

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La dématérialisation des procédures liées aux marchés publics : enjeux, défis et opportunités actuelles

De Roy, David

Published in:

L'entreprise et le droit = Tijdschrift voor aannemingsrecht

Publication date:

2001

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

De Roy, D 2001, 'La dématérialisation des procédures liées aux marchés publics : enjeux, défis et opportunités actuelles', *L'entreprise et le droit = Tijdschrift voor aannemingsrecht*, numéro 4, pp. 326-334.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.



<http://www.droit-technologie.org>

Présente :

La dématérialisation des procédures liées aux marchés publics :
enjeux, défis et opportunités actuelles

David De ROY

Référendaire près la Cour de cassation

Chercheur au CRID (Centre de Recherches Informatique et Droit) – FUNDP - Namur

dderoy@fundp.ac.be

Date de mise en ligne : juin 2002

La dématérialisation des procédures liées aux marchés publics : enjeux, défis et opportunités actuelles

(article paru dans *L'Entreprise et le Droit*, 2001/4, pp.326-334)

David DE ROY
Référéndaire près la Cour de cassation
Chercheur au Centre de recherches Informatique et Droit
(F.U.N.D.P. – Namur)

Depuis quelques années, l'idée que les nouvelles technologies de l'information et de la communication puissent bouleverser le droit et la pratique des marchés publics fait son chemin, manifestement alimentée par deux sources d'inspiration. D'une part, les autorités communautaires y ont vu une manière de s'approcher davantage encore des idéaux de concurrence et de transparence vers lesquels doit tendre la passation des commandes publiques¹. D'autre part, ces commandes publiques ne peuvent totalement échapper à l'importante transfiguration de l'action administrative que laisse augurer le concept d'*e-Government*².

Les enjeux liés à cette transformation sont évidents et suscitent généralement une belle unanimité (1). Néanmoins, malgré les mérites qui lui sont généralement reconnus, la dématérialisation des procédures liées aux marchés publics reste encore timide³. Cette difficile transition entre le rêve et la réalité s'explique sans doute par l'importance des défis qui doivent être relevés en ce domaine (2).

Compte tenu de ce que la dématérialisation des procédures liées aux marchés publics ne paraît pas encore avoir suscité un large écho dans la doctrine⁴, il nous a semblé intéressant de

¹ Cfr. not. le *Livre vert* de la Commission européenne « Les marchés publics dans l'Union européenne : pistes de réflexion pour l'avenir », 1996, pp.28-34. Sur la politique communautaire en matière d'ouverture des marchés publics aux nouvelles technologies de l'information et de la communication, on se référera not. à D. DE ROY et N. POUPAERT, « Electronic public procurement, the latest developments within the European Community », <http://www.pace-eu.net/pace/welcome.jsp>, 2001, pp.14 et suiv. (*Public Administration and e-Commerce in Europe, Legal Trends Report*, n°3).

² Sur l'intégration de l'*e-Procurement* dans l'*e-Government*, cfr. not. Ph. SCHNÄBELE et Fr. BEAUVAIS, « Réforme de l'Etat et téléprocédures », *A.J.D.A.*, 2001, pp.610-611 et 615.

³ Dans une analyse récente du nouveau code français des marchés publics, S. PIGNON et D. BANDET abordent notamment la place qu'y occupe la dématérialisation de l'achat public et parlaient à ce propos d'« une entrée timorée dans la nouvelle économie » (« Le nouveau Code des marchés publics : quelques éclairages pratiques », *A.J.D.A.*, 2001, p.273).

⁴ M. Greco, « Gli approvvigionamenti di beni e servizi nelle P.A. mediante sistemi elettronici e telematici », http://www.giust.it/articoli/greco_appalti.htm, juin 2001 ; D. D'HOOGE, « Alternatieve bekendmaking van overheidsopdrachten, marktverkenning en het gebruik van de informatietechnologie », *Entr. Dr.*, 2000, pp.106-109. ; A. HAAGSMA, « Van wettekst tot concrete resultaten, electronic tendering of electronic commerce ? », *Overheidsopdrachten. Een juridische en economische benadering*, éd. J. HERBOTS, Bruges, 1997, pp.107-126. La revue française *Actualité juridique. Droit administratif* a récemment publié un dossier particulièrement intéressant sur l'intégration des nouvelles technologies de l'information et de la communication dans l'action administrative, dossier duquel il ressort néanmoins que les questions propres aux marchés publics, malgré quelques allusions occasionnelles, ne retiennent pas encore une attention soutenue (*A.J.D.A.*, 2001, pp.608-633).

proposer une brève description de cette problématique, attirant particulièrement l'attention sur les enjeux et défis qui y sont liés. Il ne saurait évidemment être question d'apporter des réponses précises à des questions qui, pour la plupart, doivent seulement être posées ; nous nous limiterons à esquisser, dans cette brève contribution, quelques pistes de réflexion. Par ailleurs, nous suggérerons, au travers de deux exemples, les opportunités actuellement offertes aux pouvoirs adjudicateurs d'intégrer leurs marchés dans la société de l'information (3), sans nécessairement attendre que soient finalisés les projets de réforme et expériences en cours dans les différents états-membres de l'Union européenne⁵.

1. Les enjeux

Nul n'est besoin d'être fin observateur de l'action administrative ou devin perspicace pour identifier les enjeux liés à une modernisation des formalités et procédures relatives à la passation, mais aussi à l'exécution, des marchés publics : gain de temps dans la collecte et la transmission d'informations, ainsi que dans les échanges entre pouvoirs adjudicateurs et entrepreneurs ; diminution des risques d'erreurs grâce au traitement informatisé des données contenues dans les offres⁶ ; gestion plus commode des masses de données que secrètent les marchés⁷, abrègement des délais de paiement... Les espoirs que fait naître cette perspective de dématérialisation sont nombreux.

Ne dit-on cependant pas que le mieux est l'ennemi du bien ? Faut-il s'attendre à ce que le recours à ces nouvelles technologies de l'information et de la communication révolutionne le formalisme caractéristique des marchés publics⁸ ? Bien plus, un tel bouleversement est-il souhaitable ? On rappellera ici que la lourdeur reprochée aux marchés publics est synonyme de garanties, tant pour le pouvoir adjudicateur⁹ que pour les entrepreneurs concourant à l'attribution du marché¹⁰. Il serait donc dangereux d'assigner à la passation électronique des commandes des prétentions qui affecteraient les caractéristiques principales de notre droit des marchés publics et porteraient atteinte aux valeurs essentielles que celui-ci a pour objet de promouvoir (concurrence effective, égalité des entrepreneurs et transparence des procédures).

⁵ Pour un aperçu de quelques expériences récentes en matière d'*e-Procurement*, on se référera au rapport établi par PLS-Ramboll, à l'initiative de la Commission européenne, *Analysis of electronic public procurement pilot projects in the European Union*, <http://simap.eu.int/FR/pub/src/welcome.htm>, novembre 2000.

⁶ Particulièrement pour ce qui concerne la vérification des montants des offres.

⁷ Le projet *Electronic Calls for Tenders (e-CT)* mené à l'initiative de la Commission européenne incite à envisager la manière dont une dématérialisation des procédures permettrait d'alléger considérablement la masse des données que la passation et l'exécution des marchés contraignent à gérer (<http://ect.cstb.fr/>).

⁸ D. VERET et C. FONGUE, « La signature électronique va-t-elle révolutionner le formalisme des marchés publics ? », *Gaz. Pal.*, 21-23 janvier 2001, pp.9-11.

⁹ Il tirera profit d'une réelle consultation de la concurrence susceptible de lui offrir l'offre la plus intéressante.

¹⁰ Ils peuvent, dans une certaine mesure, y trouver l'assurance de concourir utilement et avec des chances de réussite.

2. Les défis

2.1. L'introduction de la signature et de l'écrit électroniques dans les formalités et procédures définies par la législation sur les marchés publics.

La spécificité des contrats formés dans le cadre de marchés publics

Les perspectives et défis qu'annonce l'introduction de la signature et de l'écrit électroniques dans le droit commun des contrats ont retenu l'attention de la doctrine qui s'est notamment intéressée à l'incidence de la réception de ces nouvelles technologies sur le droit de la preuve littérale¹¹.

Nonobstant la nature contractuelle de la relation qui s'établit entre un pouvoir adjudicateur et un entrepreneur, un fournisseur ou un prestataire de services dans le cadre d'un marché public, l'ouverture à ces nouveaux modes de communications des procédures liées aux marchés ne saurait se satisfaire exclusivement d'une application des conceptions civilistes. C'est ici qu'il faut rappeler une spécificité des marchés, particulièrement au stade de leur passation.

Alors qu'en droit commun, un contrat est dans bon nombre de cas conclu par un échange de consentements, sans que l'expression de ceux-ci doive nécessairement être assortie de formalités particulières¹², l'établissement du lien contractuel dans le cadre d'un marché public fait suite à une procédure très formalisée, tant pour la phase préalable à la conclusion du contrat (élaboration, dépôt, ouverture et analyse des offres) que pour les solennités d'engagement des parties¹³, : ce formalisme est tout à fait caractéristique de l'adjudication et de l'appel d'offres ; il est atténué en cas de procédure négociée.

Ce formalisme s'est toujours présenté comme le meilleur adjuvant d'un jeu effectif de la concurrence dont les vertus servent autant les intérêts du pouvoir adjudicateur¹⁴ que ceux des

¹¹ D. GOBERT et E. MONTERO, « La signature dans les contrats et les paiements électroniques: l'approche fonctionnelle », *DA/OR*, avril 2000, pp. 17-39 ; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, « La preuve du contrat conclu par voie électronique », *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Liège, 2001, pp. 112 et suiv. ; M.E. STORME, « De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht – Een inkadering van en commentaar bij de nieuwe wetsbepalingen », *R.W.*, 2000-2001, pp.1505-1525 ; D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, n° 6000, 2001, pp. 119-120 ; D. MOUGENOT, « Faut-il insérer une définition de l'écrit dans le Code civil ? », in *Revue Ubiquité*, 2000/7, pp. 121-128 ; D. GOBERT et E. MONTERO, « Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne », *Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et proposition de mise en oeuvre de la directive sur le commerce électronique*, Bruxelles, 2001, pp. 199-244 (*Cahiers du CRID*, n°19) ; Th. VERBIEST et E. WERY ET COLL., *Le droit de l'internet et de la société de l'information. Droits européen, belge et français*, Bruxelles, 2001, pp.331 et suiv. ; D. COUNYE, « De totstandkoming en het bewijs van de overeenkomst in een virtuele omgeving : overeenkomsten op afstand en de elektronische handtekening », *Privaatrecht in de reële en de virtuele wereld*, Gand, 2001 (XVIIe Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2000-2001).

¹² B. CLAESSENS, « Totstandkoming en bewijs van overeenkomsten : algemene beginselen en contractuele modalisering », *Privaatrecht in de reële en de virtuele wereld*, Gand, 2001, n°s 5-7 (XVIIe Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2000-2001).

¹³ La signature de l'offre revêt une importance fondamentale.

¹⁴ Garantie d'une offre répondant de façon optimale aux besoins d'intérêt général.

entrepreneurs intéressés par la commande publique¹⁵. Dans une large mesure, il se concrétise dans l'échange de documents écrits.

Il nous paraît donc indispensable de souligner que le recours aux moyens électroniques ne suscitera pas uniquement les questions qu'inspire aujourd'hui la preuve des contrats, questions auxquelles une solution technique peut-être apportée¹⁶ ; bien plus, il conviendra d'envisager l'introduction de ces techniques à la lumière des caractéristiques de la procédure de passation préalable à la formation de ce contrat. Ainsi, par exemple, il ne suffit pas que le pouvoir adjudicateur identifie avec certitude un soumissionnaire, qu'il s'assure de son consentement et de ce que le message-offre reçu est conforme au message-offre expédié, encore faut-il que la confidentialité de ce message-offre soit assurée et que l'accès aux données contenues dans la soumission ne soit rendu possible qu'au terme de la période de dépôt des offres¹⁷.

En conclusion, les solutions techniques qui seront sollicitées dans la passation électronique des marchés devront répondre aux fonctions que l'écrit est appelé à exercer dans le cadre d'une procédure d'attribution de marché, fonctions sans doute plus nombreuses que pour la formation d'autres contrats.

Quelle réception des nouvelles technologies de l'information avant une réforme de la législation sur les marchés ?

L'introduction de la signature et de l'écrit électroniques impose-t-elle nécessairement une réforme de notre droit des marchés publics tel que l'ont tracé la loi du 24 décembre 1993 et ses arrêtés d'exécution ou est-elle concevable dès avant que soient finalisés les projets actuellement en chantier? Cette question appelle une réponse nuancée qui nous amène à distinguer trois hypothèses, selon les formalités et procédures :

- L'introduction de l'écrit électronique peut être envisagée sans modifier le cadre normatif, et ce, grâce au silence de la loi¹⁸ ou parce qu'une interprétation évolutive de la notion d'« écrit » autorise à considérer l'écrit électronique¹⁹.

¹⁵ Garantie d'un traitement objectif, transparent et non-discriminatoire des offres.

¹⁶ Notamment par le recours à une signature digitale faisant appel à la cryptographie asymétrique (selon un système décrit par E. WERY, Th. VERBIEST ET COLL., *op.cit.*, pp.357 et suiv.).

¹⁷ Sauf dans le cas de l'introduction éventuelle d'un système d'enchères électroniques comparable au mécanisme mis en place en France par le décret du 18 septembre 2001 (cfr. ci-après).

¹⁸ Loi ou arrêtés d'exécution. La procédure prévue à l'égard des offres alignant des prix anormalement bas ou élevés (art.110, §3, A.R. 8 janvier 1996 ; art.98, §3, A.R. 10 janvier 1996) offre à cet égard un exemple intéressant : le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire, par lettre recommandée, à fournir les justifications nécessaires ; celui-ci dispose en principe d'un délai de douze jours calendriers ; la communication de ses éléments de réponse n'est toutefois soumise à aucune exigence de forme ; rien ne paraît donc actuellement faire obstacle à ce que cette réponse soit transmise par courrier électronique.

¹⁹ Art. 109 de l'A.R. 8 janvier 1996 (art. 97 de l'A.R. 10 janvier 1996) : « Sur demande écrite, le soumissionnaire absent lors de la séance d'ouverture ds offres est informé des données proclamées par le président ».

- L'introduction de l'écrit électronique semble requérir une adaptation des procédures : ainsi, par exemple, il paraît difficile de transposer purement et simplement la technique dite « de la double enveloppe »²⁰ dans un environnement dématérialisé, lequel imposera d'autres techniques destinées à assurer la confidentialité des offres au cours de la période précédant leur ouverture.
- La réception des nouveaux modes de communication requiert une adaptation des normes actuellement en vigueur ; celles-ci ne font toutefois pas obstacle à ce que, dès maintenant, le pouvoir adjudicateur tire parti de ces nouvelles technologies. L'exemple le plus significatif est évidemment celui de la diffusion des avis de marché et de l'accessibilité des documents sur internet ; nous y reviendrons ultérieurement.

La question posée en tête de ce chapitre incite à formuler deux observations complémentaires. D'une part, nonobstant la spécificité des marchés publics au regard du droit commun des obligations, on ne pourra pour autant négliger les effets de la réforme législative de notre système de preuve et, plus particulièrement, de la récente consécration de la signature électronique²¹. D'autre part, s'agissant d'apprécier l'aptitude de l'actuelle législation sur les marchés publics à accueillir les nouvelles technologies de l'information et de la communication, on ne perdra pas de vue que tous les échanges qui ponctuent les relations entre un pouvoir adjudicateur et un entrepreneur en cours de passation et d'exécution d'un marché n'ont pas une portée identique et ne sont pas assortis des mêmes effets²² ; une radioscopie de cette législation s'impose donc afin d'établir une typologie des formalités selon le degré de perméabilité qu'elles affichent dès aujourd'hui à ces nouveaux modes d'échanges.

Le futur droit des marchés publics : entre souplesse et stabilité ?

Le défi original²³ qu'impose l'adaptation du droit des marchés publics à un environnement dématérialisé nous paraît porter sur l'équilibre entre deux préoccupations apparemment antinomiques : d'un point de vue technique, le recours aux nouveaux modes de communication et d'échanges impose aux pouvoirs adjudicateurs d'avoir égard aux évolutions technologiques incessantes, faute de quoi le bénéfice d'une dématérialisation risque d'être rapidement anéanti. D'un point de vue juridique, il ne peut y avoir de cadre normatif des marchés sans une stabilité élémentaire : la sécurité juridique est à ce prix²⁴. Il

²⁰ Art.104 de l'A.R. 8 janvier 1996 ; Art.92 de l'A.R. 10 janvier 1996.

²¹ Loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire (M.B., 22 décembre 2000).

²² Pour ne citer qu'un exemple, on rappellera que l'envoi d'une offre lie le soumissionnaire, alors que l'envoi d'une candidature en vue de la sélection qualitative (dans le cadre d'une procédure restreinte) ne crée nullement d'obligation dans le chef de l'entrepreneur-candidat à l'égard du pouvoir adjudicateur.

²³ La perspective de dématérialisation modifie en effet la donne: dans l'environnement actuel, les techniques d'échanges paraissent sans doute désuètes (une fois encore, le système de la double enveloppe donne une illustration très significative) ; il n'en reste pas moins vrai qu'elles permettent de répondre à de nombreuses situations et ne requièrent pas d'incessantes adaptations.

²⁴ P. LEWALLE, « Légalité, sécurité, stabilité en droit administratif. Un équilibre introuvable ? », *Liber amicorum Yvon HANNEQUART et Roger RASIR*, Bruxelles, 1997, pp. 231-254.

n'est donc pas souhaitable d'adopter des dispositions qui règlent les formalités et procédures avec un degré de précision tel qu'elles en deviendraient imperméables à toute solution technique nouvelle, pas plus qu'on ne préconisera un cadre légal et réglementaire à ce point dépouillé qu'il laisserait le déroulement des procédures à la merci de dispositifs dans lesquels les différents acteurs auraient peine à trouver les garanties qu'offre actuellement la législation. Face à ces tendances contradictoires, un moyen terme pourrait être trouvé, consistant à définir les garanties que doivent offrir les dispositifs techniques de manière à ce que les procédures dématérialisées restent conformes aux principes cardinaux du droit des marchés publics (concurrence effective, égalité des soumissionnaires, transparence des procédures, ...). Les autorités françaises paraissent avoir opté pour un tel *modus operandi*²⁵ et il ne paraît pas exclu que les artisans d'une réforme en Belgique empruntent également cette voie médiane²⁶.

Pour intéressante qu'elle soit, cette manière de procéder n'en sera pas moins exigeante pour les pouvoirs adjudicateurs qui, à raison de la marge de manœuvre leur étant ainsi ménagée, devront apporter un soin particulier dans la gestion de leurs marchés. Le spectre de nouvelles sources de contentieux n'est pas très éloigné...

2.2. Simplifications dans la gestion administrative

Nous avons eu l'occasion de rappeler par ailleurs que les décisions d'attribution de marchés, à l'instar de nombreux autres actes administratifs, constituent généralement l'aboutissement de processus assez complexes, ponctués de nombreux contrôles²⁷ : on songe notamment aux formalités de contrôle administratif et/ou budgétaire (contrôleur des engagements, inspection des finances, pouvoir subsidiant, autorités de tutelle, ...); il convient d'ajouter que ces décisions s'inscrivent généralement dans le cadre de mécanismes d'habilitations et de délégations de pouvoirs au regard desquels la compétence des agents du pouvoir adjudicateur doit être considérée avec soin.

En ce qu'elles ne portent pas uniquement sur les marchés, mais entourent l'adoption de décisions administratives très diverses, ces formalités sont généralement imposées par des règles étrangères à la législation sur les marchés publics. Nonobstant les garanties dont elles visent à assortir l'élaboration d'actes administratifs²⁸, ces formalités constituent de toute évidence un facteur d'alourdissement des procédures liées à la passation et à l'exécution des marchés. Il est donc indispensable qu'elles se laissent investir par les nouvelles technologies de l'information et de la communication, faute de quoi les espoirs que fait naître la

²⁵ Cfr. not. les articles 4 et 5 du Décret n° 2001-846 du 18 septembre 2001 pris en application de l'article 56 du code des marchés publics et relatif aux enchères électroniques (*J.O.*, n°217 du 19 septembre 2001, p.14.847).

²⁶ A en juger par les premiers résultats des travaux de la Commission des marchés publics relatifs à l'introduction des moyens électroniques dans la législation relative aux marchés publics.

²⁷ D. DE ROY, « L'application du droit des marchés publics aux a.s.b.l. subventionnées », *J.T.*, 2001, pp.229-230.

²⁸ D. DE ROY, *op.cit.*, p.230.

dématérialisation des procédures liées aux marchés publics seront déçus²⁹. De ce point de vue, il paraît notamment indispensable d'adapter aux techniques du paiement électronique la mise en liquidation des paiements aux entrepreneurs³⁰.

On sera donc attentif à la manière dont les différents programmes d'*e-Government* actuellement en cours d'élaboration conçoivent l'adaptation de la gestion administrative des dossiers aux nouvelles technologies de l'information et de la communication.

2.3. Amélioration des flux d'informations

L'un des aspects dans lesquels la dématérialisation offre sans doute les perspectives les plus intéressantes est évidemment celui des obligations qui incombent aux entrepreneurs d'informer les pouvoirs adjudicateurs sur leur situation, notamment au regard des charges fiscales et sociales³¹. Il n'est pas douteux que l'ouverture d'un accès aux bases de données alimentées par les organismes de sécurité sociale ou par le fisc soit du plus grand profit, tant pour les entrepreneurs que pour les pouvoirs adjudicateurs. Ceux-ci y trouveront l'assurance d'une information aisée et permanente sur les entrepreneurs avec lesquelles ils pourraient entrer en relations d'affaires ; ces entrepreneurs se verront dispensés de produire pour chaque procédure d'attribution de marchés ces attestations dont la collecte et la transmission représentent assurément un charge fastidieuse.

A cet égard, on attendra évidemment la mise en œuvre du « Réseau d'échanges de données électroniques entre tous les services publics (fédéraux) »³², en espérant que le bénéfice de tels systèmes soit largement diffusé : pour que les perspectives ainsi offertes se traduisent par un réel allègement des procédures d'attribution des marchés, il est indispensable que tous les pouvoirs adjudicateurs puissent bénéficier de ces facilités d'accès à l'information relative aux entreprises. A cet égard, il n'est pas inutile de rappeler que, depuis quelques années, la notion de « pouvoir adjudicateur » s'est considérablement élargie et trouve désormais à s'appliquer à de nombreuses entités plus ou moins éloignées des administrations traditionnelles³³. Il conviendra donc de se demander si la volonté de tirer pleinement parti de ces nouveaux modes de gestion des informations relatives aux entreprises ne doit pas inciter à en faire

²⁹ De façon générale, c'est vers une dématérialisation complète du dossier du marché qu'il faut tendre, de manière à en faciliter la circulation entre les différents intervenants en cours de procédure.

³⁰ Cette exigence a d'ailleurs été soulignée par l'Agence pour la Simplification administrative qui y voit une des pistes de simplification des procédures liées aux marchés publics (A.S.A., *Rapport annuel 2000-2001*, Bruxelles, 2001, pp.29-30).

³¹ Ph. SCHNÄBELE et Fr. BEAUVAIS, *op.cit.*, p.611. Cfr. également *Rapport annuel 2000-2001* de l'Agence pour la Simplification administrative, pp.29-30.

³² www.fedict.be

³³ D. DE ROY, « Les entreprises publiques, leurs filiales et la législation sur les marchés publics. Une première approche... », *Entr. Dr.*, 2001, pp.231-250; ID., «Être ou ne pas être...autorité administrative. Vers de nouvelles questions existentielles pour les a.s.b.l. satellites des institutions communales ? Observations sous C.E., arrêt n°87.354 du 17 mai 2000 », à paraître dans *Revue de Droit communal*, 2002 ; ID., « L'application du droit des marchés publics aux a.s.b.l. subventionnées »,

profiter ces organismes « satellites » et à les placer sur un pied d'égalité avec les administrations.

2.4. Garanties liées à l'exploitation des données

Si l'exigence de confidentialité des données contenues dans une offre est évidente en cours de passation d'une commande, elle nous paraît encore revêtir une certaine importance après la décision d'attribution du marché. Ainsi, particulièrement dans le cadre d'un appel d'offres, il est possible qu'un entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services suggère des solutions techniques que son *know-how* lui a permis de concevoir. Ces données ne doivent-elles pas être préservées d'une diffusion ultérieure, préjudiciable à celui qui a fait offre ?

Certes, cette question paraît étrangère à la dématérialisation des procédures, qui retient notre attention dans le cadre de cette contribution. Elle nous paraît toutefois revêtir un certain intérêt dans cette circonstance particulière. Nul n'ignore en effet que de nombreux projets d'*e-government* ouvrent la voie à des formules de partenariat public-privé : à tort ou à raison, il est souvent considéré que le secteur privé sera mieux apte à suivre rapidement et efficacement les évolutions des technologies de l'information et des communications, et que son apport est indispensable au développement et à la pérennité des programmes d'administration électronique³⁴. L'association d'acteurs privés à la gestion des procédures dématérialisées ne conduira-t-elle pas les soumissionnaires, demain plus encore qu'hier, à s'inquiéter de voir assurée la confidentialité de leurs offres ? Les pouvoirs adjudicateurs ne devront-ils pas, dans la conception des formules de partenariat public-privé, se montrer attentifs à cette préoccupation légitime ? On se demandera si ces formules ne devront pas être conçues selon un modèle comparable à celui que proposent les normes d'accès aux documents administratifs, normes qui ménagent un équilibre entre le droit d'accès aux documents administratifs et le souci d'assurer la confidentialité d'informations d'entreprises³⁵.

³⁴ Cfr. *Livre vert* de la Commission européenne, « Les marchés publics dans l'Union européenne... », pt.4.14 ;

³⁵ Pour un aperçu des normes d'accès aux documents administratifs, on se référera notamment à P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Liège, 1997, pp. 43 et suiv. (not.p. 62) (cfr. réf. citées à la note 97). Par ailleurs, la législation relative aux marchés publics pose également certaines restrictions à l'information des soumissionnaires lorsque le « secret des affaires » est en jeu (A.-L. DURVIAUX, « Le secret des affaires et la transparence administrative – L'exemple des marchés publics », *Rev. Dr. Com.*, 1999, pp.71 et suiv.).

3. Opportunités actuelles

3.1. La diffusion des annonces de marchés sur internet³⁶

Les ressources que peut offrir la diffusion sur internet d'informations relatives à la passation des marchés sont évidentes, notamment en ce qui concerne la rapidité et la commodité d'accès à l'information. L'intérêt de ce mode de communication est aujourd'hui largement perçu et conduit de nombreux pouvoirs adjudicateurs à publier leurs avis de marchés par l'intermédiaire de leur propre site internet. Néanmoins, l'articulation entre différents modes de publicité³⁷ peut confronter ces pouvoirs adjudicateurs à différentes questions pratiques. Les développements qui suivent permettront de les aborder très superficiellement.

Avant tout, il paraît nécessaire de rappeler que le souci d'assurer le jeu efficace de la concurrence et l'égalité entre les entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services susceptibles d'être intéressés par certains marchés va, dans une large mesure, conditionner les réponses qui seront apportées à ces questions : si internet offre la possibilité d'une diffusion universelle de l'information (ce qui, à première vue, ne peut qu'avoir un effet bénéfique sur la concurrence), la multiplication des sites risque d'entraîner une dispersion de l'information relative aux marchés publics qui, à terme, s'avérera négative pour la concurrence : l'efficacité actuelle des procédures liées à la publicité tient à ce que celle-ci est centralisée ; en soumettant cette publicité à des forces centrifuges, l'accès à l'information deviendrait inévitablement plus fastidieux et l'utilité de la publicité dans la perspective d'une mise en concurrence effective en deviendrait assez douteuse.

Par ailleurs, l'examen de ces questions suscitées par la diffusion sur internet révèle sans doute moins un antagonisme entre support papier et support électronique qu'une opposition entre les modes de publicité réglementaires (lesquels – on l'a souligné - sont caractérisés par un degré élevé de centralisation) et la publicité laissée à l'initiative de chaque pouvoir adjudicateur (où le particularisme est évidemment de mise). C'est surtout cette articulation entre publicité réglementaire et publicité libre qui, actuellement, peut susciter les questions les plus importantes.

Pour faire bref, on se limitera à examiner si, et dans quelles conditions, un pouvoir adjudicateur peut assurer la publicité préalable à la passation d'un marché sur internet.

Il n'y a aucune objection à ce que le pouvoir adjudicateur saisisse cette opportunité, dès lors que sont par ailleurs respectées les obligations prescrites en cette matière (publication au Bulletin des adjudications, et, le cas échéant au Journal officiel des Communautés

³⁶ Les considérations succinctes qui suivent sont empruntées aux développements plus substantiels consacrés à cette problématique, dans une perspective européenne, par D. DE ROY et N. POUPAERT, « Electronic public procurement, the latest developments within the European Community », <http://www.pace-eu.net/pace/welcome.jsp>, 2001, pp.28-30 (*Public Administration and e-Commerce in Europe, Legal Trends Report*, n°3).

³⁷ Publicité sur support papier ou par voie électronique; publicité régie par les normes européennes et belges, ou laissée à la libre appréciation des pouvoirs adjudicateurs.

européennes³⁸). Ces mêmes obligations conduiront à ne pas faire privilégier la diffusion sur le site internet du pouvoir adjudicateur, tant en ce qui concerne la date de publication de l'avis³⁹, que le contenu des informations publiées⁴⁰.

Par ailleurs, rien ne fait obstacle à ce qu'un pouvoir adjudicateur organise une forme de publicité alors qu'il n'y est pas contraint⁴¹ et tire profit, à cette fin, de son site internet. Il doit toutefois évaluer soigneusement les conséquences d'une telle initiative : eu égard au rayonnement potentiellement illimité de son site internet, le pouvoir adjudicateur ne pourra ignorer, sans plus, les manifestations d'intérêt que lui adresseront les entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services ayant pris connaissance des informations relatives au marché : ces démarches devront être prises en considération, même si elles ne sont pas initiées par des nationaux de l'Etat-membre duquel relève le pouvoir adjudicateur. Une telle situation paraît hautement probable pour les marchés des collectivités locales dans des zones frontalières.

3.2. La procédure négociée sans publicité préalable

Un pouvoir adjudicateur envisage de passer une commande pour laquelle il peut recourir à la procédure négociée sans publicité préalable. Le marché sera attribué si possible après consultation de plusieurs entrepreneurs. Cette consultation peut-elle être organisée à la faveur d'échanges de courriers électroniques ? Par définition, la procédure négociée est évidemment moins formelle que l'adjudication et l'appel d'offres⁴² et la possibilité de négociations réserve

³⁸ Lesquels évoluent d'ailleurs vers des modes de diffusion électronique.

³⁹ On serait peut-être fondé à soutenir que la diffusion de l'annonce du marché sur le site du pouvoir adjudicateur peut précéder la diffusion réglementaire si l'accès au site internet du pouvoir adjudicateur est libre, illimité et gratuit. Néanmoins, un tel moyen de diffusion n'a pas *de facto*, pour les entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services, la même visibilité qu'un site centralisant tous les avis de marchés. Seul un public ciblé visitera régulièrement le site du pouvoir adjudicateur.

⁴⁰ Ainsi devrait-on soutenir que l'annonce publiée sur le site du pouvoir adjudicateur ne peut être plus détaillée que celle diffusée selon les modes réglementaires, et ce, pour éviter que les entrepreneurs ne connaissant pas le site du pouvoir adjudicateur ne soient lésés à raison d'une information moins étendue. Cette opinion pourrait toutefois être reconsidérée. Il ne nous paraît en effet pas nécessairement exclu que l'annonce réglementaire contienne une référence au site internet du pouvoir adjudicateur, avec mention de ce que de plus amples informations y sont accessibles. On imagine aisément que cette proposition puisse se heurter à une objection tirée de ce que le principe d'égalité pourrait être méconnu par un tel procédé, dès lors que tous les entrepreneurs intéressés par un marché ne disposent pas nécessairement des moyens informatiques leur permettant d'accéder au site du pouvoir adjudicateur ; dans ce cas de figure, la communication de documents sur support papier et par voie postale réduirait le délai ménagé aux entrepreneurs concernés pour l'introduction de leur candidature ou l'élaboration de leur offre. Il conviendra donc d'être attentif à ce que, à tout le moins durant une période transitoire, le recours au support électronique d'information ne lèse pas certaines catégories d'entreprises non encore suffisamment préparées à ces technologies.

⁴¹ Par exemple, lorsque le montant estimé de la dépense afférente au marché est inférieur aux seuils d'application des directives européennes et que la publicité via le *Journal officiel des Communautés européennes* n'est pas obligatoire. Il en va de même dans l'hypothèse d'une procédure négociée sans publicité préalable.

⁴² Plus particulièrement encore lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas contraint de faire précéder la négociation d'une publicité préalable, laquelle a pour effet de donner lieu à une procédure de sélection qualitative des entrepreneurs.

une plus grande souplesse⁴³. La réponse semble donc pouvoir être affirmative, même si une certaine prudence conduit à nuancer le propos :

- si le montant estimé du marché est inférieur aux seuils de mise en concurrence européenne, il ne paraît y avoir aucun obstacle à ce que les échanges entre le pouvoir adjudicateur et l'entrepreneur interviennent exclusivement par courrier électronique. Seule subsisterait la question des formalités par lesquelles le marché une fois conclu serait constaté : la valeur de l'écrit électronique devrait alors être éprouvée au regard des formes visées à l'article 122 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Quelle que soit la réponse apportée à cette dernière question, les négociations pourraient à tout le moins avoir été menées exclusivement par voie électronique, avec l'indéniable souplesse qui s'en dégagerait ;
- si le montant estimé du marché est égal ou supérieur aux seuils de mise en concurrence européenne, les candidats « sont invités simultanément et par écrit à présenter une offre »⁴⁴. Si la notion d'écrit reçoit une interprétation extensive (autorisant à viser l'écrit sur support électronique), le pouvoir adjudicateur pourra organiser la négociation par voie électronique et notamment adresser par voie électronique les documents afférents au marché⁴⁵. Au contraire, si une interprétation restrictive de la notion d'écrit est retenue, il paraîtra difficile de renoncer au support papier, sans préjudice pour le pouvoir adjudicateur de doubler l'envoi, en recourant simultanément au courrier électronique. Cette manière de procéder ne serait certainement pas la plus économe en termes de démarches: elle permettrait toutefois de respecter formellement le prescrit réglementaire, tout en profitant des possibilités de diffusion rapide qu'offre l'envoi d'un *e-mail*.

*

* *

Les deux exemples qui précèdent ne revêtent sans doute qu'un caractère anecdotique et ne rendent pas compte de toutes les possibilités d'intégration des nouvelles technologies de l'information et de la communication dans la pratique des marchés, et ce, nonobstant l'imperméabilité apparente de la législation. Ils attirent toutefois l'attention sur ce que certaines solutions pragmatiques peuvent d'ores et déjà être trouvées, auxquelles certains mérites peuvent être trouvés, même si le souci de ne pas causer de discrimination entre entrepreneurs selon leurs facilités d'accès à ces nouveaux modes d'échanges⁴⁶ ne permet pas encore d'assurer à la dématérialisation sa pleine efficacité.

⁴³ Dans ce cas, d'éventuels problèmes nés d'une transmission erronée des documents peuvent être réglés dans le cadre des négociations.

⁴⁴ Art.121 de l'A.R. 8 janvier 1996. C'est nous qui soulignons.

⁴⁵ Comme dans l'hypothèse d'un marché dont le montant estimé est inférieur aux seuils de mise en concurrence européenne.

⁴⁶ Le principe d'égalité ne doit-il pas inciter à avoir égard aux possibilités concrètes d'accès aux supports électroniques d'information ? Même si l'on peut supposer que les entreprises y seront plus ouvertes que certaines catégories d'utilisateurs des services publics (G. CHATILLON, « Administration électronique et services publics », *A.J.D.A.*, 2001, p.623), la question risque d'être posée un certain temps encore.

En guise de conclusion...

Les quelques considérations qui précèdent ne prétendaient pas être davantage qu'une introduction à une problématique naissante. Les développements substantiels seront offerts par les réformes du droit des marchés publics actuellement en chantier ou initiées demain, ainsi que par les leçons qui se dégageront de nombreuses expériences actuellement en cours, tant en Belgique que dans les autres Etats-Membres de l'Union européenne.

Le lecteur regrettera sans doute de n'avoir pu trouver dans ces quelques lignes une approche plus systématique des questions que suscite (ou que suscitera) le régime juridique des marchés publics dématérialisés. Tel n'était cependant pas - et nous l'avions annoncé - notre objectif. Nous espérons tout au plus avoir contribué à écarter le risque d'illusions (et de désillusions) que fait naître un discours lénifiant, voire même enchanteur, sur la dématérialisation des procédures liées aux marchés publics ; les perspectives alléchantes ne peuvent faire perdre de vue les nombreux problèmes concrets que fait naître l'ouverture du droit des marchés publics aux nouvelles technologies de l'information et de la communication ; de même, il serait regrettable de fustiger le formalisme lié aux marchés publics, en feignant d'ignorer les garanties qui y sont liées. La dématérialisation des marchés publics appelle une approche et un propos nuancés.