



IVADO

Inventaire des questions juridiques liées à l'intelligence artificielle dans les marchés publics

Août 2026



CANADA
FIRST
RESEARCH
EXCELLENCE
FUND

APOGÉE
CANADA
FONDS
D'EXCELLENCE
EN RECHERCHE

Québec



Inventaire des questions juridiques liées à l'intelligence artificielle dans les marchés publics

Août 2026

Rédaction

Pierre Larouche

Professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Montréal

Emma Lunardi

Doctorante, Option innovation, science, technologie et droit, Faculté de droit, Université de Montréal

Le professeur Derek McKee (Faculté de droit, Université de Montréal) ainsi que deux assistants de recherche, Marylene Lirette et Chrystophe Simard, ont contribué à une première version de ce document.

Table des matières

À propos de ce document	4
Méthode de travail.....	4
Structure générale de l'inventaire	5
Définitions courantes en matière d'IA.....	6
L'IA dans son contexte socio-économique, au sein du cadre juridique existant et à venir.....	9
Cadres juridiques existants et comparés applicables à l'IA dans les marchés publics	10
Tableau comparatif des ancrages normatifs les plus utiles	11
L'IA dans le processus des marchés publics.....	14
Usage de l'IA par les soumissionnaires et intégrité du contenu des offres	14
Usage de l'IA dans l'évaluation des soumissions	15
Création de barrières à l'entrée, concurrence et collusion	17
Le marché portant sur un système d'IA : spécifications, intégration, gouvernance et suivi contractuel.....	18
Justification, alternatives et stratégie d'acquisition.....	19
Intégration, sécurité, dépendance envers le fournisseur, surveillance et entretien	21
Données (collecte/licéité), biais, robustesse.....	22
Accents sur les données, propriété intellectuelle et « unicité » du produit.....	23
L'IA comme objet incident du marché public	24
Questions institutionnelles.....	26
Bibliographie	27
Table de la législation.....	27
Jurisprudence.....	28
Documents gouvernementaux	28
Doctrine	30

À propos de ce document

L'intégration de l'intelligence artificielle dans les processus d'approvisionnement public soulève des questions juridiques complexes et encore peu documentées, particulièrement en contexte québécois et canadien. C'est dans ce constat qu'IVADO, en collaboration avec le Secrétariat général du Conseil du Trésor du Québec (SCT) a entrepris une feuille de route de recherche et de mobilisation des connaissances visant à outiller les organismes publics face à ces enjeux.

Ce document constitue la première réalisation de cette démarche. Il propose une cartographie des principales questions juridiques que soulève l'IA dans les marchés publics, en s'appuyant sur une analyse comparative des cadres normatifs du Québec, du Canada fédéral, de l'Union européenne, des États-Unis et du Royaume-Uni. Si vous vous interrogez sur les implications juridiques de l'IA dans les processus d'approvisionnement public et ne savez pas par où commencer, ce document offre l'une des premières vues d'ensemble du genre en contexte québécois et canadien.

Il s'adresse aux décideurs et professionnels de l'approvisionnement au sein des organismes publics, aux juristes et conseillers en politiques publiques, ainsi qu'à toute personne cherchant à comprendre l'étendue et la nature des enjeux en jeu. Il ne prétend pas trancher les questions soulevées, mais les délimiter rigoureusement pour en permettre un traitement éclairé.

Un second livrable, à caractère opérationnel, est en préparation. À partir des questions cartographiées ici, il approfondira un ensemble de questions jugées prioritaires par la DPEE, dont les indices permettant de détecter des formes de collusion algorithmique dans les processus d'appels d'offres et les obligations de divulgation relative à l'utilisation de l'IA par les soumissionnaires. Ce second document formulera des recommandations pratiques à l'intention des acheteurs publics québécois.

Méthode de travail

Les auteurs ont fait appel à des assistants de recherche pour monter une bibliographie aussi complète que possible des documents officiels et de la littérature existante relativement à l'IA et aux marchés publics. Ces efforts de recherche s'étendaient au Canada, aux États-Unis, à l'Union européenne, au Royaume-Uni ainsi qu'à l'OCDE.

Il ressort de l'examen de ces sources, ainsi que des connaissances générales sur l'IA, ses implications et sa gouvernance, que l'IA soulève une quantité considérable de

questions. Toutefois, compte tenu de notre mandat, nous nous sommes concentrés sur les questions juridiques, laissant de côté de vastes questions qui dépassent notre mandat, par exemple les arbitrages nécessaires entre la promotion de l'IA en tant que technologie innovante portée par l'industrie québécoise et les rôles des pouvoirs publics en matière d'emploi.

De plus, nous avons tenté de nous limiter aux questions qui touchent spécifiquement l'IA ou auxquelles l'usage de l'IA donne une dimension nouvelle. Nous avons ainsi laissé de côté des questions, telles que la responsabilité pour les produits et services fournis dans le cadre de marchés publics, qui sont importantes, mais où l'IA ne change peut-être pas la donne de manière fondamentale, à première vue.

Par ailleurs, nous avons également tenté de nous placer du point de vue du donneur d'ouvrage pour notre analyse, afin de sélectionner les questions juridiques qui intéressent celui-ci, par opposition à d'autres acteurs publics, tels que les conseils de recherche.

Structure générale de l'inventaire

Nous avons structuré l'inventaire comme suit. Il débute par une brève introduction aux définitions courantes en matière d'IA, puis par une mise en contexte socio-économique et juridique de l'IA dans les marchés publics.

Par la suite, une distinction est faite entre deux cas de figure, soit le cas, plus général, où l'IA est utilisée, d'une manière ou d'une autre, dans le cadre d'un processus de marché public, et le cas, plus limité, où l'objet même du marché public porte sur l'IA. Cette distinction nous semble nécessaire dans la mesure où, dans le premier cas, l'usage de l'IA n'est pas nécessairement prévu par le donneur d'ouvrage et a des implications sur la procédure elle-même, alors que, dans le second cas, l'IA est sciemment placée au cœur du marché public dès le départ et les enjeux se situent autant au niveau de la qualité du résultat que de celle de la procédure elle-même. Il est à noter que le second cas inclut une variante, celle de « l'IA incidente », selon laquelle le marché public ne porte pas explicitement sur l'IA, mais où l'IA se retrouve néanmoins à faire partie du produit ou du service acheté.

Suite aux remarques du SCT, nous nous sommes concentrés sur le premier cas de figure (usage de l'IA dans le cadre des procédures de marchés publics) et sur le troisième (IA incidente). Dans la mesure où, comme nous l'expliquerons, le traitement de l'IA incidente soulève des questions fondamentales qui dépendent du traitement de l'IA

comme objet déclaré du contrat (deuxième cas de figure), nous avons aussi traité de ce dernier.

Dans chacun de ces cas, l'inventaire est ordonné selon le cycle de vie d'un marché public : préparation de l'appel d'offres, préparation et réception des soumissions, évaluation des soumissions, adjudication, gestion de la relation contractuelle découlant du marché public.

La méthode combine des sources juridiques primaires (lois, règlements, textes officiels), de la littérature académique accessible via les universités ou les dépôts scientifiques, ainsi que des outils institutionnels (guides et cadres de gestion des risques) lorsque ces outils structurent effectivement la conduite des organismes publics, par exemple, l'évaluation de l'impact algorithmique ou les évaluations des facteurs liés à la vie privée.

Définitions courantes en matière d'IA

Au préalable, il convient de donner un aperçu des définitions les plus courantes en matière d'IA.

Tout d'abord, on peut observer que la plupart des cadres de gouvernance de l'IA mis en place ces dernières années utilisent une définition large et fonctionnelle de ce qu'il est convenu d'appeler un « système d'IA », qui résulte de discussions au sein de l'OCDE :¹

Système d'intelligence artificielle : Un système automatisé qui, dans le but de réaliser des objectifs spécifiques ou implicites, détermine comment produire des résultats en sortie, tels que des prévisions, du contenu, des recommandations ou des décisions, qui peuvent influencer des environnements réels ou virtuels. Différents systèmes d'IA présentent des degrés variables d'autonomie et d'adaptabilité après déploiement.

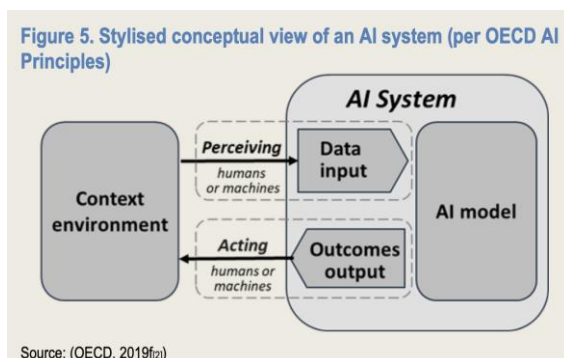
Cette définition se retrouve en termes quasi identiques au *Règlement IA*,² entre autres. C'est une définition formulée en termes généraux, qui est générale et fonctionnelle, qui se veut évolutive, en conformité avec le principe de neutralité technologique.³

¹ Voir la Recommandation révisée du Conseil de l'OCDE sur l'intelligence artificielle C/MIN(2014)16 (3 mai 2024).

² Règlement 2024/1689 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (*Règlement IA*), <http://data.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>, art. 3(1).

³ Par contre, le défunt projet de loi C-27 contenait une définition plus liée à des techniques spécifiques et donc plus vulnérable à l'obsolescence.

Le « système d'IA » est donc un système complet, qui interagit avec son environnement, du fait des entrées qu'il reçoit et les résultats qu'il génère. Il peut donc remplir certaines fonctions déterminées dans cet environnement. Cette définition correspond à ce que la plupart des non-spécialistes entendent par IA.



Un système d'IA regroupe plusieurs composantes, dont la principale est un modèle d'IA (ou une combinaison de modèles), qui est utilisé pour faire les déductions (*inferences*) menant des entrées aux résultats. Il y a quelques années, lorsqu'on a débuté les discussions sur les cadres législatifs en Europe et ailleurs, on présumait que l'unité de réglementation serait le système d'IA, c'est-à-dire que des entreprises développeraient des systèmes d'IA entiers et les mettraient en marché, et qu'ainsi la réglementation pourrait se rattacher à ces systèmes.

Toutefois, fin 2022, l'émergence de modèles d'IA généralistes,⁴ tels que GPT-3.5 (au cœur de ChatGPT à l'époque), a brouillé les cartes en laissant entrevoir la perspective d'une chaîne de valeur plus complexe, où des producteurs de modèles généralistes, comme OpenAI (GPT), Google (Gemini), Meta (LLaMA) ou Anthropic (Claude), pour ne nommer que les plus connus⁵, fournissent ces modèles à des producteurs de systèmes d'IA, lesquels les intègrent dans des systèmes d'IA ayant une fonctionnalité précise. Par exemple, le modèle GPT est intégré dans le système ChatGPT, pour offrir une fonctionnalité de fenêtre de dialogue. Cette perspective d'une différenciation entre modèles et systèmes d'IA s'est traduite par l'introduction d'un concept de « modèle

⁴ Les termes « IA générative » ou « modèle d'IA de pointe » (*frontier AI*) sont souvent utilisés pour renvoyer à ces grands modèles généralistes, quoique ce ne soient pas des synonymes exacts.

⁵ Il y a une vingtaine de modèles sur le marché à l'heure actuelle, certains n'occupant qu'une petite niche (aux termes d'une recherche faite par GPT-o3).

d'IA à usage général » au Règlement IA de l'Union européenne, avec un régime réglementaire propre, distinct de celui des « systèmes d'IA ».⁶

Qui plus est, l'architecture du cadre réglementaire européen fait aussi une place à une catégorie de « fournisseurs d'un produit contenant un ou plusieurs systèmes d'IA », soit des entreprises actives en aval des producteurs de systèmes d'IA, et qui utiliseraient ces systèmes comme composantes d'un produit plus vaste.

En résumé, pour illustrer la chaîne de valeur telle que conçue dans les cadres réglementaires, dans un contexte de marchés publics, on pourrait penser à l'achat d'un robot de surveillance de l'espace public, tel qu'on en retrouve à Singapour ou ailleurs, qui utiliserait un modèle d'IA pour traiter les signaux perçus par ses caméras et senseurs, en liaison avec une station de contrôle à distance dans un poste de police. Il y aurait donc un « modèle d'IA généraliste » (probablement) au cœur du robot, le robot lui-même serait un « système d'IA » et la totalité de l'installation (robot et poste de contrôle à distance) constituerait un « produit contenant un système d'IA », ce qui pourrait impliquer trois fournisseurs.

Mentionnons enfin que le développement rapide de l'industrie rend vulnérable toute définition législative ou réglementaire, même si celle-ci est formulée de la manière la plus fonctionnelle et technologiquement neutre qui soit. C'est ainsi que, depuis 2025, l'industrie met l'accent sur le développement d'agents IA (la soi-disant « IA agentique »), soit des systèmes d'IA qui peuvent accomplir des tâches de manière relativement autonome afin de remplir le mandat qui leur a été confié par leur mandataire (une personne physique ou morale). On pense, par exemple, à un agent IA qui pourrait se charger d'organiser un voyage pour une personne, à partir de quelques données (dates, destinations, budget, etc.). Les agents IA ne cadrent pas parfaitement dans le jeu de définitions ci-haut, car ils auront vraisemblablement une portée généraliste (les mandataires ne voudront vraisemblablement pas utiliser des dizaines d'agents à la fois) tout en n'étant pas de purs modèles d'IA (les agents IA auront la capacité d'interagir avec leur environnement).

⁶ Des notions similaires ont été développées aux États-Unis et au Canada, mais les instruments où elles se retrouvaient ne sont pas plus en vigueur.

L'IA dans son contexte socio-économique, au sein du cadre juridique existant et à venir

Il est important que l'IA, y compris celle utilisée par les organismes publics, soit soumise à une réglementation et à une surveillance afin de réduire les risques et les préjudices potentiels qui y sont associés. Cependant, contrairement à ce qu'on peut lire parfois dans les médias ou chez certains commentateurs, l'IA ne constitue pas un phénomène sans précédent qui apparaît dans un vide juridique total. Au contraire, c'est un produit qui s'inscrit dans son contexte socio-économique (fournisseurs, clients, utilisateurs) et dans un cadre juridique préexistant, quoique pas nécessairement adapté à l'IA. Comme le Conseil de l'Innovation du Québec l'a recommandé dans son rapport *Prêt pour l'IA*, il devrait y avoir une loi-cadre dédiée à l'IA pour bien ancrer celle-ci dans le droit existant, ainsi qu'une autorité indépendante responsable d'assurer l'application de cette loi-cadre. Le projet de loi C-27 comportait une ébauche d'encadrement de l'IA, mais il est mort au feuillet en janvier 2025.

Bon nombre des enjeux que ce cadre réglementaire devrait aborder sont les mêmes que ceux que pose toute autre technologie de l'information. Ces enjeux sont donc déjà couverts, et il s'agit alors de s'assurer que le droit existant est adapté, notamment en ce qui concerne :

- la vie privée, la protection des données et la cybersécurité;
- le pouvoir de marché et la concentration sectorielle des grands fournisseurs de technologies;
- la propriété intellectuelle.

Le droit existant doit aussi être lu à la lumière du cadre international applicable, dont les accords OMC, ACEUM et CETA, car plusieurs fournisseurs d'IA viendront de l'extérieur du Canada.

D'autres enjeux sont plus spécifiques à l'IA, mais importants, quel que soit leur utilisateur :

- le manque de fiabilité et la génération d'erreurs (« hallucinations »);
- la déqualification de la main-d'œuvre.

Enfin, certains aspects sont plus spécifiques au secteur public :

- l'accessibilité des services gouvernementaux;
- la transparence et l'explicabilité des décisions.

La réflexion quant à l'utilisation de l'IA par les organismes publics, y compris dans le cadre des appels d'offres, devrait donc être menée dans une perspective qui situe l'IA dans son contexte socio-économique et dans le cadre juridique, tel qu'il existe maintenant et qu'il pourrait évoluer si une loi-cadre sur l'IA est adoptée au niveau fédéral ou québécois.

Certes, les marchés publics (et les contrats qui en découlent) pourraient théoriquement offrir une occasion pour les organismes publics de mettre en œuvre certaines normes allant au-delà des exigences d'un cadre réglementaire d'application générale. Cependant, comme nous y reviendrons en fin de document, les marchés publics sont généralement inadaptés comme mécanisme de réglementation de l'IA. En effet, les fournisseurs privés d'IA sont susceptibles de disposer de connaissances techniques et d'un pouvoir de marché plus importants que les organismes publics. Ces derniers, en tant qu'acheteurs, n'ont typiquement ni les connaissances techniques, ni le pouvoir de marché, ni les incitatifs nécessaires pour influencer l'utilisation de l'IA dans le secteur privé, au-delà d'un cadre réglementaire d'application générale.

Cadres juridiques existants et comparés applicables à l'IA dans les marchés publics

Le droit pertinent n'est pas « une loi IA unique » (sauf partiellement dans l'Union européenne). Il s'agit d'un empilement : droit des marchés publics (égalité, transparence, spécifications, critères), protection des renseignements personnels et de la confidentialité, droit de la concurrence (collusion), propriété intellectuelle (PI) et gouvernance contractuelle (droits sur les données, audit, responsabilité). Le tableau des pages suivantes offre un aperçu des principales sources juridiques étudiées, par juridiction et par thème.

Tableau comparatif des ancrages normatifs les plus utiles

Thème	Québec	Canada (fédéral)	Union européenne	États-Unis (fédéral)
Principes structurants des marchés publics	LCOP : fixe le champ et l'objet des conditions applicables aux contrats publics avec des contractants privés. ⁷	Pas de loi-cadre : règlements et politiques du Conseil du Trésor. ⁸ Principes dégagés par la Cour suprême (intégrité du processus, équité implicite envers les soumissionnaires). ⁹	Directive 2014/24 : ¹⁰ Fixe des principes généraux (art. 18 et s.), des procédures types (art. 25 et s.) et des règles de procédure (art. 40 et s.).	FAR : ¹¹ gouverne les entités du gouvernement fédéral lorsqu'elles font des marchés publics, et prescrit des clauses qui doivent être incorporées dans les contrats publics.
Confidentialité en procédure et secrets d'affaires	LCOP et Loi sur l'accès : ¹² interdisent la communication de renseignements confidentiels (art. 27.10.2 LCOP, art. 23 Loi sur l'accès).	LAI interdit la communication de renseignements confidentiels (art. 20). ¹³	Obligation de confidentialité (art. 21) et articulation avec PI; la confidentialité peut justifier des mesures d'accès restreint aux documents.	Procurement Integrity Act : ¹⁴ interdictions d'obtenir/divulguer des «bid or proposal information» et «source selection information» avant l'adjudication.

⁷ Loi sur les contrats des organismes publics, RLRQ c C-65.1, en ligne : <<https://www.legisquebec.gouv.qc.ca/fr/document/lc/c-65.1>>.

⁸ Règlement sur les marchés de l'État, DORS/87-402 et Directive sur la gestion de l'approvisionnement.

⁹ The Queen (Ont.) v Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd, [1981] 1 RCS 111, en ligne : <<https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/2504/index.do>>.

¹⁰ Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics [2014] JOUE L 94/65.

¹¹ Federal Acquisition Regulation, 48 CFR, en ligne : <<https://www.acquisition.gov/far/>>.

¹² Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, RLRQ c A-2.1 [Loi sur l'accès].

¹³ Loi sur l'accès à l'information, LRC 1985, c A-1 [LAI].

¹⁴ Procurement Integrity Act, 41 USC § 2101 et s; voir aussi FAR, 48 CFR § 3.104-2.

Thème	Québec	Canada (fédéral)	Union européenne	États-Unis (fédéral)
IA : exigences générales et application aux marchés publics	Pas de loi-cadre sur l'IA, mais <i>Énoncé de principes</i> du MCN. ¹⁵ Aucun texte spécifique aux marchés publics.	<i>Directive sur prise de décision automatisée</i> ¹⁶ et <i>Guide sur l'utilisation de l'IA générative</i> . ¹⁷ Aucun texte spécifique aux marchés publics.	<i>Règlement IA</i> : ¹⁸ architecture basée sur le risque, avec régime concernant les systèmes d'IA à haut risque (Chapitre III), qui comprennent plusieurs cas d'usage par l'autorité publique (Annexe III). Transposition aux marchés publics à travers des <i>Clauses contractuelles types</i> (CCT-IA). ¹⁹	Mémos OMB concernant spécifiquement l'usage et l'acquisition d'IA par les autorités fédérales (M-25-22, M-25-21) : promotion de l'innovation et gestion des risques. ²⁰
Collusion / concurrence en marchés publics	<i>Loi sur la concurrence</i> ²¹ fédérale et mécanismes provinciaux d'intégrité et d'examen/plaintes.	<i>Loi sur la concurrence</i> ²² interdit le truquage des appels d'offres	Art. 101 <i>TFUE</i> interdit les pratiques anticoncurrentielles, dont le truquage des appels d'offres ²³	<i>Sherman Act</i> (15 U.S.C. §1) interdit la collusion dans les appels d'offres.

¹⁵ Ministère de la Cybersécurité et du Numérique, *Énoncé de principes pour une utilisation responsable de l'IA par les organismes publics* (décembre 2025), constituant l'Annexe de l'Arrêté 2025-02, Gazette officielle 2025, 7088.

¹⁶ Conseil du Trésor du Canada, *Directive sur la prise de décision automatisée*, en ligne : <<https://www.tbs-sct.canada.ca/pol/doc-fra.aspx?id=32592§ion=html>>. Cette décision s'accompagne d'un *Outil d'évaluation de l'incidence algorithmique* [Outil EIA].

¹⁷ Conseil du Trésor du Canada, *Guide sur l'utilisation de l'IA générative*, en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/gouvernement/systeme/gouvernement-numerique/innovations-gouvernementales-numeriques/utilisation-responsable-ai/guide-utilisation-intelligence-artificielle-generative.html>>.

¹⁸ *Règlement IA*, *supra* note 2, art 9, 10, 26, 27, 49.

¹⁹ Commission européenne, Public Buyers Community, *Clauses contractuelles types pour la passation de marchés publics relatifs aux systèmes d'IA à haut risque (CCT-IA-haut risque)* et *Clauses contractuelles types pour la passation de marchés publics relatifs aux systèmes d'intelligence artificielle qui ne sont pas à haut risque (CTT-IA-risque faible)* [collectivement CCT-IA], < <https://public-buyers-community.ec.europa.eu/communities/procurement-ai/resources/updated-eu-ai-model-contractual-clauses>>.

²⁰ Office of Management and Budget, *Driving Efficient Acquisition of AI in Government*, OMB Memorandum M-25-22 (Washington, 2025), < <https://digitalgovernmenthub.org/examples/omb-m-25-22-driving-efficient-acquisition-of-artificial-intelligence-in-government/> >.

²¹ *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c C-34.

²² *Ibid*, art.47.

²³ Voir *supra* note 2.

Thème	Québec	Canada (fédéral)	Union européenne	États-Unis (fédéral)
Données / Propriété intellectuelle dans le contrat	Règles générales de propriété intellectuelle, y compris l'art. 12 de la <i>Loi sur le droit d'auteur</i> : la Couronne détient le droit d'auteur sur certaines œuvres préparées/publiées sous-direction/contrôle, sous réserve d'accord. ²⁴	Règles générales de propriété intellectuelle, ainsi que <i>Règlement sur la gouvernance des données</i> pour les données détenues par un organisme public. ²⁵	Règles générales de propriété intellectuelle, ainsi que <i>Règlement sur la gouvernance des données</i> pour les données détenues par un organisme public. ²⁵	Règles spécifiques aux marchés publics aux FAR 52.227-14 : allocation des « rights in data » (droits illimités, droits restreints, etc.) et articulation du droit d'auteur. ²⁶

²⁴ *Loi sur le droit d'auteur*, LRC 1985, c C-42, art 12.

²⁵ *Règlement 2022/868 portant sur la gouvernance européenne des données (Data Governance Act)* [2022] JOUE L 152/1.

²⁶ FAR, 48 CFR § 52.227-14, Rights in Data General, en ligne: <https://www.acquisition.gov/far/52.227-14>.

L'IA dans le processus des marchés publics

L'utilisation de l'IA peut rendre le processus des marchés publics plus efficace, mais elle apporte également des risques. Parmi les bénéfices attendus, on peut mentionner : la qualité des documents, des analyses et des résultats ; l'efficacité et l'efficacité des processus tant pour les organismes publics que pour les soumissionnaires (y compris la réduction des barrières à la participation pour certains soumissionnaires plus petits ou moins expérimentés) ; la transparence et le fonctionnement des marchés publics ; ainsi que l'amélioration de l'expérience citoyenne.

Certains risques liés à l'utilisation de l'IA sont essentiellement les mêmes que pour tout autre outil technologique (par exemple, en matière de protection des données). Par rapport à ces risques, des normes spécifiques à l'IA ne sont ni nécessaires ni souhaitables ; c'est plutôt une question d'assurer l'adéquation des règles existantes entourant l'utilisation du numérique.

Usage de l'IA par les soumissionnaires et intégrité du contenu des offres

Les soumissionnaires devraient-ils déclarer l'usage d'IA?

La question se ramène au besoin de vérifiabilité et d'équité : si l'IA peut produire des affirmations non sourc es, l'organisme doit définir (dans les documents d'appel d'offres) des exigences de traçabilité (sources, pièces justificatives), que le soumissionnaire doit respecter. Aux  tats-Unis, OMB M-25-22 recommande explicitement d'établir des divulgations nécessaires lorsque des fournisseurs utilisent de l'IA durant l'exécution; cette logique nous semble transposable à la soumission.²⁷

Comment traiter une offre qui peut avoir été rédigée par l'IA?

L'enjeu juridique est l'  galit  des armes  entre soumissionnaires, soit s'assurer que l'appel d'offres ne pénalise pas arbitrairement un mode de rédaction, mais exige que les engagements soient vérifiables et opposables. En droit canadien, la Cour suprême rappelle que l'intégrité du processus dépend des règles du « *tender package* » et de leur application équitable; il faut donc expliciter les exigences (p. ex., interdiction de fausses références, obligation de preuves).²⁸

Vérification des informations et des sources

²⁷ OMB M-25-22, *supra* note 18.

²⁸ *Ron Engineering*, *supra* note 10.

Dans l'UE, le *Règlement IA*, via la documentation et l'obligation de gouvernance des données, offre un modèle pour exiger les preuves et le « *paper trail* » (logs, méthodes); toutefois ces obligations ne s'appliquent qu'aux systèmes d'IA à haut risque, et, en principe, la préparation d'une soumission ne constitue pas en soi un cas d'usage faisant partie de la catégorie « haut risque ». Au Canada fédéral, l'Outil EIA offre un modèle de questionnaire de risques et de mitigations utile pour structurer les preuves requises.

Vérifications humaines pour éviter les informations fausses/trompeuses

La gouvernance « humaine » doit être définie : qui vérifie quoi, selon quel protocole, et avec quel droit de demander clarification/rejet. La jurisprudence émergente en matière de procédure civile ou pénale, par exemple, de même que le droit disciplinaire, impose aux professionnels du droit de vérifier les informations fournies par des systèmes d'IA et les rend responsables des conséquences d'« hallucinations » de ces systèmes.

Les documents confidentiels de l'appel d'offres peuvent-ils être utilisés comme données d'entraînement?

Il n'y a pas encore de jurisprudence établie dans les juridictions sous étude à ce sujet, mais de nombreuses voix croient que, de manière générale, l'usage non autorisé de documents protégés par le droit d'auteur pour entraîner des systèmes d'IA constitue une violation du droit d'auteur. En tout état de cause, une telle pratique est difficilement compatible avec la confidentialité ou la nature personnelle de certaines informations qui pourraient être contenues dans de tels documents. Ce raisonnement n'a pas encore été repris ou étendu dans le cas spécifique des documents d'appel d'offres en matière de marchés publics.

Usage de l'IA dans l'évaluation des soumissions

L'IA peut-elle être utilisée pour évaluer les soumissions?

Dans un premier temps, il semble préférable que l'organisme public déclare au préalable s'il compte utiliser un système d'IA pour évaluer les soumissions, ceci afin d'éviter que cela ne lui soit reproché. En ce sens, l'usage d'un système d'IA pour l'évaluation des soumissions, même si cela peut apparaître comme une décision technique, pourrait être assimilé à un critère substantiel d'évaluation.

De plus, l'organisme devrait pouvoir expliquer et justifier son recours à un système d'IA, et en particulier, il devrait pouvoir démontrer que ce système permet une évaluation

non discriminatoire et vérifiable. Cela découle du cadre général applicable aux marchés publics dans les juridictions étudiées.

Les questions suivantes élaborent certains aspects en plus grand détail.

Révision des critères d'évaluation si les soumissionnaires utilisent l'IA.

En principe, les mêmes critères d'évaluation doivent s'appliquer à toutes les soumissions; des critères qui ne seraient applicables qu'aux soumissions ayant été préparées avec l'aide de l'IA risquent d'être contestés. C'est pourquoi il serait utile de faire évoluer les critères généralement applicables vers des formulations qui couvrent mieux les écueils découlant de l'usage de l'IA par les soumissionnaires, par exemple en évaluant la robustesse, la vérifiabilité et la gouvernance des soumissions, plutôt que leur simple « qualité rédactionnelle ».

Les outils IA utilisés par l'organisme public pour évaluer les soumissions respectent-ils les normes de confidentialité, de protection des données, de cybersécurité, etc.?

Au Québec, l'utilisation d'un outil IA externe doit être compatible avec les obligations de protection des renseignements personnels et de gestion des secrets industriels reçus d'un tiers.²⁹ Des obligations similaires s'appliquent dans les autres juridictions. C'est donc dire que l'organisme public devrait utiliser des systèmes d'IA internes ou des systèmes évoluant en environnement contrôlé, pour se prémunir contre les risques de fuites. Ici, il faut mentionner les risques non négligeables créés par un éventuel usage « non-supervisé » d'un système d'IA par un employé du secteur public à titre personnel (par exemple, son propre compte OpenAI) pour l'« aider » dans ses tâches relativement à l'évaluation de soumissions.

S'assurer que l'IA utilisée pour analyser la conformité/qualité des offres permet une décision objective, transparente et vérifiable.

Ici, les contraintes juridiques proviennent à la fois des cadres juridiques applicables aux marchés publics relativement à l'évaluation des soumissions et l'attribution des contrats, et des principes qui émergent des instruments relatifs à l'automatisation des décisions administratives par l'IA. On peut soulever trois angles : (i) la traçabilité (journaux, justification), (ii) l'explicabilité suffisante pour répondre aux contestations et (iii) la gouvernance des biais et des erreurs. En UE, le GDPR évoque l'obligation de fournir des informations utiles sur la logique des décisions automatisées (lorsque des données personnelles sont en jeu) et le *Règlement IA* structure l'auditabilité (*risk management*, *data governance*, obligations du déployeur) relativement aux systèmes d'IA à haut

²⁹ *Loi sur l'accès*, *supra* note 12, art 23.

risque³⁰. Au Québec, l'article 65.2 de la *LAI* exige lui aussi de fournir (lorsque des données personnelles sont en jeu) les « principaux facteurs et paramètres » et l'opportunité de présenter des observations à un membre du personnel pouvant réviser la décision.³¹ En pratique, l'organisme doit donc se demander : « Notre système d'IA produit-il un dossier de décision défendable devant un mécanisme de plainte/recours? ».

Création de barrières à l'entrée, concurrence et collusion

Barrières à l'entrée

Dans l'Union européenne, l'art. 42 de la *Directive 2014/24* impose que les spécifications techniques offrent un accès égal et ne créent pas d'obstacles injustifiés à l'ouverture à la concurrence; c'est le fondement juridique le plus direct pour questionner si un cahier des charges « IA » exclut inutilement des entrants.

En termes de gouvernance, la passation de marchés publics peut accidentellement accroître la dominance d'une ou plusieurs entreprises, lorsque, en matière d'IA, l'appel d'offres imposerait des exigences qui ne sont remplies que par les entreprises établies (données, capacité de calcul, antécédents). Cette problématique doit donc être reformulée en question concrète : « Est-on en droit d'exiger un niveau de données, d'expérience ou de performance préalable disproportionné ? Existe-t-il des équivalences acceptables ? Peut-on diviser en lots ou accepter des variantes ? »

Ces questions dépassent le cadre juridique pour s'étendre vers la politique industrielle et la bonne gestion de l'État. Il faut toutefois noter qu'en l'état actuel du marché de l'IA, une différence notable de qualité et de performance sépare le cercle restreint des entreprises de pointe du reste des fournisseurs. Même si toutes les entreprises améliorent constamment leurs produits respectifs, cette différence demeure. Si un organisme public décide donc d'abaisser ou de modérer les exigences de qualité relativement à des systèmes d'IA pour étendre le champ des soumissionnaires possibles, il y a lieu de croire que les entreprises de pointe (ou des soumissionnaires se basant sur leurs produits) pourront présenter des soumissions offrant une meilleure qualité de produit pour un coût qui restera concurrentiel. Cela posera un défi juridique relativement à la formulation de l'appel d'offres et des critères d'évaluation et d'attribution du marché.

³⁰ Comme nous l'avons noté pour l'usage par les soumissionnaires, l'usage d'un système d'IA par un organisme public pour évaluer des soumissions n'en fait pas automatiquement un système à haut risque au sens du *Règlement IA*. Toutefois, si l'objet de l'appel d'offres est lié aux cas d'usage à haut risque (Annexe III du *Règlement IA*), il serait prudent d'assimiler l'usage d'IA dans le cadre de la procédure d'évaluation et d'octroi à un cas de système d'IA à haut risque.

³¹ *LAI*, art 65.2.

L'usage d'un même système d'IA par plusieurs soumissionnaires facilite-t-il la collusion?

Au Canada, la définition du « truquage d'offres » (*bid-rigging*) (art. 47 *Loi sur la concurrence*) vise des arrangements aboutissant à des offres concertées ou à des retraits, non divulgués à l'organisme. Le truquage d'offres est criminalisé à la *Loi sur la concurrence*.³² Les autres juridictions considèrent aussi le truquage d'offres comme une des violations les plus graves du droit de la concurrence, avec d'autres formes de collusion sur les prix, les quantités offertes ou les marchés desservis. Les liens entre l'usage de l'IA et la collusion (tant le truquage d'offre que les autres formes de collusion) font l'objet de débats tant dans la jurisprudence que la doctrine (ce qu'on appelle la « collusion algorithmique »). Sur le plan académique, la littérature montre que des algorithmes de recommandation de prix et systèmes d'apprentissage peuvent en arriver à se stabiliser à des niveaux de prix supra-concurrentiels, compliquant la détection et l'attribution. La principale difficulté juridique réside dans la nécessité de prouver un élément quelconque de coordination entre les parties, par exemple, un modèle « hub-and-spoke » où tous s'entendent pour utiliser un même système d'IA, qui aille au-delà de la coordination tacite. Effectivement, la collusion tacite ou facilitée par algorithmes est analysée comme un défi d'attribution et de preuve;³³ dans les marchés publics, cela impose de renforcer les « filtres » (*screens*) et de concevoir des appels d'offres offrant moins d'emprise à la collusion (structure des lots, calendrier, informations publiées).

Le marché portant sur un système d'IA : spécifications, intégration, gouvernance et suivi contractuel

Cette partie répond aux questions concernant l'IA comme objet d'achat (« IA principale »). Il se peut qu'un organisme public veuille acheter un système d'IA ou un produit incorporant un tel système dans le cadre d'un marché public (il paraît moins probable qu'un organisme public veuille se procurer un modèle d'IA directement). Dans un tel cas, l'objet même du marché public est l'IA. La principale leçon dégagée jusqu'ici en pratique et en doctrine est que l'achat d'IA exige un dispositif de diligence et de suivi plus proche d'un « système sociotechnique » que d'un simple logiciel : exigences sur les données, les tests, le suivi post-déploiement, l'audit et la capacité interne.³⁴

³² *Loi sur la concurrence*, *supra* note 20, art 47.

³³ Stanford Law School, « Overcoming the Current Knowledge Gap of Algorithmic “Collusion” and the Role of Computational Antitrust », en ligne: <<https://law.stanford.edu/publications/overcoming-the-current-knowledge-gap-of-algorithmic-collusion-and-the-role-of-computational-antitrust/>>.

³⁴ Hickok, Merve, « Public procurement of artificial intelligence systems: new risks and future proofing » (2022) *AI & Society* 1.

Justification, alternatives et stratégie d'acquisition

Au stade de la formulation du marché public et de la préparation de l'appel d'offres, les questions suivantes se posent :

Quelles activités de l'État se prêtent à l'usage de systèmes d'IA?

La question doit être cadrée par le risque et l'impact. En ce sens, la *Directive sur la prise de décision automatisée*, et son *Outil d'évaluation de l'incidence algorithmique*, produits par le fédéral, offrent un cadre permettant d'appuyer une décision sur l'opportunité d'avoir recours à l'IA dans le cadre des activités de l'État.³⁵ L'*Énoncé de principes* du MCN est aussi utile, mais plus général. Le *Règlement IA* européen est axé sur le risque, mais en fait l'évaluation du risque est faite en partie dans le texte législatif lui-même, à travers la définition des « systèmes d'IA à haut risque » : l'Annexe III du *Règlement IA* est particulièrement utile, car il décrit une série de cas d'usage de systèmes d'IA présumés être à haut risque, dont la majorité ressort des activités de l'État : la qualification dépend notamment des données traitées, de l'autonomie et de la possibilité de corriger/annuler les effets.³⁶

Cette réflexion doit s'inscrire dans le cadre du droit des marchés publics, qui favorise une approche fonctionnelle : spécifications en termes de performance et d'exigences fonctionnelles plutôt que choix d'une solution « IA » par défaut; c'est une condition pour ne pas distordre la concurrence.³⁷

Le recours à l'IA est-il justifié (coûts/bénéfices, risques)?

Outre l'évaluation des risques, mentionnée ci-haut, il faut aussi ajouter que, si l'on suit le modèle du *Règlement IA* européen, l'usage de systèmes d'IA – à haut risque ou non – exige une gestion des risques en continu et des tests tout au long du cycle de vie de ces systèmes, ce qui ajoute au « coût total » (TCO) des coûts de conformité, de surveillance, de traitement des incidents et de formation.

Quelles informations exiger du fournisseur de systèmes d'IA (capacités, limites, risques) dans la soumission?

En principe, il faudrait ici que l'appel d'offres renvoie au cadre législatif et réglementaire applicable aux systèmes d'IA et exige que le soumissionnaire prouve que le système d'IA inclus à la soumission remplit toutes les exigences pertinentes. En effet, les systèmes

³⁵ Voir aussi les Mémos de l'OMB fédéral américain.

³⁶ *Règlement IA*, *supra* note 2, annexe III.

³⁷ *Directive 2014/24*, *supra* note 8.

d'IA sont des produits complexes, et l'organisme public pourrait se retrouver avec un fardeau réglementaire assez lourd relativement à un système d'IA, même s'il n'est qu'un usager (« déployeur » au sens du *Règlement IA* européen) de ce système, qui a été acquis à la suite d'un marché public. Il est donc important que la procédure de marché public permette à l'organisme d'obtenir toute l'information nécessaire à assurer que ce dernier se conforme à la loi.

Ici, le *Règlement IA* européen est le plus détaillé, mais il est compatible avec les exigences plus sommaires contenues ailleurs. En UE, l'exigence de documentation (gouvernance des données, tests, risques) et l'obligation d'information/formation à destination des déployés justifient de demander : documentation technique, données d'entraînement, métriques, limites connues, conditions d'usage abusif raisonnablement prévisibles.

Quelle procédure de marché public suivre (appel d'offres, dialogue concurrentiel, etc.)?

En général, on observe que les pouvoirs publics souffrent d'un déficit informationnel relativement aux systèmes d'IA, tant au niveau technique qu'organisationnel, social, économique ou juridique. Si l'objet de l'appel d'offres porte ou pourrait porter sur un système d'IA, il serait probablement plus prudent d'utiliser une des procédures plus sophistiquées conçues pour les marchés publics dans un contexte d'innovation, lesquelles visent à permettre à l'organisme public d'apprendre et d'affiner ses exigences au fur et à mesure de la procédure. La Directive 2014/24 offre peut-être le catalogue le plus développé en la matière, avec la procédure concurrentielle avec négociation (art. 29), le dialogue compétitif (art. 30) et surtout le partenariat d'innovation (art. 31). Il faut aussi mentionner la procédure de marché de R&D précommercial, non incluse à la Directive, mais qui est utilisée fréquemment en UE.

Développement interne vs achat : effets juridiques.

Étant donné que le cadre juridique applicable découle autant, sinon plus, des règles émergentes concernant l'usage de l'IA par l'État que du droit des marchés publics, il faut souligner que, même si la décision est organisationnelle, le *Règlement IA* et autres instruments comparables montrent qu'un « déployeur » de systèmes d'IA doit garantir supervision et gestion des risques; donc l'option « interne » ne supprime pas les obligations, elle change surtout les responsabilités et le contrôle sur les données.

Intégration, sécurité, dépendance envers le fournisseur, surveillance et entretien

Ces questions sortent du cadre des marchés publics pour aller vers celui de l'usage de l'IA dans les activités de l'État. À ce titre, et à la lumière de nos conversations, nous ne leur avons pas donné priorité pour l'instant.

Évaluation des soumissions

Comment évaluer les systèmes d'IA mis de l'avant dans les soumissions ? Au-delà du prix, quels critères permettent de faire ressortir les autres considérations pertinentes, étant donné les risques associés aux systèmes d'IA ? L'organisme public peut-il lui-même utiliser un système d'IA pour évaluer les soumissions ? Si oui, quel est le risque que l'ensemble du processus finisse par être géré par des IA sans intervention humaine ?

À plusieurs reprises plus haut, nous avons souligné que les systèmes d'IA sont des produits complexes, qui soulèvent beaucoup de questions techniques, organisationnelles et éthiques, et qui sont en voie d'être soumis à un cadre juridique plus lourd que bien d'autres produits, surtout en comparaison avec d'autres produits numériques. Qui plus est, les modèles économiques permettant une exploitation commerciale rentable de l'IA ne sont pas encore complètement élaborés; les prix pratiqués aujourd'hui (y compris la gratuité des offres de base de certains produits d'IA générative) ne sont probablement pas très représentatifs des coûts réels. Une évaluation qui serait basée seulement ou principalement sur le prix (coût de revient) risque fort de produire un mauvais résultat. Il nous semble donc que l'évaluation des risques qui devrait avoir lieu en amont de la décision de lancer un appel d'offres pour un système d'IA devrait trouver écho non seulement dans les exigences applicables aux soumissions, mais également dans les critères d'évaluation.

Nous avons traité plus haut des questions entourant l'usage de l'IA par le soumissionnaire dans l'élaboration de sa soumission, et par l'organisme public dans l'évaluation des soumissions. Si, en plus, l'appel d'offres porte sur un système d'IA, il est effectivement possible que l'ensemble du processus se trouve sous contrôle de l'IA (préparation de la soumission, objet de l'appel d'offres, évaluation des soumissions et octroi du contrat, voire peut-être même son exécution). C'est ici qu'il serait peut-être utile d'envisager un principe de « contrôle humain » (*human-in-the-loop*)³⁸ pour garantir

³⁸ Le *Règlement IA* comprend d'ailleurs un principe de « contrôle humain » pour les systèmes d'IA à haut risque, à l'art. 14.

qu'aucune procédure ne se déroule sans qu'il n'y ait au moins une intervention humaine, ici vraisemblablement au stade de l'évaluation et de l'octroi.

Au stade de la mise en œuvre du contrat public

Comment évaluer la qualité de l'exécution d'un contrat public portant sur un système d'IA ? Des enjeux de vérification du respect des livrables se posent, surtout si cette vérification est elle-même faite par une IA.

Surveillance de conformité et de performance (*monitoring*).

Les obligations de l'usager (déployeur) de systèmes d'IA incluent des mesures organisationnelles (création d'un système de surveillance) et le signalement d'incidents graves; cela justifie de prévoir au contrat public des SLA de *monitoring*, d'accès aux logs, des audits périodiques et des déclencheurs d'arrêt. Ces obligations sont bien développées au *Règlement IA* européen,³⁹ mais il y a lieu de croire que des obligations similaires pourraient résulter des régimes généraux de sécurité des produits et de responsabilité des produits, dans d'autres juridictions.

Données (collecte/licéité), biais, robustesse

À l'échelle mondiale, les processus de conformité (tels que mis en place au *Règlement IA*) attirent aujourd'hui toute l'attention, mais à terme, au fur et à mesure que l'IA est effectivement déployée à travers l'économie et la société, ce sont les aspects de surveillance post-mise en marché qui risquent de dominer. D'ores et déjà, la communication et l'échange d'information entre fournisseurs de systèmes d'IA et usagers (déployeurs) s'annoncent comme une question épineuse. On peut déjà prédire que les problèmes qui surviendront après le déploiement de systèmes d'IA seront difficiles à élucider : découlent-ils de failles dans le système d'IA – y compris dans son entraînement – ou plutôt d'erreurs commises en cours de déploiement ?⁴⁰

L'organisme public qui acquiert un système d'IA doit donc s'assurer de mettre en place un régime de communication et d'échange d'information qui lui permettra de remplir ses obligations lors de la mise en œuvre du contrat public, alors que le système d'IA entrera en service. Ici encore, le *Règlement IA* est plus élaboré et peut servir de modèle, quoique son interprétation soit elle aussi sujette à discussion encore aujourd'hui.

³⁹ *Règlement IA*, *supra* note 2, art 9(2)(c), 72.

⁴⁰ Par exemple, si un système d'IA produit des décisions qui manquent aux obligations de non-discrimination, est-ce parce que les données d'entraînement étaient mauvaises ou parce que le déployeur n'a pas mis en place des mesures suffisantes pour éviter la discrimination?

Accents sur les données, propriété intellectuelle et « unicité » du produit

Cela mène naturellement vers les aspects de propriété des données recueillies durant le fonctionnement d'un système d'IA. Cette question touche aux risques de verrouillage et de perte de souveraineté informationnelle. Elle doit être traitée en distinguant explicitement les classes de données, puis en allouant des droits/limites pour chacune.⁴¹

Typologie minimale des données à contractualiser

Classe	Exemples	Risques en marchés publics	Principales sources
Données fournies par l'organisme	Cahiers des charges, documents internes, jeux de données métier	Fuite de secrets, réutilisation par le fournisseur (<i>training</i>).	Obligations de confidentialité à la LCOP, Loi sur l'accès, Directive 2014/24, FAR
Informations personnelles	Données de citoyens et d'employés, identifiants	Conformité aux obligations de transparence, consentement et base légale, EFVP/PIA	Protection des données personnelles à la Loi sur l'accès, LAI, RGPD et Règlement IA
Données générées en exploitation	Logs, télémétrie, métriques de performance, rapports	« Capture » de valeur, impossibilité d'audit sans accès aux logs, asymétrie d'information	Obligations de l'utilisateur/déploreur au Règlement IA, OEIA, Mémos OMB
Artéfacts de l'IA	Modèles ajustés, <i>embeddings</i> , paramètres, « <i>fine-tuning</i> »	Perte d'unicité (apprentissage sur données publiques), lock-in, PI	Protection en droit général de la PI, FAR

Les données recueillies par le système pendant son fonctionnement doivent-elles être partagées avec le distributeur/fournisseur?

La réponse juridique « par défaut » est : seulement si (i) l'usage secondaire est compatible avec les obligations de confidentialité et de protection des renseignements (ii) les droits sur les données et les restrictions d'usage sont explicitement définis, et (iii) l'organisme public conserve les moyens d'audit, de portabilité et de réversibilité. Au Québec, si des renseignements personnels sont communiqués au mandataire, l'organisme doit conclure une entente préalable encadrant l'accès nécessaire et la confidentialité, ce qui rend difficile un « usage libre » des données d'exploitation par le fournisseur.⁴²

⁴¹ Federal Acquisition Regulation, 48 CFR § 52.227-14, *supra* note 25.

⁴² Loi sur l'accès, *supra* note 12, art 67.2.3.

Aux États-Unis, la clause FAR 52.227-14 illustre la logique contractuelle : le gouvernement peut avoir des droits étendus sur certaines données produites pendant l'exécution (« *unlimited rights* »), mais l'allocation peut varier. Il est donc crucial de définir précisément ce que le fournisseur peut ou non réutiliser, et à quelles fins.⁴³

En UE, le *Règlement IA* rappelle que les obligations (audit, documentation) doivent protéger la PI, les secrets d'affaires et informations confidentielles (art. 26(5)), ce qui implique un équilibre : obtenir suffisamment d'accès pour auditer sans exiger la divulgation brute de secrets; cela plaide pour des audits sous contrôle, en environnements sécurisés, avec accès proportionné.

Par ailleurs, le *Règlement IA* encadre la chaîne de valeur : les tiers doivent fournir assistance technique par accord écrit pour permettre la conformité, tout en protégeant leur PI et secret; mais le texte prévoit aussi que, lorsque nécessaire et en dernier ressort, l'accès aux modèles entraînés peut être accordé sous réserve du droit de la PI et des secrets. Cela donne une trame : (a) exiger un niveau d'information suffisant (documentation, logs, interfaces d'audit) ; (b) garantir la non-réutilisation des données de l'organisme public pour entraîner des modèles destinés à d'autres clients sans autorisation explicite ; (c) prévoir des droits de sortie (données, modèles ajustés, exports) pour préserver la valeur et l'unicité du produit public.

Le *Règlement sur la gouvernance des données* européen, en complément, clarifie que la protection de la PI demeure applicable et organise des droits d'accès/usage des données; pour une organisation publique, cela renforce l'idée qu'une clause générale « le fournisseur réutilise les données » est juridiquement et économiquement risquée.⁴⁴

L'IA comme objet incident du marché public

Finalement, il faut reconnaître que l'IA est déjà utilisée de façon répandue dans le secteur public comme dans le secteur privé, une tendance qui ne fera que s'amplifier. Dans certains cas, même si un marché public ne porte pas explicitement sur un outil d'IA, un fournisseur d'un produit ou d'un service peut avoir l'intention de présenter une soumission qui repose sur un système d'IA en tout ou en partie.

En d'autres termes, sans que l'organisme public ait cherché à acquérir ou à obtenir un système d'IA, ce dernier peut se retrouver dans une, plusieurs, voire l'ensemble des soumissions reçues. On pourrait penser, par exemple, à un marché public pour

⁴³ Federal Acquisition Regulation, 48 CFR § 52.227-14, *supra* note 25.

⁴⁴ *Règlement sur la gouvernance des données*, *supra* note 25.

un service de traduction, un service de transcription, ou un service de laboratoire qui fait l'analyse d'échantillons biologiques. On peut utiliser l'étiquette de « l'IA incidente » pour désigner ce genre de situation.

L'existence de l'IA incidente fait que, même quand le marché public ne porte pas explicitement sur un outil d'IA, un organisme public peut devoir se poser certaines questions, notamment :

Y a-t-il une possibilité que le fournisseur se serve d'un outil d'IA dans le cadre de sa prestation pour le contrat en question ? Comment l'outil d'IA sera-t-il intégré dans la prestation ? Quelles informations spécifiques le fournisseur doit-il être tenu de divulguer concernant son utilisation de l'IA ?

Cette question reste peu développée, tant dans le cadre juridique que dans la doctrine. De manière liminaire, il semble souhaitable d'envisager une obligation de divulgation touchant le recours à des systèmes d'IA dans le cadre des solutions techniques proposées dans des soumissions répondant à des appels d'offres ne portant pas précisément sur des systèmes d'IA.

Quels risques peuvent découler de cette utilisation de l'IA ? Le fournisseur semble-t-il avoir mis en place des systèmes appropriés pour gérer ces risques ? Si, dans le cadre de la prestation, le fournisseur aura accès à des informations confidentielles ou secrètes, quels mécanismes peuvent être mis en place pour garantir que le fournisseur protège la confidentialité de ces informations ?

D'une certaine façon, l'obligation de divulguer l'IA incidente fait passer l'organisme public de Charybde à Scylla. Sans obligation de divulguer, l'usage de système d'IA pourrait passer sous silence et mener à une multitude de problèmes épineux si des incidents surviennent dans le cadre de la mise en œuvre et de l'exécution du contrat public. Il nous apparaît préférable de privilégier la divulgation.

Toutefois, une obligation de divulguer l'IA incidente risque de plonger l'organisme public dans une situation tout autant difficile, dans la mesure où la présence de systèmes d'IA devrait influencer la formulation de l'appel d'offres, l'évaluation des offres et l'octroi, ainsi que les termes et conditions du contrat public. La réponse aux questions ci-dessus, en effet, ne devrait pas différer, que l'IA soit l'objet déclaré de l'appel d'offres (« IA principale ») ou seulement un élément incident dans une ou plusieurs soumissions.

Or, dans le cas de l'IA incidente, rien de tout cela n'a été fait au préalable, en amont

de la procédure d'appel d'offres. Cela pourrait créer des difficultés quant à la conformité de la procédure (si les conditions en sont modifiées en cours de route pour répondre à la présence d'IA incidente dans les soumissions) ou à son équité (si l'IA incidente se retrouve dans certaines soumissions, mais non toutes).

Cela mène à une question fondamentale, soit la manière d'aborder la gouvernance de l'IA dans les marchés publics. Comme mentionné ci-haut, les données fondamentales concernant les systèmes d'IA (risques, bénéfices, coûts) ne diffèrent pas, que l'IA soit incidente ou principale. L'IA incidente peut dans certains cas jouer un rôle central dans un produit plus large, et produire un impact aussi considérable qu'une IA principale faisant l'objet d'un appel d'offres séparé. Or, le droit des marchés publics mène naturellement à distinguer l'IA incidente de l'IA principale. S'il s'avère que les cas d'IA incidente sont aussi, voire plus, nombreux que ceux d'IA principale, peut-être est-ce que le droit des marchés publics ne devrait pas jouer un rôle de premier plan dans la gouvernance de l'IA dans le secteur public, sachant que le droit des marchés publics débouche sur un cadre contractuel.⁴⁵ Il faudrait alors songer à un cadre juridique centré sur l'usage de l'IA dans le secteur public, qui engloberait les marchés publics, laissant ainsi un rôle de complément au droit des marchés publics, pour ne couvrir que certaines questions vraiment spécifiques liées à l'IA et aux marchés publics (par exemple, les obligations de divulgation).

Questions institutionnelles

Les questions ci-dessus mènent également à plusieurs questions connexes de nature institutionnelle qui méritent une attention particulière, mais que nous n'avons pas explorées plus avant.

Y a-t-il lieu d'adopter une approche transversale envers l'IA dans les marchés publics, ou plutôt d'avoir une approche qui soit plus différenciée selon le secteur concerné (santé, éducation, travaux publics, sécurité publique, etc.) ?

Y a-t-il lieu de créer un point central de supervision (au SCT ou ailleurs) pour tout ce qui touche l'IA dans les marchés publics, qui pourrait, indépendamment du processus d'attribution des marchés, passer en revue toutes les utilisations de l'IA (à la manière d'un « Chief AI Officer ») ?

⁴⁵ C'est là le principal reproche adressé à des instruments comme les CCT-IA de l'UE ou les *FAR* américaines : en bout de ligne les obligations imposées aux fournisseurs de systèmes d'IA (et aussi aux organismes publics face à ces fournisseurs) se retrouvent dans des contrats, plutôt que dans un cadre législatif plus général et plus robuste.

Bibliographie

Table de la législation

Législation québécoise

Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, RLRQ c A-2.1.

Loi sur l'Autorité des marchés publics, RLRQ c A-33.2.1.

Loi sur les contrats des organismes publics, RLRQ c C-65.1.

Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé, RLRQ c P-39.1.

Législation canadienne

Loi sur la concurrence, LRC 1985, c C-34.

Loi sur le droit d'auteur, LRC 1985, c C-42.

Privacy Act, RSC 1985, c P-21.

Législation américaine

Executive Order 13960 of December 3, 2020 Promoting the Use of Trustworthy Artificial Intelligence in the Federal Government, 85 Fed Reg 236, 78939 (2020).

Executive Order 14110 of October 30, 2023 on Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence, 88 Fed Reg 210, 75191 (2023).

House Bill 1323, Md Acts 2021.

Substitute Senate Bill 1103 (Public Act No 23-16), Conn Acts 2023.

Législation européenne

Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, JO L 94, 28 mars 2014.

Règlement (UE) 2022/868 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2022 portant sur la gouvernance européenne des données (Data Governance Act), JO L, 3 juin 2022.

Règlement (UE) 2024/1689 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (Règlement IA), JO L, 12 juillet 2024.

Jurisprudence

Canada

The Queen (Ont.) v Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd, [1981] 1 RCS 111.

Union européenne

CJUE, 27 février 2025, C-203/22 (*Dun & Bradstreet Austria*).

TAR Lazio, 3 mars 2025, n° 4546, conf par Consiglio di Stato, 20 octobre 2025, n° 8092.

Documents gouvernementaux

Québec

CONSEIL DE L'INNOVATION DU QUÉBEC, *Prêt pour l'IA : Répondre au défi du développement et du déploiement responsables de l'IA au Québec*, Québec, 2024.

MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DE L'INNOVATION ET DE L'ÉNERGIE, *Appel de projets : Projets d'innovation en intelligence artificielle et en technologies quantiques*, Montréal, 2024.

SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Stratégie d'intégration de l'intelligence artificielle dans l'administration publique 2021-2026*, Québec, 2021.

Déclaration de Montréal pour un développement responsable de l'intelligence artificielle, 2018.

Canada

CONSEIL DU TRÉSOR DU CANADA, *Directive sur la prise de décision automatisée*.

INNOVATION, SCIENCES ET DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE CANADA, *La Loi sur l'intelligence artificielle et les données (LIAD) — document complémentaire*.

SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR DU CANADA, « Algorithmic Impact Assessment tool » (30 mai 2024).

États-Unis

CALIFORNIA DEPARTMENT OF GENERAL SERVICES, PROCUREMENT DIVISION, *Generative Artificial Intelligence (GenAI) Reporting and Factsheet*, 2024,.
CALIFORNIA GOVERNMENT OPERATIONS AGENCY, *State of California GenAI*

Guidelines for Public Sector Procurement, Uses and Training, 2024.

CALIFORNIA GOVERNMENT OPERATIONS AGENCY, *State of California Report: Benefits and Risks of GenAI*, 2023.

CENTER FOR DEMOCRACY AND TECHNOLOGY, *The Federal Government's Power of the Purse: Enacting Procurement Policies and Practices to Support Responsible AI Use*, Washington, 2024.

GOVAI COALITION, *AI Policy Manual*, San Jose.

GOVAI COALITION, *Artificial intelligence (AI) Policy*, San Jose.

GOVAI COALITION, *Factsheet for AI Systems*, San Jose.

GOVAI COALITION, *State of California Generative AI Toolkit for Procurement, Use and Training*, San Jose.

NATIONAL ASSOCIATION OF STATE CHIEF INFORMATION OFFICERS et NATIONAL ASSOCIATION OF STATE PROCUREMENT OFFICIALS, *AI-Powered Procurement:*

Harnessing AI's Potential for more Efficient State Procurement Practices, 2024.

NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY, *Artificial Intelligence Risk Management Framework: Generative Artificial Intelligence Profile*, Gaithersburg, 2024.

OFFICE OF MANAGEMENT AND BUDGET, *Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies: Advancing the Responsible Acquisition of Artificial Intelligence in Government*, M-24-18, Washington, 2024.

Royaume-Uni

CABINET OFFICE, *Procurement Policy Note 02/24: Improving Transparency of AI Use in Procurement*, 2024

OFFICE FOR ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *Guidelines for AI procurement*, London, 2020.

Union européenne et international

DATA ETHICS, *White Paper on Data Ethics in Public Procurement of AI based services and solutions*, 2020.

EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for standard contractual clauses for the procurement of Artificial Intelligence (AI) by public organisations — High Risk version*, 2025.

EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for standard contractual clauses for the procurement of Artificial Intelligence (AI) by public organisations — Non High Risk version*, 2025.

IBM CENTER FOR THE BUSINESS OF GOVERNMENT, *Government Procurement and Acquisition: Opportunities and Challenges Presented by Artificial Intelligence and Machine Learning*, Washington, 2023.

MICROSOFT CORPORATION, *Advancing AI Procurement and Adoption in the Public Sector: Considerations, Use Cases and Practical Approaches*, 2024.

WORLD ECONOMIC FORUM, *AI Procurement in a Box: AI Government Procurement Guidelines*, Cologny, 2020.

WORLD ECONOMIC FORUM, *AI Procurement in a Box: Workbook*, Cologny, 2020.

Doctrine

CALVANO, Emilio et al, « Artificial Intelligence, Algorithmic Pricing and Collusion » (2020) 110:10 American Economic Review 3267.

COGLIANESE, Cary, *Procurement and Artificial Intelligence*, research paper, Philadelphia, University of Pennsylvania Law School, 2023.

HICKOK, Merve, « Public procurement of artificial intelligence systems: new risks and future proofing » (2022) *AI & Society* 1.

SANCHEZ-GRAELLS, Albert, « Public Procurement of Artificial Intelligence: Recent Developments and Remaining Challenges in EU Law » (2024) 2 *Legal Tech Journal* 122.

STANFORD LAW SCHOOL, « Overcoming the Current Knowledge Gap of Algorithmic 'Collusion' and the Role of Computational Antitrust »