travail sur les cahiers des clauses administratives générales (CCAG). Bien que ces documents ne soient pas obligatoires, les acheteurs y recourent très fréquemment. Dans une révision assez générale de ces CCAG, qui seront publiés au mois d'avril, un certain nombre de travaux ont porté sur la protection des données personnelles. Nous proposons d'insérer dans l'ensemble des CCAG des dispositions rappelant les règles du RGPD. Nous proposons en outre de prévoir une obligation de déclaration informant l'acheteur en cas de recours à un sous-traitant pour la mise en œuvre du traitement de données. Nous proposons aussi une obligation d'informer l'acheteur de toutes les mesures lui permettant de s'opposer à des transmissions de données qui seraient contraires à la réglementation européenne. Nous proposons enfin de prévoir des pénalités en cas de violation de la protection des données. La révision des CCAG vise en somme à renforcer la protection des données personnelles.

Vous avez évoqué les achats innovants. Il s'agit d'une expérimentation qui date de décembre 2018, permettant de dispenser de publicité de mise en concurrence les achats de produits innovants au-dessous de 100 000 euros jusqu'au 24 décembre 2021. Nous devrions obtenir un bilan de cette expérimentation au mois de juin. Au 1^{er} janvier, 174 marchés ont été déclarés auprès de l'OECP pour un total de 11 millions d'euros, très probablement sous-estimé. De manière générale, les acheteurs déclarent assez peu leur marché à l'OECP et les achats innovants sont compliqués à déclarer. Les premiers résultats fournissent néanmoins un bon aperçu du dispositif. Il est utilisé principalement, à près de 60 %, pour les marchés de services. La moitié de ces marchés portent sur des montants supérieurs à 75 000 euros et les marchés informatiques ne représentent qu'un tiers de ces marchés innovants. De nombreux marchés concernent l'achat responsable, c'est-à-dire l'innovation sociale et environnementale, ainsi que l'économie circulaire.

Afin de favoriser le recours à ce dispositif, nous avons publié un guide définissant un faisceau d'indices qui permettent de qualifier un achat d'innovant. Le principal frein au recours à ce dispositif est l'incertitude autour de la notion d'achat innovant. Il importe de savoir si l'on se trouve dans un cadre qui permet de se dispenser de publicité et de mise en concurrence. Il n'est pas certain que ce soit suffisant, mais c'est tout ce que nous avons pu faire à notre niveau. Le guide ayant été largement téléchargé, nous espérons qu'il aura aidé les acheteurs à s'emparer de ce dispositif, même si les chiffres que je cite sont, pour l'heure, un peu décevants.

Dans la réglementation nationale récente, la loi ASAP a été adoptée dans un objectif de simplification des procédures et de soutien à l'économie. La mesure phare, qui n'est pas forcément très applicable aux marchés numériques, est la dispense de publicité et de mise en concurrence pour les marchés de travaux, en-dessous de 100 000 euros, jusqu'au 31 décembre 2022. La loi pérennise aussi un certain nombre de mesures prises pendant l'état d'urgence sanitaire. Elle rappelle notamment que les entreprises en redressement judiciaire bénéficiant d'un plan de redressement peuvent soumissionner aux marchés publics. Le Conseil d'État l'avait dit, mais cette possibilité demeure peu connue des acheteurs. Des dispositions permettent également de réserver, pour les marchés globaux, des parts aux TPE/PME.

Une autre mesure, qui a été très mal comprise, permet, pour un motif d'intérêt général, de se dispenser de recourir à la publicité et à la mise en concurrence. Elle a été mal comprise tout d'abord parce qu'elle ne s'applique qu'en-dessous des seuils européens. Au-dessus de ces seuils, on s'inscrit, par définition, dans le cadre des règles européennes de publicité et de mise en concurrence. L'idée n'est pas de permettre à un acheteur considérant qu'il a un motif d'intérêt général de se dispenser des formalités de publicité et de mise en concurrence. La disposition vise plutôt à fournir une base législative à des mesures réglementaires de dérogation de publicité et de mise en concurrence qui seront prises par décret en Conseil d'État, avec un contrôle strict de ce dernier. Par exemple, si l'on pérennise la disposition de l'achat innovant afin de soutenir l'écosystème des start-up nationales, l'intérêt général du soutien aux start-up permettra de justifier la dérogation au seuil de publicité et de mise en concurrence. La mesure doit s'appliquer à des secteurs très précis, de manière limitée et sous le contrôle du Conseil d'État. Par conséquent, le champ d'application de cette mesure demeure très limité.

Le plan de transformation numérique de la commande publique court sur cinq ans, de 2018 à 2022. Il associe la direction des affaires juridiques, la direction des achats de l'État et l'agence pour l'informatique financière de l'État. Il a bénéficié d'un soutien du fonds de transition numérique de l'action publique. L'objectif du plan est de dématérialiser, de bout en bout, les différentes étapes de la commande publique. Nous avons conduit une dématérialisation de la passation des marchés publics en octobre 2018. Il s'agissait d'une obligation européenne, que nous avons appliquée en dessous des seuils européens. Le projet est de dématérialiser la suite de la chaîne de la commande publique, et notamment l'exécution des marchés publics. Afin d'atteindre cet objectif ambitieux, nous essayons de développer l'interopérabilité entre les systèmes d'information, et surtout la création de briques en *open source* qui pourront être implémentées sur les plateformes des acheteurs, qu'on appelle les profils d'acheteurs. Le projet se construit autour de la plateforme d'achat de l'État. On y associe un certain nombre d'importantes plateformes d'acheteurs, Maximilien pour l'Ile-de-France et Mégalis pour la Bretagne. L'enjeu est de faire croître à une taille critique les plateformes qui utilisent ces briques en *open source*, afin qu'elles puissent se diffuser vers l'ensemble des acheteurs publics.

Jusqu'en 2020, nous avons surtout travaillé sur le socle du projet, c'est-à-dire le cadre commun d'urbanisation et la cartographie des SI. Le projet n'est donc pas encore très visible de l'extérieur. À compter de l'année prochaine, nous pourrions offrir des services permettant de favoriser la dématérialisation, tels que la signature électronique ou la transmission des avis de publicité. Les avis de publicité seront regroupés sur un portail, ce qui permettra aux entreprises de les consulter en un lieu unique. Le projet a pris un peu de retard en raison du COVID, mais il se poursuit et nous devrions pouvoir offrir un certain nombre de briques aux acheteurs en 2022, leur permettant de dématérialiser de bout en bout la commande publique.

J'évoquerai pour terminer la prise de risque que vous avez mentionnée en introduction. Il est certain que la commande publique est une opération très complexe. Cela ne tient pas au droit national, mais au droit européen. Lors de la transposition des directives, nous avons donc tenté de porter le souci de simplification au niveau européen. Nous continuerons de défendre ce besoin, mais nous sommes très encadrés par le droit européen. Nous avons adopté, au cours des dernières années, plusieurs mesures destinées à favoriser cette simplification. Je ne suis pas certaine que nous puissions aller plus loin. Il convient à présent d'utiliser les outils existants. Il est donc important de bien communiquer sur ce que permet le code de la commande publique.

M. Philippe Latombe, rapporteur. La vision de l'AMP pourrait-elle évoluer avec le décret du président Joseph Biden du 25 janvier, relatif au *Buy American Act* ? Il y est indiqué que les États-Unis souhaiteraient renégocier l'AMP. N'est-ce pas une opportunité que l'Europe et la France devraient également saisir ? S'agissant des risques, un juriste a expliqué, durant l'audition précédente, que la Cour de cassation retient une jurisprudence peut-être trop stricte, en considérant que la moindre infraction entraîne un délit de favoritisme, sans prendre en compte l'intentionnalité. Il en résulte une approche très prudente des acheteurs publics qui les empêche de prendre des initiatives et de s'orienter vers du *sourcing*. Partagez-vous cette appréciation ? Des évolutions législatives sont-elles envisageables pour redonner un peu de souplesse à ce dispositif ? Enfin, quand le décret en Conseil d'État auquel vous faisiez allusion pourrait-il paraître ? Son champ d'application s'étendra-t-il aux logiciels et aux infrastructures informatiques-numériques ?

Mme Laure Bédier. Ce n'est pas la direction des affaires juridiques qui mène les négociations au niveau européen, y compris sur les directives que j'ai évoquées. C'est surtout la direction générale du Trésor qui porte ces négociations. Néanmoins, il me semble que la crise sanitaire est une opportunité d'examiner la possibilité d'établir un *Buy European Act*. Or, il m'a été indiqué que même ces circonstances, qui accroissent la difficulté de ne pas pouvoir favoriser des entreprises nationales pour des raisons de sécurité d'approvisionnement, ne sont pas suffisantes pour faire évoluer les membres de l'Union européenne sur ce sujet et faire avancer la Commission. Je ne sais pas si le décret signé par le président Joseph Biden et le *Buy American Act* seront un élément suffisant.

Le délit de favoritisme est un véritable problème. La Cour de cassation en fait un délit objectif, ce qui signifie qu'on n'a plus besoin de prouver l'intention de vouloir violer les règles des marchés publics. Ce risque tétanise effectivement les acheteurs. La crainte est peut-être quelque peu infondée dans la mesure où, en pratique, les condamnations pour délit de favoritisme ne sont pas fréquentes. Néanmoins, la conjonction d'une incertitude concernant les modalités d'application, d'une part, et d'une jurisprudence qui caractérise un délit à la moindre infraction aux règles de la commande publique, d'autre part, paralyse les acheteurs.

L'infraction étant assez « politique », commencer à réduire son champ d'application pourrait soulever un certain nombre de difficultés.

M. Philippe Latombe, rapporteur. Comment pourrait-on faire pour lever ce frein ? Devrait-on réécrire l'article en question ?

Mme Laure Bédier. Oui. On a déjà tenté à plusieurs reprises de réécrire cet article pour tenter de restreindre le délit de favoritisme au délit intentionnel, mais ces tentatives de réforme soulèvent chaque fois une opposition.

Je reviens à la disposition ASAP, car je n'ai pas été parfaitement claire à ce sujet. Elle consistait à introduire la notion d'intérêt général, à côté de celle d'intérêt de l'acheteur, dans la partie législative du code de la commande publique qui énumère les cas dans lesquels on peut se dispenser de publicité de mise en concurrence. Jusqu'à présent, toutes les dérogations prises par décret pouvaient se justifier par l'intérêt de l'acheteur, mais certaines dispositions étaient assez fragiles. Par exemple, la dispense de publicité et de mise en concurrence pour l'achat de livres scolaires en-dessous de 90 000 euros relève plutôt de l'intérêt général que de l'intérêt de l'acheteur. Notre préoccupation était d'introduire dans la partie législative une disposition qui sécurisât l'ensemble des dérogations actuelles et qui nous permît le cas échéant d'en établir d'autres. Si je reprends l'exemple de l'achat innovant, il relève à la fois de l'intérêt de l'acheteur et de l'intérêt général, l'enjeu étant de favoriser l'innovation en France. À cette fin, nous avons introduit l'intérêt général dans la partie législative du code de la commande publique. S'il n'est pas question de définir la notion d'intérêt général par décret, nous pourrions édicter un décret pour un secteur particulier, souvent pour une durée limitée, et sous le contrôle du Conseil d'État qui jugera du caractère proportionné de l'intérêt général par rapport à la mesure proposée.

M. Philippe Latombe, rapporteur. Pensez-vous qu'en application de cette disposition législative, il faille reprendre le décret sur la partie achat innovant ?

Mme Laure Bédier. Nous dresserons en fin d'année le bilan de ce dispositif. Pour l'instant, les acheteurs sont favorables à sa pérennisation. La disposition législative sur l'intérêt général nous permettra de prendre un décret pérennisant la dispense à 100 000 euros pour l'achat innovant.

M. Benoît Dingremont, sous-directeur en charge de la commande publique au sein du ministère de l'Économie et des Finances. L'accord sur les marchés publics est complexe et il soulève de nombreuses incompréhensions et difficultés de communication. Vous avez relevé à juste titre les propositions du nouveau président américain. J'ai compris qu'il engageait dès maintenant pour les marchés fédéraux des États-Unis l'application pleine et entière du *Buy American Act*. On a beaucoup de mal à expliquer pourquoi les Américains, qui sont partie à cet accord, peuvent prendre cette initiative, alors que les Européens ne le peuvent pas. Cela tient en réalité au caractère, non multilatéral, mais plurilatéral de l'AMP. S'agissant d'un accord multilatéral, les mêmes obligations s'appliquent intégralement à toutes les parties. Dans l'accord plurilatéral, si les principes sont communs à tout le monde, ils s'additionnent d'offres de couverture, correspondant à ce que chaque partie s'engage à ouvrir à la concurrence internationale. Ces offres de couverture ne sont pas rédigées de façon identique, mais les parties considèrent qu'elles sont équivalentes. Dès 1994, les Américains ont placé dans leur offre de couverture une réserve précisant que, dans certains secteurs, il était possible de réserver une partie des marchés américains aux entreprises américaines, et notamment aux PME américaines. C'est ce que le président américain souhaite faire appliquer

pleinement, plutôt que de rouvrir des négociations AMP, au cours desquelles les Européens pourraient tenter d'obtenir quelque chose d'équivalent.

En ce qui concerne les CCAG, le *Cloud Act* permet aux juges américains et à l'administration américaine de demander aux entreprises américaines et aux filiales étrangères de ces entreprises de leur communiquer des données dans un certain nombre d'enquêtes, terroristes ou de sécurité notamment. Par conséquent, des filiales françaises d'entreprises américaines qui seraient titulaires de marchés publics pourraient être réquisitionnées par l'autorité américaine pour fournir ces données, ce qui serait contraire au RGPD.

Comme l'a rappelé Mme Laure Bédier, ce n'est pas parce qu'une entreprise est susceptible de commettre une infraction qu'elle a commis cette infraction et qu'on peut la rejeter au stade de la candidature. En revanche, nous avons proposé dans le CCAG de dire très clairement à tout futur titulaire d'un marché public que, quand bien même il serait soumis par un effet d'extraterritorialité des dispositions américaines à des obligations à ce titre, il ne peut pas enfreindre le RGPD. Nous rappelons dans les CCAG l'obligation de respecter le RGPD, nous précisons en quoi elle consiste. Nous proposons d'y inscrire que toute demande de communication de données de la part d'une administration étrangère devra faire l'objet d'une déclaration à l'acheteur. Nous proposons également d'assortir le non-respect ou la violation de cette obligation de sanctions. L'objectif est de rappeler à toute entreprise qu'elle sera soumise à des sanctions, si elle viole le RGPD, fût-ce en application d'une autre législation.

M. Philippe Latombe, rapporteur. Comment percevez-vous la décision du Conseil d'État concernant le Health Data Hub et les conséquences qu'elle pourrait avoir sur d'autres marchés de ce type ? Cette ordonnance fait suite à la décision de confier à Microsoft l'élaboration d'une plateforme de santé. Après avis de la CNIL, le Conseil d'État a enjoint l'exécutif à rapatrier les données sur un *cloud* souverain à échéance de deux ans. L'ordonnance pourrait avoir des impacts dans d'autres domaines, notamment l'Éducation nationale, qui utilise aussi de nombreux logiciels américains.

M. Benoît Dingremont. Je pense que la décision est assez cohérente avec la logique préconisée dans les CCAG. Autant on ne peut pas sélectionner et rejeter une candidature étrangère, autant on peut insérer dans les clauses du marché des règles de sécurité ou d'implantation de données, si l'implantation sur le territoire européen est la seule façon de garantir la sécurité des données et du système.

Mme Laure Bédier. Je n'ai pas examiné en détail la décision du Conseil d'État, mais un élément important est qu'il s'agit de données de santé, particulièrement sensibles. Dans ce cadre, on peut parfaitement demander le stockage des données sur le territoire national ou européen. Il conviendrait d'examiner si cette décision, concernant des données particulièrement sensibles, pourrait être transposée à d'autres données moins sensibles. Je n'en suis pas certaine.

M. Philippe Latombe, rapporteur. L'accord avec le Health Data Hub prévoyait la localisation des données sur le territoire européen, ainsi que le chiffrement de celles-ci. La clé ne devait appartenir qu'au Health Data Hub et l'opérateur de cloud n'y avait pas accès. Pour autant, le Conseil d'État a estimé qu'il existait un risque de transfert des données à l'étranger et qu'à ce titre, il fallait les transférer dans un *cloud* qui n'était pas soumis au *Cloud Act*. Nous serions heureux que vous nous communiquiez votre analyse de la décision du Conseil d'État. Vous avez par ailleurs évoqué la règle des 50 %. Or, on observe des appréciations différentes de ces 50 % en Europe. Par exemple, les Irlandais sont les

principaux hébergeurs des GAFAM. Percevez-vous une distorsion de législation ou d'interprétation entre les Irlandais et les Français sur la notion des 50 % ?

Mme Laure Bédier. Je sais que certains pays sont beaucoup plus souples.

M. Philippe Latombe, rapporteur. Ce sont en gros l'Irlande et le Luxembourg.

Mme Laure Bédier. Je ne connais pas leur position exacte concernant le calcul des 50 %.

M. Benoît Dingremont. La règle des 50 % posée à l'article L. 2153-2 du code de la commande publique ne concerne que les marchés de fournitures. Je pense que, s'agissant de l'Irlande, il est surtout fait référence à l'attrait fiscal que ce pays représente pour les services. Les GAFAM profitent de ces dispositions, mais il me semble que la disposition de l'article 85 de la directive ne pourrait s'appliquer pour un marché de services.

M. Philippe Latombe, rapporteur. Cela est vrai pour les services, mais Apple fournit, par exemple.

M. Benoît Dingremont. Le problème est que la directive ne parle pas d'achats de fournitures dans le cadre d'un marché de services. Je suppose que la plupart des dispositifs sur l'implantation des GAFAM en Irlande concerne davantage les services que l'achat par les personnes publiques d'une fourniture.

M. Philippe Latombe, rapporteur. Lors de la précédente audition, un juriste nous a indiqué que l'utilisation des marchés à procédures adaptées (MAPA) n'était pas aussi aisée qu'il semblait.

Mme Laure Bédier. Je vous répondrai en tant que praticienne. Ayant travaillé auparavant à l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris (AP-HP), j'ai observé qu'en-dessous des seuils, les acheteurs avaient tendance à appliquer les procédures formalisées afin d'être certains de ne pas être hors du cadre. La problématique est un peu la même que vis-à-vis du délit de favoritisme. Afin d'être certains que les procédures soient adaptées à l'objet du marché, les acheteurs visent le formalisme maximum.

M. Benoît Dingremont. Un enjeu est de professionnaliser les acheteurs pour leur permettre de comprendre qu'ils peuvent utiliser certaines marges de liberté en toute sécurité juridique. La professionnalisation des acheteurs est prévue dans le plan national d'action sur les achats publics durables (PNAPD), que nous co-animons avec le ministère de la Transition écologique. L'objectif est de proposer aux acheteurs de nouveaux outils et méthodes en matière de critères de choix et de clauses d'exécution, notamment afin de renforcer la qualité environnementale de l'offre. Nous espérons, par ce moyen, valoriser des offres européennes et françaises, peut-être plus chères, mais dont la qualité environnementale sera meilleure. Nous espérons que le PNAPD porte ses fruits auprès des acheteurs, mais l'acte d'achat n'est pas une opération simple.

M. Philippe Latombe, rapporteur. Selon les juristes que nous avons entendus, la formation des acheteurs est très pointue, mais essentiellement juridique. La partie « achats » est ainsi perçue comme une zone de risque, qui doit être gérée par la maîtrise du contentieux, un peu au détriment de l'achat lui-même, qui devrait intervenir en premier lieu. Pensez-vous que l'on devrait modifier les formations afin de renforcer le volet « achats » par rapport au volet juridique ? Afin d'inciter les acheteurs à faire du *sourcing*, ils doivent prendre

connaissance des besoins, ce qui suppose une connaissance des solutions existantes. Que pensez-vous de la création d'un portail public permettant aux entreprises de communiquer l'état d'avancement de leurs produits ? Devrait-il être hébergé chez vous, éventuellement relayé par des CCI au niveau local ? Ce dispositif pourrait-il permettre à l'ensemble des acteurs d'obtenir une vision complète des solutions ?

Mme Laure Bédier. La conception d'un portail de *sourcing* est une action prévue dans le plan de transformation numérique de la commande publique. L'ensemble des entreprises pourront y présenter leur offre. Par ailleurs, la DAE mène une action spécifique en matière d'innovation.

M. Benoît Dingremont. La DAE travaille à la fois sur la professionnalisation des acheteurs et sur le *sourcing*. Elle a déjà mis en place, il y a quelques années, un portail pour les acheteurs de l'État. Elle participe en outre à l'élaboration du PNAPD qui comporte un volet formation. L'offre de formation juridique à l'achat public est effectivement très importante. Nous tenterons de développer dans le plan les aspects environnementaux et économiques de l'achat public.

Mme Laure Bédier. Je suis d'accord avec le constat que les acheteurs sont bien formés au droit de la commande publique, mais pas forcément aux aspects opérationnels et à la connaissance de l'offre. Ils sont parfois trop « juristes » et pas assez « acheteurs ».

M. Philippe Latombe, rapporteur. La semaine dernière, nous avons auditionné l'UGAP. Ses représentants ont indiqué qu'ils proposent dans leur catalogue ce qui correspond aux besoins, mais qu'ils ne jouent pas de rôle de conseil. Or, la phase de définition des besoins, en amont des marchés publics, est très importante, car elle permet de simplifier le processus par l'achat de solutions totalement intégrées. L'allotissement n'est pas la solution la plus efficace pour parvenir à cet objectif. Selon un avocat que nous avons auditionné, il devient rapidement ingérable, faute d'une direction des systèmes d'information (DSI) capable de déterminer l'allotissement optimal. Enfin, nous manquons de professionnels de l'informatique dans le secteur public, car ils préfèrent, en général, rejoindre le privé pour une question de rémunération. Il en résulte une simplification dans les besoins, dès le début. Comment pourrait-on traiter cette difficulté ?

Mme Laure Bédier. Comme nous l'avons dit, les personnes formées en droit et non au segment d'achat sont tentées d'adopter les solutions les plus simples « sur étagère », sans vraiment réfléchir à leurs besoins, alors que cette étape est indispensable pour promouvoir la souveraineté. Il est à la fois nécessaire de bien connaître le secteur et d'être capable de définir les besoins avec précision. L'enjeu est d'identifier des acheteurs ayant une bonne connaissance du secteur au-delà des compétences juridiques.

M. Philippe Latombe, rapporteur. La définition des besoins ne se fait pas au niveau des acheteurs.

Mme Laure Bédier. L'acheteur joue néanmoins un rôle de conseil. Il doit pouvoir aider le prescripteur à définir ses besoins avec précision.

M. Benoît Dingremont. Nous pouvons identifier certaines évolutions positives, notamment dans le *sourcing*, qui est proche de la définition des besoins. À partir du moment où l'acheteur s'intéresse au *sourcing*, cela signifie qu'il pense à une nouvelle façon de définir ses besoins au lieu de réitérer le même achat ou d'adopter des solutions intégrées globales.

Cinq ans auparavant, lorsque nous parlions de *sourcing* dans une enceinte publique, la réticence était vive et nombre d'acheteurs demandaient s'ils avaient le droit d'y recourir. La situation a beaucoup évolué depuis lors. Aujourd'hui, tous les acheteurs disent pratiquer le *sourcing*, même si cela se fait de façon plus ou moins approfondie. Quoiqu'il en soit, le terme n'est plus tabou et la situation évolue.

M. Philippe Latombe, rapporteur. Y a-t-il d'autres sujets que nous n'avons pas évoqués et que vous souhaiteriez porter à notre connaissance ?

Mme Laure Bédier. Je souhaite simplement redire que nous sommes très encadrés par le droit européen. La formation des acheteurs à l'utilisation des différents outils de la commande publique est une perspective intéressante qui devrait permettre d'orienter l'attention vers les offres européennes.

La séance est levée à 12 heures 15.



Membres présents ou excusés

Mission d'information sur le thème « Bâtir et promouvoir une souveraineté numérique nationale et européenne »

Réunion du jeudi 28 janvier 2021 à 11 heures

Présents. - MM. Philippe Latombe, Jean-Luc Warsmann

Excusé. - M. Philippe Gosselin