



YVON GOUTAL, avocat au sein du cabinet Goutal, Alibert et associés, et professeur associé en droit public (université de Reims)



THÉO SIMON, consultant au sein du cabinet Goutal, Alibert et associés

Rigueur

L'enthousiasme en faveur de l'intelligence artificielle (IA) ne dispense pas du respect du droit de la commande publique, y compris pour des achats modestes.

Agilité

La notion d'innovation n'est pas seulement abordée par des procédures dédiées ; plusieurs leviers permettent de l'encourager dans les procédures « classiques ».

Tenir la ligne

La commande publique offre de nombreux outils afin d'acquérir intelligemment de l'IA ; encore convient-il de ne pas s'en remettre au seul discours commercial de certains fournisseurs.

IA, innovation, commande publique : distinguer le vrai du faux

01 Ne pas oublier les fondamentaux

Face à l'offre foisonnante et à l'envie – parfois – irrésistible de s'équiper, la tentation est grande de considérer que quasiment tout achat d'IA serait, par nature, innovant et justifierait le recours aux procédures dérogatoires les plus souples prévues par le code de la commande publique (CCP). Ce serait une grave erreur : l'enthousiasme ne dispense pas du respect du droit de la commande publique, qui s'appliquera dès le premier euro dépensé.

Ce rappel ne signifie pas que la rigidité est de mise : que ce soit en adaptant les procédures aux besoins (sourcing, critères, variantes, etc.) ou en recourant aux procédures dérogatoires dédiées à l'achat de solutions innovantes, la commande publique offre de nombreux outils permettant d'acquérir intelligemment de l'IA. Encore convient-il de justifier du caractère innovant des produits ou services achetés, sans s'en remettre au seul discours commercial de certains fournisseurs et en adoptant une rédaction adaptée : l'innovation ne concerne pas seulement la passation et appelle une

expertise, trop souvent négligée, des clauses adaptées (propriété intellectuelle, procédés, confidentialité, responsabilité...).

02 Caractériser et documenter l'innovation

L'innovation n'est pas un terme « naturellement » juridique. Son appropriation par le CCP prend la forme d'une définition (1) très englobante, qui tente de reproduire la diversité des acceptions techniques et économiques. Sont ainsi considérés comme innovants, non seulement les travaux, fournitures ou services qui sont « nouveaux » ou « sensiblement améliorés », mais aussi ceux qui mettent en œuvre de nouveaux procédés de production, de commercialisation ou d'organisation.

Voilà qui peut donner aux acheteurs un certain vertige de liberté ; la définition est si large qu'elle paraît tout autoriser. En réalité, son caractère extensif est une invitation à

qualifier, à oser et à mobiliser les procédures dédiées, dans le cadre réglementaire.

La nouveauté devra s'apprécier in concreto, au regard de l'état de l'offre disponible et de l'usage projeté en recourant à la méthode du faisceau d'indices. Le guide de l'OCEP (2) en propose plusieurs. Appliqués à l'IA, ils pourront prendre la forme suivante, sans que la liste ne soit limitative : transparence de la chaîne de données d'entraînement, originalité de l'architecture technique, capacité d'explicabilité, intégration native des exigences de conformité, usage de service public peu ou mal couvert, approche frugale...

La grille d'analyse conduit à un premier constat. En tant que telles, les grandes intelligences artificielles génératives (IAG) et leurs déclinaisons commerciales les plus connues ne relèvent déjà plus, en mai 2026, de l'achat innovant.

La question appellera une réponse davantage nuancée s'agissant de l'usage « nouveau » d'un grand modèle déjà très répandu. Si les « briques » logicielles ajoutées caractérisent une innovation d'organisation en refondant un processus métier, l'innovation peut être défendue. La nouveauté n'est donc pas toujours dans l'objet, mais peut résider dans une combinaison originale entre l'objet, le besoin et l'usage.

On observera toutefois qu'à l'échelle internationale, et même nationale, bon nombre de logiciels métiers intégrant quelques éléments d'IA n'ont plus rien d'innovant (à supposer qu'ils l'aient été au début, au-delà du discours commercial).

On soumettra donc à une comparaison critique l'argumentaire « innovation » de certains opérateurs, conscients de l'intérêt commercial d'un marché attribué sans mise en concurrence.

Une recherche rapide – avec un bon vieux navigateur internet... – permet parfois de se rendre compte que la perle n'est pas aussi rare que promis.

03 « Sourcer » pour mieux décider Avant d'invoquer l'innovation, encore faut-il avoir « sourcé ». En réalité, l'étape est aussi indispensable que facile :



On soumettra à une comparaison critique l'argumentaire « innovation » de certains opérateurs, conscients de l'intérêt commercial d'un marché attribué sans mise en concurrence.

recherches internet, demandes d'informations, rencontre fournisseurs et autres démonstrations permettent de déterminer objectivement ce qui existe sur le marché, de mesurer les écarts entre les offres et d'identifier les prestataires qui maîtrisent leurs obligations réglementaires (CRPA, RGPD, RIA...) (3). Le sourcing est malheureusement trop souvent perçu comme une simple exploration ouverte du marché, un dialogue informel avec les fournisseurs. Ce serait se méprendre: la démarche doit être encadrée, et surtout, fidèlement documentée. À ce prix, seulement, elle permettra de justifier la procédure retenue, y compris devant le juge.

En conséquence, deux précautions s'imposent. D'abord, assurer la traçabilité des échanges. Il est exclu de faire confiance à sa mémoire, le temps judiciaire étant beaucoup trop long pour que l'on puisse se fier à ses souvenirs. À l'inverse, il n'est pas besoin d'un formalisme excessif. Ce qui compte est de conserver une trace, idéalement avec deux représentants côté acheteur public, ce qui permet, le jour venu, de militer en faveur de l'honnêteté de la démarche.

Veiller, ensuite, à ne pas créer d'avantage concurrentiel indu au profit des opérateurs consultés. Les informations recueillies doivent être partagées équitablement dans le dossier de consultation et le cahier des charges ne peut pas reprendre, sans risque judiciaire, les éléments propriétaires d'un fournisseur. Il serait fâcheux que la démarche de sourcing, dévoyée, aboutisse à une irrégularité.

04 Mobiliser les marchés publics dédiés à l'innovation

Trois outils méconnus permettent spécifiquement d'encourager l'innovation en s'affranchissant, en tout ou partie, du cadre traditionnel.

Le «partenariat d'innovation» est l'outil le plus complet. Il combine successivement la phase de recherche et développement (R&D) et celle d'acquisition du produit, sans remise en concurrence intermédiaire. La condition d'accès tient en une phrase: la solution ne doit pas exister sur le marché, condition exigeante qui suppose une étude approfondie et précise.

Deuxième voie, étroite et peu utile aux collectivités locales, celle du «marché de

R&D». L'acheteur ne finance pas intégralement la prestation ou n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats. Ces deux spécificités limitent fortement son utilité pour l'achat d'IA. À cela s'ajoute que, pour acquérir la solution résultant de la phase de R&D, l'acheteur devra remettre en concurrence l'opérateur avec lequel il a développé la solution; ce qui pose de nombreuses difficultés en termes d'égalité de traitement.

Pour finir, le «marché public innovant» est la voie la plus accessible, sous réserve de porter sur un montant relativement faible. Pérennisé en 2021, il autorise le gré à gré pour tout achat innovant sous le seuil de 100 000 euros HT, qui pourrait évoluer à la hausse prochainement. S'il n'est pas toujours suffisant pour adopter une solution, ce marché peut être l'outil de l'étude de faisabilité, du pilote et de l'expérimentation à échelle réduite. Il permet d'éprouver une solution avant d'envisager, le cas échéant, son acquisition par une procédure plus classique.

05 Innover dans les marchés publics «classiques»

Réduire la prise en compte de l'innovation à ces trois procédures serait une erreur. Même si l'achat ne justifie pas le recours à ces dispositifs, plusieurs leviers permettent d'encourager l'innovation dans les marchés «classiques».

Les procédures intégrant la négociation et le dialogue compétitif, dérogatoires, sont ouvertes, notamment, lorsque le besoin «consiste en une solution innovante» ou lorsqu'il ne peut être satisfait sans «adapter les solutions immédiatement disponibles». Leur utilité, en matière d'IA, se passe d'explication. Encore faut-il les mobiliser à bon escient.

La procédure négociée permet de discuter de l'ensemble des conditions du marché, mais pas du besoin lui-même. Il en va de même en dialogue compétitif, qui laisse cependant plus de latitude dans la discussion puisque la première phase consiste à identifier, avec les candidats, les solutions susceptibles de répondre à son besoin. Cet outil, pertinent quand les moyens techniques pour satisfaire un besoin identifié ne sont pas connus de l'acheteur, ne peut avoir pour objet de dissimuler une définition insuffisante du besoin.

D'autres procédés permettent, en outre, d'encourager l'innovation, à commencer par l'insertion d'un critère valorisant le caractère innovant de la solution proposée. Celui-ci devra néanmoins rester lié à l'objet ou aux conditions d'exécution du marché et ne devra pas conférer une liberté de choix illimitée à l'acheteur. Second frein, la mise en œuvre d'un tel critère suppose – ce qui n'est pas irréaliste – une méthode de notation objectivable. Peu utilisé, souvent par crainte d'une subjectivité dans l'évaluation, il permet pourtant de valoriser la capacité du soumissionnaire à proposer des solutions plus explicables ou plus frugales que l'offre standard.

Le code permet également à l'acheteur de faire place à des variantes. Plutôt que de figer, dans le cahier des clauses techniques particulières (CCTP), une architecture technique, l'acheteur peut définir des exigences minimales, mais laisser les soumissionnaires proposer des solutions. Dans les deux cas, le contenu devra être cadré. La rédaction des exigences minimales devient la clé: trop lâches, elles privent l'acheteur de garanties; trop détaillées, elles referment le champ concurrentiel.

06 Passer le marché, c'est bien, l'exécuter, c'est mieux

On ne le répétera jamais assez: la procédure de passation n'est qu'une partie de l'œuvre contractuelle. Choisir la bonne procédure ne sert à rien si le contrat qui en résulte est mal rédigé ou mal exécuté. Fort heureusement, les outils d'IA – s'ils sont convenablement achetés et mobilisés – peuvent fournir une aide précieuse dans le suivi et le pilotage des contrats. ●

(1) Code de la commande publique, art. L.2172-3.

(2) «Guide pratique - Achat public innovant» de l'Observatoire économique de la commande publique (OECPP).

(3) Code des relations entre le public et l'administration (CRPA); règlement général sur la protection des données (RGPD); règlement européen sur l'intelligence artificielle (RIA).



la Gazette.fr

Retrouvez nos fiches juridiques

www.lagazette.fr/rubriques/fiches-de-droit-pratique