

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le formalisme des marchés publics à l'épreuve des technologies de l'information et de la communication

Jacquemin, Hervé

Published in:

Chroniques de droit public - Publiekrechtelijke kronieken

Publication date:

2004

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Jacquemin, H 2004, 'Le formalisme des marchés publics à l'épreuve des technologies de l'information et de la communication: l'apport du droit civil', *Chroniques de droit public - Publiekrechtelijke kronieken*, numéro 2, pp. 159-182.

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.

Le formalisme des marchés publics à l'épreuve des technologies de l'information et de la communication : l'apport du droit civil ¹

Hervé JACQUEMIN - Aspirant du F.N.R.S. - Centre de Recherches Informatique et Droit
Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix ¹

— RÉSUMÉ

Les marchés publics sont soumis à de nombreuses exigences de forme, prescrites par la législation sur les marchés publics et certains autres textes de droit administratif régissant, de manière générale, l'action des autorités publiques. Cette étude examine comment ces exigences de forme pourraient être accomplies dans un contexte dématérialisé.

Une première partie examine si la législation sur la signature électronique et la loi sur les services de la société de l'information pourraient être invoquées. On constate qu'en matière de marchés publics, elles ne peuvent l'être que sur des aspects bien déterminés mais les méthodes et raisonnements développés dans ce cadre permettront d'analyser de manière critique les textes décrits dans une seconde partie. Celle-ci aborde brièvement l'arrêté royal du 18 février 2004 qui introduit les moyens électroniques dans la législation sur les marchés publics, et examine comment les procédures prescrites par diverses règles de droit administratif (contrôle administratif et budgétaire, contrôle de tutelle, transparence administrative) pourraient être mises en œuvre par voie électronique.

— SAMENVATTING

De overheidsopdrachten zijn onderworpen aan talrijke vormvoorschriften, opgelegd door de wetgeving op de overheidsopdrachten en door bepaalde andere teksten van het administratief recht die op algemene wijze de handelingen van de overheden beheersen. Deze studie onderzoekt hoe deze vormvoorschriften kunnen nageleefd worden in een gedematerialiseerde omgeving.

In een eerste deel wordt de vraag onderzocht of de wetgeving op de elektronische handtekening en de wet betreffende de diensten van de informatiemaatschappij kunnen worden ingeroepen. Er wordt vastgesteld dat er in de aangelegenheid van de overheidsopdrachten maar voor zeer bepaalde aspecten

L'auteur remercie David De Roy, Etienne Montero et Pierre Nihoul pour leurs précieux conseils et observations. La contribution n'engage que son auteur. Elle constitue la version amendée d'une intervention lors de la formation JURITIC, consacrée à la « Dématérialisation des marchés publics en question(s) », organisée à Namur le 20 février 2004. Elle ne tient dès lors pas compte de deux directives adoptées récemment : Directive 2004/71/CE du parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, *J.O.U.E.*, n° L 134 du 30 avril 2004, pp. 1 - 113 ; Directive 2004/18/CE du parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *J.O.U.E.*, n° L 134 du 30 avril 2004, pp. 114 - 240.

een beroep op kan worden gedaan op deze wetten, maar dat de methodes en redeneringen die in dat kader zijn ontwikkeld, toelaten om op kritische wijze de teksten te analyseren die in het tweede deel worden beschreven. Dit tweede deel bespreekt kort het koninklijk besluit van 18 februari 2004 dat de elektronische middelen invoert in de wetgeving op de overheidsopdrachten, en onderzoekt hoe de procedures die door verschillende regels van administratief recht worden voorgeschreven (administratieve en budgetaire controle, voorgedij, openbaarheid van bestuur) via elektronische weg kunnen ten uitvoer kunnen worden gelegd.

Introduction

1. Si le droit civil contractuel est généralement gouverné par le principe du consensualisme², les contrats administratifs sont quant à eux soumis à de très nombreuses formalités, essentiellement justifiées par la qualité de l'un des cocontractants – le pouvoir public – et la nature des intérêts en jeu. Ces formalités sont imposées aux différentes étapes de la procédure d'adoption de l'acte administratif³. Les marchés publics n'échappent pas à la règle : la législation en la matière, de même que certains autres textes de droit administratif régissant de manière générale l'action des autorités administratives, prescrivent en effet diverses exigences de formes à respecter. On dénombre ainsi des formalités préalables ou postérieures à l'adoption de certaines décisions (avis ou approbation préalable, publicité, notification, etc.), ou tenant à l'acte lui-même (exigence d'un écrit, d'une signature, d'un visa, etc.).

Les technologies de l'information et de la communication (ci-après, TIC) ne cessent de se développer et sont aujourd'hui présentes dans tous les secteurs de la société : télétravail, commerce électronique, e-santé, *e-learning*, etc. Le secteur public n'échappe pas à la règle (e-gouvernement) et, dans le cadre des commandes publiques, on parle désormais d'*e-procurement* pour désigner la dématérialisation des procédures liées à la passation et à l'exécution des marchés publics.

2. L'objectif de cette étude est d'examiner comment les exigences de forme prescrites dans la législation sur les marchés publics et certaines règles de droit administratif qui leur sont applicables pourraient être accomplies dans un contexte dématérialisé.

Conformément à ses obligations européennes, le législateur belge a adopté ces dernières années de nombreux textes consacrés aux TIC. En vertu de ces législations, applicables essentiellement aux rapports contractuels de droit civil, les règles de forme imposées à titre de validité ou à titre probatoire – essentiellement l'écrit et la signature – disposent désormais d'équivalents dans le contexte dématérialisé.

S'ils régissent surtout les relations entre entreprises (*Business to Business*) ou entre entreprises et consommateurs (*Business to Consumer*), il semble intéressant d'examiner le champ d'application respectif de ces textes pour déterminer s'ils pourraient être invoqués dans le cadre des marchés publics (I). En pratique, on verra qu'il est difficile de s'en contenter dans la mesure où les hypothèses auxquelles ils s'appliquent sont insuffisantes pour régir l'ensemble des procédures liées à la passation et à l'exécution des marchés publics.

En conséquence, nous nous pencherons plus spécifiquement sur le cadre normatif – entendu au sens large – applicable aux commandes publiques (II) pour déterminer comment introduire les moyens électroniques dans la procédure liée à la passation ou à l'exécution des marchés publics (A). Dans ce cadre, nous nous référerons aux modes de raisonnements adoptés par les législations commentées dans la première partie de l'étude, pour analyser de manière critique certaines dispositions de l'arrêté royal du 18 février 2004 qui introduit l'utilisation des moyens électroniques dans la législation sur les marchés publics⁴ (B), ou pour examiner l'incidence des TIC sur d'autres règles de droit administratif applicables à ces marchés (contrôle administratif et budgétaire, contrôle de

On observe néanmoins un phénomène de résurgence du formalisme contractuel. Cf. not. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahier du CRID n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 137-138 ; X. LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *J.C.P.*, G, 1999, doct. I 170, pp. 1767-1773 ; M. FONTAINE, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels », in J. GHESTIN et M. FONTAINE (sous la dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 627 ; J. GHESTIN, J. et I. MARCHESSEUX-VAN MELLE, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens », in J. GHESTIN et M. FONTAINE (sous la dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 24-25 ; Th. BOURGOIGNIE, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation. Au regard des développements du droit belge et du droit de la communauté économique européenne*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1988, pp. 211-212 ; P. LE TOURNEAU, « Quelques aspects de l'évolution des contrats », *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 361-368.

Voy. J. DEMBOUR, *Droit administratif*, 3^e éd., Liège, éd. de la Faculté de droit, 1978, pp. 279-284, spéc. n° 204.

A.R. du 18 février 2004 modifiant, en ce qui concerne l'interdiction d'accès à certains marchés et l'introduction de moyens électroniques, un certain nombre d'arrêtés royaux pris en exécution de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et services, *M.B.*, 27 février 2004, pp. 11.235- 11.259 (ci-après l'arrêté royal du 18 février 2004). Comme son intitulé l'indique, certaines dispositions sont également consacrées au régime des incompatibilités. Il n'y sera pas fait référence dans le cadre de cette étude.

tutelle, transparence administrative). Celles-ci ne sont pas visées par la réforme et on peut se demander comment les procédures qu'elles instituent pourraient être mises en oeuvre par voie électronique (C).

I. Législations récentes en matière de technologies de l'information et de la communication et marchés publics

3. Au nombre des législations adoptées récemment en matière de TIC, nous étudierons la législation sur la signature électronique et la loi sur les services de la société de l'information. On pourrait également citer la loi sur les paiements⁵ et la loi sur la protection de la vie privée⁶ mais, dans la mesure où ces textes n'ont pas trait au formalisme, il n'y sera pas fait référence.

A. La législation en matière de signature électronique

1. Application au secteur public

4. Pour garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, les autorités européennes ont adopté en 1999 une directive sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques⁷. Elle traite essentiellement de la reconnaissance juridique des signatures électroniques et de l'activité des prestataires de services de certification. Elle s'applique clairement au secteur public, comme le révèle le considérant n° 19, qui précise que « les signatures électroniques seront utilisées dans le secteur public au sein des administrations nationales et communautaires et dans les communications entre lesdites administrations ainsi qu'avec les citoyens et les opérateurs économiques, par exemple dans le cadre des marchés publics, de la

Loi du 17 juillet 2002 sur les opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds, *M.B.*, 17 août 2002. Celle-ci instaure un régime particulièrement favorable au titulaire dudit instrument (la carte de crédit, par exemple). Si l'administration utilise un tel mode de paiement dans le règlement de ses prestations, on ne voit pas pourquoi les garanties prévues par la loi ne pourraient pas lui être octroyées. Sur cette loi, et spécialement sur les paiements effectués sans présentation physique et sans identification électronique, voy. M. GUSTIN, « La loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds », *Contrats à distance et protection du consommateur*, Liège, Formation permanente CUP, 2003, pp. 216 et s. ; L. ROLIN JACQUEMYS, « Régime juridique des paiements électroniques à la lumière de la nouvelle loi sur les opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds », *Ubiquité*, 2003, p. 25 ; A. SALAÜN, « Une nouvelle pierre à l'édifice de protection des consommateurs : la loi sur les instruments de transfert électronique de fonds », *J.T.*, 2003, p. 210 ; T. LAMBERT, « La loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds », *R.D.C.*, 2003, pp. 581 et s.

Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 18 mars 1993. Cette loi fut modifiée par la loi du 11 décembre 1998 transposant la directive du 24 octobre 1995 du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (*M.B.*, 3 février 1999). Il faut néanmoins préciser que la loi belge ne protège pas les personnes morales (dans d'autres pays européens – Luxembourg, Autriche, par ex. –, la protection a été étendue aux personnes morales) ; seules les personnes physiques en bénéficient (Voy. T. LEONARD et Y. POULLET, « La protection des données à caractère personnel en pleine (r)évolution. La loi du 11 décembre 1998 transposant la directive 95/46/C.E. du 24 octobre 1995 », *J.T.*, 1999, p. 380 ; C. DE TERWANGNE, « Loi relative à la publicité de l'administration et loi relative à la protection des données personnelles : regards croisés sur deux voies d'accès à l'information », *Transparence et droit à l'information*, Liège, Formation permanente CUP, 2002, p. 96). Les données à caractère personnel protégées par la loi sont en effet définies comme « toute information concernant une personne *physique* identifiée ou identifiable » (nous soulignons). Cela étant, dans le cadre d'une procédure avec sélection qualitative, il n'est pas rare que des données personnelles (CV, par exemple) soient également transmises.

Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *J.O.*, n° L 13 du 19 janvier 2000, pp. 12-20 (ci-après, directive sur les signatures électroniques).

fiscalité, de la sécurité sociale, de la santé et du système judiciaire »⁸.

Cette directive fut transposée en droit belge par la loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extra judiciaire⁹ – qui insère une définition fonctionnelle de la signature électronique au second alinéa à l'article 1322 du Code civil – et la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification¹⁰. Celle-ci régit l'activité des prestataires de services de certification et énonce les conditions auxquelles doit répondre une signature électronique pour être assimilée automatiquement à une signature manuscrite – signature électronique « avancée », « réalisée sur la base d'un certificat qualifié » et « conçue au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature » (art. 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001 ; par commodité, nous désignerons ce type de signature sous l'appellation de « signature électronique qualifiée »).

5. Conforme à la directive, la loi du 9 juillet 2001 s'applique également au secteur public et, par voie de conséquence, aux marchés publics dématérialisés, comme en témoignent les nombreuses dispositions qui font référence, directement ou indirectement, à l'utilisation de la signature électronique dans les relations avec les autorités publiques¹¹.

La loi du 9 juillet 2001 prévoit en effet que « le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, soumettre l'usage des signatures électroniques dans le sec-

teur public à des exigences supplémentaires éventuelles. Ces exigences doivent être objectives, transparentes, proportionnées et non discriminatoires et ne s'appliquer qu'aux caractéristiques spécifiques de l'application concernée. Ces exigences ne peuvent pas constituer un obstacle aux services transfrontaliers pour les citoyens » (art. 4, § 3)¹². Ces exigences supplémentaires pourraient consister en l'obligation de recourir à un prestataire accrédité. Moyennant certaines conditions, des prestataires peuvent également être accrédités par l'administration (art. 17 de la loi du 9 juillet 2001¹³). Il s'agit d'une garantie supplémentaire mais elle n'est pas exigée pour l'assimilation de plein droit de la « signature électronique qualifiée » à la signature manuscrite. Cette accréditation pourrait néanmoins être exigée par le Roi, dans le respect des conditions énoncées à l'article 4, § 3, pour l'utilisation des signatures électroniques dans le secteur public (notamment en matière de marchés publics).

2. *Exigences requises ad probationem ou ad validitatem*

6. Le champ d'application matériel de la directive est limité : ne sont pas couverts les « aspects liés à la conclusion et à la validité des contrats ou d'autres obligations légales lorsque des exigences d'ordre formel sont prescrites par la législation nationale ou communautaire » (art. 1^{er}, al. 2, de la directive sur les signatures électroniques). La directive ne règle que les hypothèses où la signature est requise à titre probatoire¹⁴. Encore faut-il

⁸ Cf. aussi l'article 3, § 7, de la directive qui précise « les Etats membres peuvent soumettre l'usage des signatures électroniques dans le secteur public à des exigences supplémentaires éventuelles » et indique les caractéristiques que ces exigences doivent présenter. Sur ce point, E. CAPRIOLI, « La directive européenne n° 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques », *Gazette du Palais*, 2000, doct., pp. 1845-1846 ; G. MARCOU, « Le régime de l'acte administratif face à l'électronique », in G. CHATILLON et B. DU MARAIS (sous la dir. de), *L'administration électronique au service des citoyens*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 93-96.

⁹ *M.B.*, 22 décembre 2000.

¹⁰ *M.B.*, 29 septembre 2001.

¹¹ En ce sens, voy. E. MONTERO, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique », *DAOR*, 2002, pp. 17-18.

¹² Cette disposition transpose fidèlement l'art. 3, § 7, de la directive.

¹³ Voy. également l'arrêté royal du 6 décembre 2002 organisant le contrôle et l'accréditation des prestataires de service de certification qui délivrent des certificats qualifiés, *M.B.*, 17 janvier 2003.

¹⁴ E. CAPRIOLI, « La directive européenne n° 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques », *Gazette du Palais*, 2000, doct., p. 1845 ; M. ANTOINE et D. GOBERT, « La directive européenne sur la signature électronique. Vers la sécurisation des transactions sur l'Internet ? », *J.T.D.E.*, 2000, pp. 74-75 ; M. STORME, « De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht – een inkadering van en commentaar bij de nieuwe wetsbepalingen », *R.W.*, 2000-2001, pp. 1505-1506, n° 3 et p. 1522, n° 57 ; D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, 2001, p. 115 ; D. MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, tiré à part du *Répertoire notarial*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 190-191.

savoir si l'exigence de forme est imposée *ad probationem* ou *ad validitatem* ¹⁵. Si, dans le premier cas, le non respect de la formalité n'affectera pas la validité de l'acte, mais rendra sa preuve plus difficile, dans le second, l'acte peut être frappé de nullité ¹⁶.

La directive semble claire. Qu'en est-il des lois de transposition ? L'article 1322, alinéa 2, du Code civil est inséré dans un chapitre consacré à la preuve des obligations. On en déduit que la « réforme n'affecte pas, en principe, les situations où une signature manuscrite est requise pour la validité d'un acte juridique ou son opposabilité aux tiers » ¹⁷. Des doutes sont possibles mais la prudence recommande de limiter le champ d'application de la modification législative au droit de la preuve ¹⁸. De même, s'agissant de la loi du 9 juillet 2001, rien ne permet d'affirmer avec certitude qu'elle ne vise que la signature requise à titre probatoire. Sans être décisifs, divers éléments permettent néanmoins de penser que tel est peut-être le cas ¹⁹. On peut aussi tirer argument de la loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information. Conscient que les diverses formalités obéissent à des objectifs différents, selon qu'elles sont imposées à titre probatoire, de validité, ou d'opposabilité,

le législateur énonce les conditions à remplir pour satisfaire à l'exigence de signature (art. 16, § 2, 2^e tiret). Si la législation sur la signature électronique visait également les exigences de forme requises à titre de validité, cette disposition aurait probablement été inutile. Cette circonstance permet aussi de comprendre et de justifier la modification récente apportée par l'arrêté royal du 18 février 2004, compte tenu des finalités – pas uniquement probatoires – de l'écrit et de la signature dans législation sur les marchés publics.

Cette question a également fait l'objet de controverses en France. A l'occasion de l'adoption de la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux nouvelles technologies de l'information et relative à la signature électronique, il avait été proposé de compléter l'article 1316-1 nouveau du Code civil (« l'écrit électronique est admis en preuve ») par les termes « et pour la validité de l'acte » ²⁰. Cet amendement fut rejeté au motif principal qu'une question de cette importance et de cette complexité ne peut être résolue en une phrase mais doit faire l'objet de réflexions approfondies ²¹. Cet argument doit être approuvé ²². Par contre, on ne peut arguer qu'il existerait une différence fonda-

¹⁵ D'autres finalités sont également assignées aux exigences de forme : on parle ainsi de formalisme de publicité, de formalisme fiscal ou administratif, voire encore de formalisme informatif (pour une typologie, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahier du CRID n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 142-150). Il faut aussi signaler que ces finalités ne sont pas exclusives l'une de l'autre. Bien souvent, une exigence de forme imposée à titre de validité poursuit également un objectif probatoire.

¹⁶ A cet égard, et contrairement au formalisme contractuel, doctrine et jurisprudence ont élaboré une théorie des formalités en matière administrative pour déterminer le sort de celles-ci en cas de non respect de l'exigence. On distingue ainsi les formalités substantielles et les formalités prescrites à peine de nullité. Les secondes sont facilement identifiables et leur non accomplissement est sanctionné de nullité. Pour les autres, c'est plus compliqué et aucun critère absolu ne permet de reconnaître les formalités accessoires (secondaires) des formalités substantielles. On estime néanmoins que les exigences de forme édictées dans l'intérêt de l'administration sont accessoires (à l'exception de celles relatives à la répartition des compétences), celles existant dans l'intérêt de l'administré étant substantielles et sanctionnées de nullité relative (« pas de nullité sans grief »). Sur cette question, voy. C. CAMBIER, « Le Conseil d'Etat et le contrôle de l'observation des formalités légales », *J.T.*, 1953, pp. 369-373 et 390-396 ; P. BOUVIER, *Éléments de droit administratif*, Bruxelles, De Boeck, 2002, pp. 102 et s., n° 104 et s.

¹⁷ M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *op. cit.*, p. 184.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ A titre d'indice, on peut citer l'exposé des motifs, qui dispose que « les lignes directrices du projet de loi s'inspirent de celles dictées par la proposition de directive sur les signatures électroniques » (Exposé des motifs du projet de loi relatif à l'activité des prestataires de service de certification en vue de l'utilisation de signatures électroniques, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 1999-2000, n° 322/001, p. 10) ; or, cette dernière semble indiquer qu'elle ne vise que les exigences de type probatoire. De même, en examinant la reconnaissance juridique des signatures électroniques avancées, les travaux préparatoires n'abordent pas la question des exigences requises à titre de validité mais s'intéressent essentiellement à la relation entre la loi et le nouvel article 1322, alinéa 2, du Code civil. Dans ce cadre, l'exposé des motifs n'envisage que des questions de type probatoire : recevabilité, force probante, valeur probante (Exposé des motifs, *op. cit.*, pp. 12 et s.).

²⁰ *JO*, déb. Assemblée nationale, 29 février 2000, pp. 1407-1408.

²¹ *Ibidem*, p. 1407.

²² A. LUCAS, J. DEVEZE et J. FRAYSSINET, *Droit de l'informatique et de l'internet*, Paris, PUF, 2001, pp. 631-632, n° 915.

mentale entre les règles de preuve et de validité²³. Comme l'ont souligné certains auteurs, « entre les formes probatoires et les formes solennelles existe une affinité profonde que traduit le vieil adage *Idem est non esse aut non probari* »²⁴. Cette incertitude se traduit aussi par de nombreuses discussions quant aux sanctions qui peuvent frapper de telles formalités²⁵.

3. Acte authentique électronique

7. On retiendra qu'en l'absence de régime probatoire propre au droit administratif²⁶, on peut s'en remettre pour une large part aux règles du droit civil et, dans un contexte dématérialisé, à la législation en matière de signature électronique.

Il faut néanmoins être conscient que cette législation ne modifie pas le régime des actes authentiques. Or, les actes administratifs sont des actes authentiques au sens de

l'article 1317 du Code civil²⁷. En matière de marchés publics, tel est le cas de la décision d'attribution du marché : la section d'administration du Conseil d'Etat a en effet estimé que la décision motivée de l'autorité compétente en matière d'attribution de marché devait faire l'objet d'un *instrumentum*, joint au dossier, dont l'authenticité n'était pas contestable²⁸. Tous les actes ne sont toutefois pas revêtus de l'authenticité, à l'image de l'offre du soumissionnaire, par exemple, qui demeure soumise au régime probatoire des actes sous seing privé.

L'acte authentique électronique est désormais reconnu par le législateur, depuis l'ajout d'un second alinéa à l'article 1317 du Code civil²⁹. Celui-ci dispose que l'acte authentique « peut être dressé sur tout support s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres »³⁰. Ce faisant, le législateur entendait reconnaître l'acte authentique électronique tout en laissant au Roi le soin d'étudier

²³ Selon Jacques Flour, « l'opposition entre la règle de forme et la règle de preuve, entre l'écrit requis *ad validitatem et ad probationem*, est, dans une large mesure, artificielle. C'est relever une différence bien menue et bien théorique que de mettre l'accent sur la possibilité, à défaut d'écrit, de faire la preuve par l'aveu et le serment, c'est-à-dire des procédés qui mettent chacune des parties à la discrétion de l'autre et de sa loyauté » (J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *Le droit français au milieu du XXe siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, t. 1, p. 98, n° 6). Voy. aussi P.-Y. GAUTIER, « Le bouleversement du droit de la preuve : vers un mode alternatif de conclusion des conventions », *Les Petites Affiches*, 7 fév. 2000, n° 26. Ceci étant, il faut bien reconnaître que dans l'esprit de rédacteurs du Code civil, règles de preuve et règles de validité devaient être clairement distinguées (X. LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *J.C.P.*, E, 1999, I 170, p. 1770).

²⁴ P. CATALA, « Le formalisme et les nouvelles technologies », *Rép. Defrénois*, 2000, p. 898 ; J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *op. cit.*, p. 98, n° 6.

²⁵ G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Rép. Defrénois*, 2000, pp. 888 et s.

²⁶ En France, le principe de la liberté de la preuve est d'application. Sur ce thème, voy. A. CANTERO, *Des actes unilatéraux des communes dans le contexte électronique. Vers la dématérialisation des actes administratifs?*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, pp. 156 et s.

²⁷ Pour reprendre les termes de M. Pâques, « on peut inférer de la jurisprudence que les documents qui établissent les actes administratifs sont authentiques à condition que l'accomplissement des formalités puisse être constaté lorsque la loi prévoit des formalités. Ce n'est qu'à cette condition que l'on peut conclure que tout acte émanant de la puissance publique et par lequel celle-ci exprime sa décision et en atteste, a un caractère authentique » (M. PÂQUES, « Acte administratif et acte authentique », *A.P.T.*, 1996, p. 92).

²⁸ C.E., arrêt *S.P.R.L. Lagoune* du 6 juillet 1994, n° 48.506, *A.P.T.*, 1994, p. 144 ; M. PÂQUES, « Acte administratif et acte authentique », *A.P.T.*, 1996, pp. 90 et s. Voy. aussi l'Avis du Conseil d'Etat sur le projet d'ordonnance organisant la tutelle administrative sur les communes de la Région de Bruxelles-Capitale, *Doc. Cons. de la Région de Bruxelles-Capitale*, sess. ord. 1996-1997, n° A 179/1, p. 27 (cf. *infra*, n° 34).

²⁹ Sur l'acte authentique électronique, voy. not. B. VUYLSTEKE, « De elektronische authentieke akte », *Elektronische handel. Commentaar bij de wetten van 11 maart 2003*, Bruges, La Charte, 2003, pp. 187-210 ; C. LAZARO, « L'acte authentique à l'épreuve des nouvelles technologies », *Ubiquité*, 2002, pp. 17-42 ; A. MICHIELSEN, « Authenticiteit en formalisme », *Authenticiteit et Informatique – Authenticiteit en Informatica*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 36-73 ; J.-L. SNYERS, « De notariële certificatie en de elektronische authentieke akte », *Authenticiteit et Informatique – Authenticiteit en Informatica*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 384-424.

³⁰ Cette modification est introduite par la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (*M.B.*, 17 mars 2003), art. 28.

comment préserver les exigences de l'authenticité dans un contexte dématérialisé³¹. En l'absence de cet arrêté royal, le régime juridique des actes authentiques électroniques comporte encore de nombreuses zones d'ombre. Par voie de conséquence, il en va de même de la preuve des actes administratifs – en matière de marchés publics notamment – accomplis dans un contexte dématérialisé (à tout le moins lorsqu'ils émanent de l'autorité administrative).

B. La loi sur les services de la société de l'information

8. Dans un premier temps, il convient d'examiner le champ d'application personnel et matériel de la loi pour vérifier si rien n'empêche de l'appliquer en matière de marchés publics (1). Si tel est le cas, on verra néanmoins que, s'agissant de lever les obstacles formels à la passation et à l'exécution des marchés, rares sont les hypothèses dans lesquelles elle pourrait effectivement être invoquée (2).

1. Application de la loi aux marchés publics

9. La loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information³² (ci-après, LSSI) transpose en droit belge la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique³³.

10. Comme son intitulé l'indique, seuls *certaines aspects juridiques* sont réglés par la loi³⁴; en l'occurrence, il s'agit essentiellement de l'information et de la transparence sur les réseaux (art. 7 à 12), de la publicité (art. 13 à 15), de la conclusion des contrats par voie électronique (art. 16 et 17) et de la responsabilité des prestataires intermédiaires (art. 18 à 21).

Ratione personae, la loi règle essentiellement les relations entre le prestataire et le destinataire du service. Ces expressions sont définies par la loi³⁵ et s'articulent autour de la notion de « service de la société de l'information ».

La loi régit les *services de la société de l'information*³⁶. L'article 2, 1°, de la LSSI définit le service de la société de l'information comme « tout service presté normalement

³¹ L'exposé des motifs du projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information précise à cet égard que « par cet article, à l'instar de la loi française, le projet pose d'ores et déjà le principe que l'acte authentique peut être dématérialisé et que la signature de l'officier public peut emprunter la forme électronique. Toutefois étant donné l'importance de pareil acte et la volonté de veiller à ce que la dématérialisation ne remette pas en cause les garanties de l'authenticité, il convient de se donner le temps d'approfondissement tant sur le plan juridique que technique en vue de vérifier que les exigences de l'authenticité peuvent être préservées dans un environnement dématérialisé. C'est pourquoi le texte renvoie la question de sa mise en œuvre à l'adoption d'un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres » (*Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2100/001, p. 58).

³² En réalité, le législateur belge a adopté deux lois, l'une sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information visés à l'article 77 (*M.B.*, 17 mars 2003, p. 12960) et l'autre sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (*M.B.*, 17 mars 2003, p. 12963). Dans la suite de l'exposé, il ne sera question que du second texte.

³³ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *J.O.C.E.*, n° L 178 du 17 juillet 2000, p. 1.

³⁴ Voy. aussi l'article 3 qui dispose que « la présente loi régit certains aspects juridiques des services de la société de l'information ». *Ratione materiae*, son champ d'application est donc relativement large : la loi « s'applique indépendamment de l'existence d'un contrat et régit une grande diversité de matières en rapport avec l'utilisation des réseaux numériques » (E. MONTERO, M. DEMOULIN et C. LAZARO, « La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information », *J.T.*, 2004, p. 83). La loi énonce néanmoins des domaines dans lesquels elle ne s'applique pas (art. 3, al. 2).

³⁵ Le prestataire est « toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information » (art. 2, 3°) et le destinataire la « personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles ou non, utilise un service de la société de l'information, notamment pour rechercher une information ou la rendre accessible » (art. 2, 5°).

³⁶ Sur ce thème, voy. les précisions énoncées dans l'exposé des motifs de la loi (*Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2100/001, pp. 13 et s., ci-après, « exposé des motifs »), spécialement le commentaire de l'article 2, 1°. Voy. aussi M. ANTOINE, « L'objet et le domaine de la directive sur le commerce électronique », in E. MONTERO (sous la dir. de), *Le commerce électronique sur les rails ? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahier du CRID n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 3-4, n° 5-6.

contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire du service ». L'expression « presté normalement contre rémunération » peut constituer un problème au regard des services d'e-gouvernement. Conformément aux travaux préparatoires, sont exclus du champ d'application de la loi « les services fournis par l'Etat en matière d'enseignement scolaire, les activités liées à l'exercice de la justice, la délivrance en ligne de documents administratifs (certificats de domicile, de nationalité, de bonne vie et mœurs...), les informations culturelles ou touristiques d'une commune fournies en ligne... »³⁷, mais en matière de marchés publics, les contrats sont conclus à titre onéreux. Du reste, comme l'indique la Commission européenne dans son premier rapport sur l'application de la directive, celle-ci s'applique de façon horizontale à tous les domaines du droit touchant à la fourniture de services de la société de l'information, qu'il s'agisse de droit public, privé ou pénal³⁸.

Le champ d'application général ne semble donc pas constituer un obstacle à l'application de la loi aux marchés publics dématérialisés. Certains marchés de services (maintenance exécutée à distance, rapports de consultation transmis par voie électronique, par exemple), répondant la définition de services de la société de l'information et dans lesquels l'entrepreneur a la qualité de prestataire et l'administration celle de destinataire de

service, la loi devrait *a priori* pouvoir s'appliquer. On notera cependant qu'à l'exception de cette hypothèse spécifique, rares sont les marchés qui pourront être prestés « par voie électronique » ou « à distance » (les marchés de travaux ou de fournitures, par exemple). Les hypothèses dans lesquelles le texte est susceptible de trouver application sont donc assez limitées : dans le cas des services hybrides – fournis pour partie en ligne et pour partie hors ligne – est seule soumise à la nouvelle loi la partie *on line*³⁹.

2. Application de l'article 16 de la loi au formalisme des marchés publics

11. S'agissant plus spécialement de régler la question du formalisme des marchés publics, les articles 16 et 17 de la loi pourraient être invoqués⁴⁰. L'article 16 lève les obstacles formels à la conclusion des contrats par voie électronique en consacrant la théorie des équivalents fonctionnels, prônée par la CNUDCI dans sa loi-type sur le commerce électronique⁴¹. Ce mode de raisonnement, assez novateur, consiste dans un premier temps à rechercher les qualités fonctionnelles de la formalité en question pour ensuite vérifier si le procédé proposé pour conclure le contrat par voie électronique permet de préserver ces qualités⁴². Concrètement, l'article 16 introduit une clause transversale générale, prévoyant que « toute exi-

³⁷ Exposé des motifs du projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2100/001, p. 14 (ci-après, exposé des motifs). Voy. aussi E. MONTERO, M. DEMOULIN et C. LAZARO, « La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information », *J.T.*, 2004, p. 82.

³⁸ Voy. le rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, « Premier rapport sur l'application de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique ») », 21 novembre 2003, COM (2003), 702 final, p. 4.

³⁹ E. MONTERO, M. DEMOULIN et C. LAZARO, « La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information », *J.T.*, 2004, p. 82.

⁴⁰ Sur ces dispositions, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *op. cit.*, pp. 150 et s. ; Id., « La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information : une vue panoramique et trois zooms », *Ubiquité*, 2003, pp. 54-59 ; ; J. DUMORTIER et H. DEKEYSER, « Ruimen van juridische obstakels bij contracten langs elektronische weg », *Elektronische handel. Commentaar bij de wetten van 11 maart 2003*, Bruges, La Charte, 2003, pp. 168 et s.

⁴¹ « Dans leur tentative d'apporter une solution juridique à certains obstacles rencontrés par le commerce électronique, les auteurs de la loi-type se sont constamment référés aux situations juridiques connues dans le monde des documents-papier pour imaginer comment de telles situations pourraient être transposées, reproduites ou imitées dans un environnement dématérialisé » (E. CAPRIOLI et R. SORIEUL, « Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales », *J.D.I.*, 2, 1997, p. 382).

⁴² Sur ce thème, voy. E. CAPRIOLI et R. SORIEUL, « Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales », *op. cit.*, pp. 380-382 ; M. DEMOULIN et E. MONTERO, « La conclusion des contrats par voie électronique », in M. FONTAINE (sous la dir. de), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 716-717 ; D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, 2001, p. 124 ; Id., « La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle », *DAOR*, 2000/53, pp. 17-39 ; Y. FLOUR et A. GHOZI, « Les conventions sur la forme », *Rép. Defrénois*,

gence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées » (art. 16, § 1^{er}) et trois clauses transversales particulières visant les exigences de forme les plus répandues – l'écrit, la signature et les mentions manuscrites (art. 16, § 2). Pour le reste, le Roi est chargé « d'adapter toute disposition législative ou réglementaire qui constituerait un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique et qui ne serait pas couverte par les §§ 1^{er} et 2 » (art. 16, § 3).

Il faut toutefois préciser que toutes les exigences de forme ne sont pas soumises à l'article 16. Ne sont visées que les formalités relatives au processus contractuel⁴³ et qui sont susceptibles de constituer un obstacle à la conclusion des contrats par voie électronique. Par ailleurs, l'article 17 de la loi prévoit que l'article 16 n'est pas applicable à certaines catégories de contrats, et notamment ceux « pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique ». De manière générale, on considère qu'en vertu de cette disposition, tous les actes authentiques sont exclus de l'application de l'article 16⁴⁴, ce qui tendrait à écarter la plupart des actes administratifs adoptés à l'occasion de la passation ou de l'exécution des marchés publics. Raisonnant à partir de

l'article 9, § 2, b), de la directive sur le commerce électronique⁴⁵, A. Cantero estime que l'expression « autorités publiques » – reprise à l'article 17 de la LSSI – vise les administrations publiques, notamment lorsqu'elles « contractent dans l'intérêt général, imposent des clauses exorbitantes de droit commun, ou utilisent leurs prérogatives de puissance publique »⁴⁶. Elle ajoute que tel est indiscutablement le cas en matière de marchés publics⁴⁷. On notera néanmoins que s'agissant des marchés publics, les autorités publiques sont parties à la relation contractuelle. Or, tel que formulé, l'article 17 semble plutôt viser l'hypothèse où les pouvoirs publics interviennent en tant que tiers⁴⁸. Des hésitations sont donc permises quant à l'application de l'exception prévue à l'article 17⁴⁹.

12. Compte tenu des incertitudes liées à l'application de l'article 17 et des hypothèses assez limitées dans lesquelles la LSSI est susceptible de s'appliquer, il était délicat de s'en remettre à l'article 16 pour régler les exigences de forme des marchés publics requises *ad validitatem*. On peut donc se réjouir des modifications apportées au cadre normatif applicable aux marchés publics : pour l'essentiel, l'arrêté royal du 18 février 2004 définit les impératifs fonctionnels que les règles de forme énoncées (écrit, signature, etc.)⁵⁰⁻⁵¹ doivent respecter dans un environnement dématérialisé (sur ce point, voy.

2000, pp. 921-922, n° 26 ; I. DE LAMBERTERIE, « L'écrit dans la société de l'information », *Mélanges en l'honneur de D. Tallon. D'ici, d'ailleurs : harmonisation et dynamique du droit*, Paris, Société de législation comparée, 1999, pp. 131 et s.

⁴³ Cette notion doit être entendue de manière large, et ne fait pas de distinction entre les différentes branches du droit. A cet égard, des auteurs estiment qu'« à l'instar des autres dispositions de la loi, la clause transversale générale s'applique indifféremment en matière civile ou commerciale, aux concentrations d'entreprises, aux marchés publics, au contrat de travail, aux conventions collectives, etc. » (M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahier du CRID n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 155).

⁴⁴ M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *op. cit.*, 2003, p. 151.

⁴⁵ Cette disposition est transposée fidèlement à l'article 17 de la LSSI.

⁴⁶ A. CANTERO, *op. cit.*, pp. 184-185. Dans sa thèse, l'auteur s'intéresse plus particulièrement aux actes unilatéraux des communes mais en l'occurrence, ses réflexions visent plus largement les actes des administrations (étatiques, des collectivités locales), notamment contractuels. Sur la notion d'autorité administrative, voy. D. DE ROY, « Etre ou ne pas être... autorité administrative. Vers de nouvelles questions existentielles pour les A.S.B.L. satellites des institutions communales ? », *Rev. dr. comm.*, 2002, pp. 200-216.

⁴⁷ *Ibid.*, spéc. note 539.

⁴⁸ Il est vrai que les procédures liées à la passation des marchés sont soumises à divers types de contrôle (administratifs et budgétaire, de tutelle) et dans ce cadre, on pourrait estimer que l'intervention des autorités publiques est requise par la loi et qu'ils agissent en tant que tiers.

⁴⁹ Voy. D. KÉLÉSIDIS, « Le paquet législatif européen et la passation dématérialisée des marchés publics », *Contrats publics. L'actualité de la commande et des contrats publics*, 2003, n° 19, p. 48. Celui-ci se fonde sur la formulation des projets de directive pour estimer que l'art. 9, § 2, b), de la directive (transposé à l'art. 17 de la LSSI) ne vise pas les marchés publics.

⁵⁰ On peut en déduire que les règles du Code civil n'ont pas été jugées suffisantes par le législateur pour préserver les garanties à la source des formalités imposées.

⁵¹ Dès lors que les autorités publiques agissent avant tout pour protéger l'intérêt général, elles bénéficient de prérogatives particulières : ce formalisme constitue en effet « le meilleur adjuvant d'un jeu effectif de la concurrence dont les vertus servent autant les intérêts

infra, n° 19). Pour les aspects non réglés spécifiquement et sous réserve d'une éventuelle incompatibilité des règles de droit privé avec la nature de l'action administrative, on admet que le droit commun est d'application et spécialement les règles du Code civil⁵². Mais en présence d'une législation spécifique, les règles générales reprises dans la loi sur les services de la société de l'information doivent s'effacer⁵³.

II. Incidence des technologies de l'information et de la communication sur le droit des marchés publics

A. Comment introduire les moyens électroniques dans les procédures liées à la passation et à l'exécution des marchés publics ?

13. Comme indiqué dans la première partie de cette étude, les règles de droit privé énoncées dans la législation sur la signature électronique ou la loi sur les services de la société de l'information sont insuffisantes pour lever les obstacles formels à la passation et à l'exécution des marchés publics sous forme électronique. Au nombre des formalités administratives qui pourraient poser problème dans un cadre dématérialisé, les exigences relatives à l'écrit ou à la signature sont de loin les plus répandues :

traditionnellement, la plupart des actes administratifs sont en effet rédigés sur support papier – essentiellement pour en garantir l'intégrité – et signés par un agent habilité – pour l'identifier et attester de sa compétence⁵⁴. Pour autant que de besoin, de nombreuses formalités pourraient être accomplies dans un contexte dématérialisé, dès lors que, conformément à la théorie des équivalents fonctionnels, les fonctions traditionnellement reconnues à ladite formalité sont satisfaites.

S'agissant des exigences de type probatoire, la loi 9 juillet 2001 sur la signature électronique ou l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, peuvent être invoqués, pour autant que l'acte dont la preuve doit être rapportée n'est pas un acte authentique soumis à l'article 1317 du Code civil. On l'a vu, si l'acte authentique électronique est désormais reconnu par le législateur, son régime juridique est loin d'être fixé. Pour les autres règles de forme, la solution prévue à l'article 16 de la loi sur les services de la société de l'information pourra difficilement être invoquée. Dès lors, comment régler les hypothèses dans lesquelles l'exigence de forme – une signature par exemple – constitue une condition de légalité de l'acte ? A titre d'exemple, dans le cadre des marchés publics, l'offre du soumissionnaire doit être signée ; à défaut, la soumission doit être déclarée irrégulière et nulle⁵⁵.

14. Une intervention législative ou réglementaire était donc souhaitable⁵⁶. Sur la base des travaux menés au sein de la Commission des marchés publics, un arrêté royal fut adopté le 18 février 2004 pour introduire les

du pouvoir adjudicateur que ceux des entrepreneurs intéressés par la commande écrite » (D. DE ROY, « La dématérialisation des procédures liées aux marchés publics : enjeux, défis et opportunités actuelles », *Entr. et dr.*, 2001/4, p. 329).

⁵² D. BATSELE, P. FLAMME et P. QUERTAINMONT, *Initiation aux marchés publics*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 21 ; M.A. FLAMME, *Droit administratif*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 778-780, n° 304.

⁵³ Les règles de droit civil cèdent le pas aux règles spécifiques du droit administratif (P. BOUVIER, *op. cit.*, pp. 114-116, n° 120 ; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, 16^e éd., Antwerpen, Kluwer, 2002, pp. 3 et s. ; M.A. FLAMME, *Droit administratif*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 64 et s., n° 21 et s.).

⁵⁴ Sur la signature-compétence et la signature-intégrité, voy. A. CANTERO, *op. cit.*, pp. 225-234.

⁵⁵ L'article 89 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 prévoit que « Le soumissionnaire établit son offre et remplit le métré récapitulatif ou l'inventaire sur le formulaire éventuellement prévu dans le cahier spécial des charges. S'il les établit sur d'autres documents que le formulaire prévu, le soumissionnaire atteste sur chacun de ceux-ci que le document est conforme au modèle prévu dans le cahier spécial des charges (al. 1^{er}). Les documents sont signés par le soumissionnaire (al. 2) ». L'article 110, § 2, du même arrêté royal sanctionne par ailleurs de nullité « toute offre dont les dispositions dérogeraient aux prescriptions essentielles du cahier des charges, telles celles énumérées à l'article 89 ». Comp. M.-A. FLAMME *et al.*, *Commentaire pratique de la législation des marchés publics*, *op. cit.*, t. 1, pp. 967-968 et les références citées en notes. En France, voy. les hypothèses citées par D. VERET et C. FONGUE, « La signature électronique va-t-elle révolutionner le formalisme des marchés publics ? », *Gaz. Pal.*, doctr., 2001, pp. 137 et s.

⁵⁶ La France a déjà connu une telle réforme : voy. l'article 56 du Code des marchés publics et son décret d'application du 30 avril 2002. Sur cette réforme et ses antécédents, voy. D. LOTH, « Les TIC et le nouveau Code des marchés publics... Un rendez-vous manqué ? », in G. CHATILLON et B. DU MARAIS (sous la dir. de), *L'administration électronique au service des citoyens*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 97-104 ; A. CABANES et P. GAUDILLERE, « La dématérialisation des marchés publics : une réforme prometteuse mais inachevée », *Petites Affiches*, 28 mai 2003, n° 106, pp. 4 et s. ; L. BODIN, « La dématérialisation des procédures », *A.J.D.A.*, 2003, pp. 2355 et s.

moyens électroniques dans la législation sur les marchés publics (sur ce point, voy. *infra*, n^{os} 19 et s.). L'exemple cité au paragraphe précédent est désormais visé par un texte réglementaire qui admet que l'offre ou la demande de participation puisse être établie et/ou envoyée électroniquement⁵⁷. Quant à la signature, elle doit répondre aux conditions de l'article 81 *ter*, 1^o, nouveau de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. L'exigence de signature relative à l'offre du soumissionnaire dispose désormais d'un équivalent fonctionnel dans l'environnement dématérialisé : si cette offre est revêtue d'une signature électronique répondant à certaines conditions, l'exigence de signature est satisfaite.

15. Cette intervention réglementaire a un champ d'application limité : elle ne modifie que les arrêtés royaux pris en application de la loi du 24 décembre 1993⁵⁸. Or, on sait qu'en marge de ces textes, la procédure de passation et d'exécution des marchés publics est également soumise à de nombreuses règles administratives générales : contrôle administratif et budgétaire, contrôle de tutelle, transparence administrative (publicité de l'administration, motivation formelle des actes administratifs). Une dématérialisation partielle des procédures manque de sens : si le soumissionnaire transmet son offre par voie électronique, il serait regrettable que les divers contrôles et les transmissions d'information prévus par ces règles de droit administratif ne puissent se dérouler dans un contexte dématérialisé⁵⁹. A de rares exceptions près, les textes sont muets sur la question. Or, on sait qu'*a priori*, sauf disposition spécifique contraire, les moyens

électroniques permettront d'accomplir efficacement ces formalités. Reste à voir comment, juridiquement, régler la question⁶⁰.

16. L'enjeu de la réflexion est donc de déterminer si une intervention législative ou réglementaire est souhaitable, voire nécessaire, ou si, au contraire, une interprétation des règles existantes, le cas échéant par référence aux définitions et conditions d'utilisation des moyens électroniques, mentionnées dans l'arrêté royal du 18 février 2004, peut suffire. Une réponse nuancée s'impose de toute évidence. Sans prétendre trancher le problème, il nous semble qu'à tout le moins, divers éléments doivent être pris en considération.

Dès lors que les actes administratifs sont des actes authentiques soumis au prescrit des articles 1317 et suivants du Code civil⁶¹, la prudence s'impose, tant que les actes authentiques électroniques ne seront pas régis par des règles précises. Du reste, on ne peut faire l'économie d'un examen approfondi des formalités administratives, pour déterminer comment, techniquement et juridiquement, garantir le respect de ces exigences dans un contexte dématérialisé.

Il faut veiller à ne pas imposer des obligations supplémentaires sous prétexte que la procédure a lieu sous forme électronique : il serait discriminatoire et difficilement justifiable d'exiger une signature électronique en toute circonstance, alors même les garanties qu'elle peut apporter (identification, intégrité, confidentialité) ne sont pas requises dans « l'univers papier ».

⁵⁷ Le nouvel article 81 *quater*, § 1^{er}, al. 2, de l'A.R. du 8 janvier 1996 prévoit en effet que « le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis à publier ou dans le cahier spécial des charges, selon le cas, si les demandes de participation ou les offres peuvent également être établies par des moyens électroniques et/ou être envoyées par ces moyens » (une disposition similaire est insérée dans l'A.R. du 10 janvier 1996, art. 66 *quater*).

⁵⁸ Les notions d'écrit et de moyen électronique sont en effet définies « au sens du présent arrêté ».

⁵⁹ Voy. aussi, sur ce point, D. DE ROY, « La dématérialisation des procédures liées aux marchés publics : enjeux, défis et opportunités actuelles », *Entr. et dr.*, 2001/4, pp. 328-331. Il note ainsi que « nonobstant les garanties dont elles visent à assortir l'élaboration d'actes administratifs, 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 dématérialisation des procédures liées aux marchés publics seront déçus » (*Ibid.*, p. 330).

⁶⁰ En ce sens, voy. A. CANTERO (*op. cit.*, p. 198, n^o 236) qui estime que « l'approche de la notion d'écrit a permis de démontrer que cette forme ne constituait pas en elle-même et de façon générale un obstacle à la reconnaissance juridique des actes sous forme électronique qu'elle soit imposée à des fins probatoires ou de légalité. Mais cette analyse a également conduit à souligner le lien étroit entre la reconnaissance juridique de l'écrit et la signature. En conséquence, l'étude de la signature électronique constitue l'une des pierres angulaires de la dématérialisation des formes des actes unilatéraux des communes ». La même conclusion peut être tirée en matière de marchés publics dématérialisés.

⁶¹ Sur ce point, voy. *supra*, n^o 7.

17. Il est tentant de reproduire la méthode législative suivie en droit privé⁶² mais la complexité de la matière empêche de procéder de la sorte.

Pour transposer la directive sur le commerce électronique et lever les obstacles à la conclusion des contrats par voie électronique, le législateur belge a fait le choix d'adopter une clause transversale générale (art. 16, § 1^{er}, LSSI), trois clauses transversales particulières (art. 16, § 2, LSSI) et de laisser au Roi le soin d'adapter les exigences de formes qui ne seraient pas couvertes par ces clauses (art. 16, § 3, LSSI). A l'instar du législateur allemand, il aurait tout aussi bien pu procéder à un examen systématique de la législation en vigueur pour l'adapter, au cas par cas, au contexte dématérialisé. Cette approche présente l'avantage de « permettre l'introduction de modifications particulièrement appropriées en fonction des différentes formalités prescrites et des objectifs poursuivis par chacune d'entre elles »⁶³, mais elle n'est pas exempte d'inconvénients : la tâche est considérable compte tenu de délai de transposition, des dispositions peuvent être oubliées et il n'est pas exclu qu'au final, l'ensemble manque de cohérence.

Cette méthode pourrait poser problème pour lever les obstacles prévus dans des législations générales de droit administratif (qui ne s'appliquent pas exclusivement aux marchés publics). Il faut en effet tenir compte du paysage constitutionnel belge et des règles de répartition de compétences. Si l'autorité fédérale reste compétente pour « fixer les règles générales en matière de marchés publics »⁶⁴, les textes législatifs ou réglementaires consacrés au contrôle administratif et budgétaire, au contrôle de tutelle ou à la publicité de l'administration relèvent de la compétence des collectivités fédérées. On peut donc s'interroger sur la constitutionnalité d'une intervention – même indirecte⁶⁵ – de l'autorité fédérale dans les textes adoptés au niveau régional ou communautaire.

18. Pour autant que les textes n'interdisent pas explicitement de recourir aux moyens électroniques, une

solution relativement simple – sur le plan législatif surtout – pourrait consister à interpréter les notions d'écrit et de signature de manière évolutive, par référence aux exigences minimales du Titre IIIbis de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Cette méthode présente néanmoins l'inconvénient de laisser aux parties – et au juge en cas de contentieux – le soin d'apprécier les fonctions des exigences de forme – un visa, par exemple – ce qui pourrait conduire à une certaine insécurité juridique.

B. *L'arrêté royal du 18 février 2004 introduisant les moyens électroniques dans la législation sur les marchés publics*

19. Dans la loi sur les services de la société de l'information et la législation sur la signature électronique, il est fait application de la théorie des équivalents fonctionnels (avec une délégation au Roi pour les obstacles qui subsisteraient) pour lever les obstacles formels – probatoires et autres – à la conclusion des contrats par voie électronique. Sans procéder à un examen systématique et exhaustif⁶⁶ de celui-ci mais en analysant certaines de ses dispositions de manière ponctuelle, on se demandera si l'arrêté royal du 18 février 2004 procède de façon similaire pour introduire les moyens électroniques dans les arrêtés d'exécution de la loi du 24 décembre 1993. Des liens avec des règles de droit privé énoncées dans la première partie seront également mis en évidence.

20. Pour mémoire, outre quelques articles sur les définitions et conditions d'utilisation des moyens électroniques, les modifications introduites concernent essentiellement les offres et l'attribution du marché en appel d'offres et en adjudication ainsi que certaines dispositions particulières à la procédure négociée. Sont ainsi adaptés l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics (secteurs classiques) et l'arrêté

⁶² Sur cette méthode, voy. E. MONTERO, M. DEMOULIN et C. LAZARO, « La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information », *J.T.*, 2004, p. 89 ; M. DEMOULIN et E. MONTERO, « La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information : une vue panoramique et trois zooms », *Ubiquité*, 2003, pp. 55-56 ; J. DUMORTIER et H. DEKEYSER, « Ruimen van juridische obstakels bij contracten langs elektronische weg », *Elektronische handel. Commentaar bij de wetten van 11 maart 2003*, Bruges, La Charte, 2003, pp. 168-169.

⁶³ E. MONTERO, M. DEMOULIN et C. LAZARO, « La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information », *J.T.*, 2004, p. 89.

⁶⁴ Art. 6, § 1^{er}, VI, al. 3, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 (*M.B.*, 15 août 1980).

⁶⁵ Par le biais d'une clause transversale qui énoncerait, par exemple, que lorsqu'un visa est requis en matière de marchés publics, la formalité est réputée accomplie par le recours à une signature électronique répondant aux conditions de l'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001.

⁶⁶ Voy. D. DE ROY, « Vers des marchés publics 'en ligne' ? L'arrêté royal du 18 février 2004 introduisant les moyens électroniques dans la législation relative aux marchés publics », *J.T.*, 2004, à paraître.

royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (secteurs spéciaux). Quelques modifications sont également prévues dans l'arrêté royal 18 juin 1996 relatif à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications et dans l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics.

Notre propos portera essentiellement sur l'insertion d'un nouveau titre intitulé « Conditions d'utilisation des moyens électroniques ». Par souci de simplicité, nous ne nous référerons qu'aux modifications apportées à l'arrêté royal du 8 janvier 1996⁶⁷. Quatre nouvelles dispositions sont introduites (art. 81*bis* à 81*quinquies* de l'arrêté royal). L'article 81*bis* définit les notions d'écrit et de moyens électroniques ; l'article 81*ter* énonce les garanties minimales que les moyens électroniques doivent présenter ; l'article 81*quater* indique les hypothèses et les conditions dans lesquelles les moyens électroniques peuvent être utilisés et traite des envois par télégramme, télex, télécopieur et par lettre recommandée ; l'article 81*quin-*

quies concerne l'enregistrement des certaines données.

21. L'article 81*bis* définit l'écrit et le moyen électronique. Au sens de l'arrêté, il faut entendre par écrit « tout ensemble de mots ou de chiffres qui peut être lu, reproduit puis communiqué. Cet ensemble peut inclure des informations transmises et/ou stockées par des moyens électroniques. Un écrit établi par des moyens électroniques peut être envoyé ou remis par lettre ou par porteur ou être envoyé par des moyens électroniques »⁶⁸. A la différence de son homologue français⁶⁹, le législateur belge n'a pas inséré de définition de l'écrit dans le Code civil⁷⁰. Il faut néanmoins relever l'article 16, § 2, 1^{er} tiret, de la loi sur les services de la société de l'information qui précise « que l'exigence d'un écrit est satisfaite par une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ».

La clause transversale prévue à l'article 16 de la LSSI envisage l'écrit en tant qu'exigence minimale et énonce deux qualités fonctionnelles qui doivent être satisfaites pour qu'il y ait assimilation dans l'environnement dématérialisé : la lisibilité et la stabilité⁷¹. Les signes (lettres ou chiffres) doivent être intelligibles et accessibles, de sorte que l'ensemble soit *lisible*, directement ou à l'aide d'une machine et ils doivent pouvoir être consultés ultérieure-

⁶⁷ Il est procédé de manière identique dans l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (art. 66*bis* à 66*quinquies* nouveaux de l'arrêté), dans l'arrêté royal du 18 juin 1996 relatif à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (art. 19*bis* à 19*quinquies* nouveaux de l'arrêté) ainsi que dans l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics (ici, seules les définitions sont reprises : art. 3*bis* nouveau de l'arrêté).

⁶⁸ Cette définition s'inspire visiblement de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux, du 30 août 2000, COM (2000), 275 Final/2. A l'article 1^{er}, § 12, l'écrit est défini comme « tout ensemble de mots ou de chiffres qui peut être lu, reproduit puis communiqué. Cet ensemble peut inclure des informations transmises et stockées par des moyens électroniques ». Celle-ci fut adoptée par le Conseil en 3^e lecture le 3 février 2004. Cette directive fut adoptée le 31 mars 2004 (pour les références complètes, cf. note 1).

⁶⁹ L'article 1316 du Code civil français dispose que « la preuve littérale ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes et symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ». Cette définition ne vaut dès lors que pour l'écrit exigé à titre probatoire.

⁷⁰ Dans le rapport relatif à la proposition de loi introduisant de nouveaux moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire, il est précisé qu'« afin d'éviter de devoir introduire dans le Code civil un concept totalement nouveau tel que celui de « document » ou d'« information », ce qui mettrait en péril la cohérence du Code, le projet ne touche pas au concept d'« écrit ». Cette notion n'a nulle part été définie expressément dans le Code civil, mais la jurisprudence et la doctrine s'accordent de plus en plus pour considérer qu'il convient de l'interpréter de façon large et qu'il ne faut pas considérer comme écrit le seul texte manuscrit ou imprimé sur un support papier » (*Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 1999-2000, n° 38/008, pp. 30-31).

⁷¹ Sur les fonctions de l'écrit, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *op. cit.*, pp. 178-179 ; L. GUINOTTE, « La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 9 juillet 2001 », *J.T.*, 2002, p. 555 ; M. ANTOINE et D. GOBERT, « Pistes de réflexion pour une législation relative la signature digitale et au régime des autorités de certification », *R.G.D.C.*, 1998, pp. 290-292 ; E. DAVIO, « Preuve et certification sur Internet », *R.D.C.*, 1997, pp. 663-666.

ment, ce qui suppose une *stabilité* minimale. Parfois l'exigence d'inaltérabilité est également requise mais cette fonction est plus controversée⁷². L'arrêté royal parle quant à lui d'un *ensemble de mots ou de chiffres qui peut être lu, reproduit puis communiqué*. Outre que l'on peut regretter l'utilisation du terme « mot », l'exigence de stabilité n'apparaît pas clairement. Il est vrai néanmoins que l'exigence est supposée à l'article 81 *ter*, 3°, qui prévoit que les moyens électroniques doivent au moins garantir que « l'intégrité des communications, des échanges et des stocks de données soit garantie ».

L'article 16 consacre l'approche fonctionnelle, en distinguant l'écrit de son support ou mode de transmission⁷³. L'arrêté royal fait de même en des termes différents : *cet ensemble peut inclure des informations transmises et/ou stockées par des moyens électroniques. Un écrit établi par des moyens électroniques peut être envoyé ou remis par lettre ou par porteur ou être envoyé par des moyens électroniques*. La formulation de l'article 16 de la LSSI nous semble toutefois préférable : en indiquant que le support et les modalités de transmission étaient sans incidence, le législateur vise les hypothèses où le document est établi sur un autre support que le papier (sur CD-Rom par exemple), peu importe que celui-ci soit ensuite envoyé par lettre ou par porteur. Le Roi a néanmoins préféré préciser cet aspect, pour distinguer clairement le support de l'information du vecteur de transmission⁷⁴.

Si les termes diffèrent, l'objectif et la méthode utilisée sont manifestement similaires dans l'arrêté royal du 18 février 2004 et l'article 16 de la LSSI. On peut dès lors regretter la différence de formulation, qui pourrait conduire à des interprétations divergentes. L'insertion d'une définition de l'écrit dans le Code civil – à l'occasion de l'adoption de la législation sur la signature électro-

que ou de la LSSI – aurait peut-être permis d'éviter ce type d'écueils⁷⁵ (pour autant, bien sûr, que l'arrêté royal du 18 février 2004 y ait renvoyé explicitement). Encore aurait-il fallu savoir où insérer une telle définition, selon le champ d'application voulu (écrit *ad probationem* ou *ad validitatem*).

22. L'article 81 *ter* reprend les conditions que les moyens électroniques doivent au moins garantir, notamment en matière de signature électronique : celle-ci doit être « conforme aux règles du droit communautaire et du droit national relatives à la signature électronique avancée accompagnée d'un certificat qualifié et conçue au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature »⁷⁶. On peut regretter que l'arrêté royal ne renvoie pas explicitement à la loi du 9 juillet 2001, et plus précisément à l'article 4, § 4, qui consacre la théorie des équivalents fonctionnels et dont sont manifestement tirées les trois conditions : « signature électronique avancée », « accompagnée d'un certificat qualifié » et « conçue au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature ». D'un point de vue légistique, la formulation volontairement vague de l'arrêté royal peut se justifier : des risques d'incohérence sont à craindre si la législation à laquelle il est fait référence venait à être modifiée ou abrogée et que le texte de base ne soit pas amendé en conséquence.

S'agissant des deux premières conditions, le rapport au Roi précise que « la signature doit être une signature électronique avancée accompagnée d'un certificat qualifié, au sens de la directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques et tel que visé dans la loi du 25 mars 2003 modifiant la loi du 8 août 1983 organisant un registre national des personnes physiques et la loi du 19 juillet 1991 relative aux registres de la population et aux cartes d'identité et

⁷² Cette fonction est nettement plus problématique : si le support papier permettrait de déceler facilement les fraudes et compliquait dès lors les altérations du contenu, dans l'environnement dématérialisé, c'est plutôt la signature électronique qui permet de remplir cette fonction (D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, 2001, p. 124). En ce sens également, D. MOUGENOT, « Faut-il insérer une définition de l'écrit dans le Code civil », *Ubiquité*, 2000, pp. 124-125 ; voy. aussi le Guide de la CNUDCI pour l'incorporation dans le droit interne de la loi type sur le commerce électronique.

⁷³ M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *op. cit.*, pp. 176-177.

⁷⁴ Le rapport au Roi vise l'hypothèse où le document est établi sur support électronique et envoyé par lettre ou par porteur (un CD-Rom par exemple) ou par des moyens électroniques (par l'internet, par exemple).

⁷⁵ Sur l'opportunité d'une telle disposition, voy. D. MOUGENOT, « Faut-il insérer une définition de l'écrit dans le Code civil », *Ubiquité*, 2000, pp. 127-128 ; L. GUINOTTE, « La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 9 juillet 2001 », *J.T.*, 2002, p. 555 ; D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, 2001, pp. 120-121 et pp. 123-125 ; M. ANTOINE et D. GOBERT, « Pistes de réflexion pour une législation relative la signature digitale et au régime des autorités de certification », *R.G.D.C.*, 1998, p. 291. On notera cependant que ces contributions ont été rédigées avant l'adoption de la loi du 11 mars 2003.

⁷⁶ Cette obligation pèse sur les candidats ou soumissionnaires et sur le pouvoir adjudicateur.

modifiant la loi du 8 août 1983 organisant un registre national des personnes physiques ». On peut se demander pourquoi il est fait référence à la directive sur les signatures électroniques et pas à la loi du 9 juillet 2001 qui transpose assez fidèlement la directive. De même, le renvoi aux lois du 8 août 1983 et du 19 juillet 1991, telles que modifiées, laisse perplexe. Si ces textes, tels que modifiés par la loi du 25 mars 2003 essentiellement, règlent divers aspects liés à la signature électronique, il n'est question de certificat que dans certaines dispositions spécifiques ⁷⁷. Le rapport au Roi permet de comprendre la référence à ces textes : il précise en effet qu' « une candidature ou une offre signée à l'aide d'un certificat anonyme doit être rejetée ». Il faut en effet savoir que la loi du 9 juillet 2001 autorise le titulaire à obtenir un certificat avec un pseudonyme au lieu de son identité (art. 5, § 2) ⁷⁸. Ce droit à l'anonymat connaît toutefois deux tempéraments : le pseudonyme doit être identifié comme tel (annexe I, point c) et le prestataire doit conserver l'identité réelle pour pouvoir accomplir ses obligations dans le cadre de l'article 5, § 2, de la loi ⁷⁹. Si l'objectif était effectivement d'interdire les certificats anonymes, pourquoi ne pas le mentionner expressément dans l'arrêt royal, au nombre des conditions que doivent remplir les moyens électroniques ?

Pour la troisième condition – signature conçue au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature –, le rapport au Roi s'en remet à la loi du 9 juillet 2001 en reprenant les conditions de l'annexe III de la loi.

De manière générale, sous réserve des risques possibles en cas de recours à la législation par référence, on aurait préféré un renvoi explicite à l'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet, plutôt qu'une vague référence aux règles du droit communautaire et du droit national en matière de signature électronique. En ce sens, une formulation comparable à celle de l'article 16, § 2, 2^e tiret, aurait peut-être

été préférable (éventuellement, sans référence à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil).

23. Neuf autres conditions sont énumérées, pesant selon le cas sur les candidats ou soumissionnaires et sur les pouvoirs adjudicateurs (2^o, 3^o et 10^o) ou uniquement sur les pouvoirs adjudicateurs (4^o à 9^o). Sans entrer dans les détails, qu'il nous soit permis de relever que la plupart des conditions pourront être remplies par le recours à une signature électronique remplissant les critères énoncés au point 1^o : intégrité des communications, des échanges et des stockages de données (3^o), et confidentialité des informations, au sens large (4^o à 8^o). S'agissant de l'horodatage, on notera que la technique est similaire à celle utilisée en matière de cryptographie asymétrique ⁸⁰.

C. Les règles générales de droit administratif applicables aux marchés publics

24. Les procédures liées à la passation ou à l'exécution des marchés publics sont également soumises à diverses règles générales de droit administratif (contrôle administratif et budgétaire, contrôle de tutelle, transparence administrative). Sans revenir sur la méthode à privilégier pour permettre la réalisation de ces formalités dans un contexte dématérialisé (sur ce point, voy. *supra*, n^{os} 13 et s.), le propos consistera à pointer l'une ou l'autre exigence formelle pour voir si, techniquement et juridiquement, elle pourrait être valablement accomplie par voie électronique.

1. Le contrôle administratif et budgétaire et le contrôle de tutelle

25. Les procédures liées à la passation et à l'exécution d'un marché public sont relativement complexes ⁸¹ :

⁷⁷ Dans la loi du 8 août 1983, il est question de certificat à plusieurs reprises : pour préciser que le Registre national enregistre et conserve les informations relatives à l'existence d'un certificat d'identité et de signature (art. 3, al. 1^{er}, 12^o) ; pour indiquer le rôle joué par l'administration du Registre national entre les différents acteurs en matière de certificat d'identité et de signature électronique (art. 9) ; pour énoncer les tâches du Comité sectoriel du Registre national en la matière (art. 16, al. 1^{er}, 7^o et 8^o). Dans la loi du 19 juillet 1991, les dispositions mentionnant la signature électronique et les certificats concernent la carte d'identité électronique (voy. notamment les articles 6 et 6bis de la loi).

⁷⁸ Voy. aussi l'art. 8, § 3, de la directive sur la signature électronique.

⁷⁹ A ce sujet, D. GOBERT, « Cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification : analyse de la loi du 9 juillet 2001 », *La preuve*, Liège, Formation permanente CUP, 2002, pp. 116-117.

⁸⁰ M. DEMOULIN, « Aspects juridiques de l'horodatage des documents électroniques », *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahier du CRID n^o 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 44-46).

⁸¹ D. BATSELE, P. FLAMME et P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, pp. 336-337, n^o 409. Voy. aussi D. DE ROY, « L'application du droit des marchés publics aux A.S.B.L. subventionnées », *J.T.*, 2001, pp. 229-230 ; Id., « La dématérialisation des procédures liées aux marchés publics : enjeux, défis et opportunités actuelles », *Entr. et dr.*, 2001/4, p. 330.

différentes phases se succèdent (établissement du cahier des charges, décision d'attribuer le marché, notification de cette décision, etc.), chacune d'elle étant soumise à des règles très précises et formalistes. Parmi celles-ci figurent les dispositions en matière de contrôle administratif et budgétaire (a) ou de contrôle de tutelle sur les actes des collectivités locales (b) : dès lors que les deniers publics sont engagés, il est nécessaire de mettre en place un certain nombre de garanties ; les actes de l'administration subissent ainsi le triple contrôle de légalité, de régularité et d'opportunité ⁸².

a. Le contrôle administratif et budgétaire

26. En termes budgétaires, on distingue traditionnellement quatre étapes ⁸³ : l'engagement, la liquidation, l'ordonnement et le paiement de la dépense. Il ne saurait être question d'examiner en détail ces différents stades. Bornons-nous à relever l'une ou l'autre formalité – visa, avis préalable, échanges d'informations – pour voir comment elles pourraient être accomplies dans un contexte dématérialisé ⁸⁴.

27. Pour autant que les montants des marchés dépassent certains seuils, le visa du contrôleur des engagements est requis ; ce dernier doit vérifier si la dépense peut être imputée à un article du budget (engagement comptable). Ce visa doit intervenir avant que la décision d'attribution du marché ne soit notifiée, préalablement donc à l'engagement juridique du pouvoir public ⁸⁵. A un stade ultérieur de la procédure, et pour quelques mois encore, le visa de la Cour des comptes est exigé pour que l'ordon-

nance de paiement soit acquittée par le Trésor (art. 14 de la loi du 29 octobre 1846 relative à l'organisation de la Cour des comptes ⁸⁶). Par ailleurs, lors de l'ordonnement par l'administration qui effectue la dépense, un document, l'« ordonnance de paiement », doit être signé par le ministre ou un fonctionnaire et muni du visa du contrôleur des engagements ⁸⁷.

Avant de déterminer comment cette exigence pourrait être accomplie par voie électronique, une remarque s'impose. Si la procédure de passation n'est pas entièrement dématérialisée, on voit mal comment un visa électronique pourrait être apposé : si l'entrepreneur envoie son offre au format papier, le dossier pourra difficilement être transmis électroniquement aux différents intervenants. Or, l'arrêté royal du 18 février 2004 interdit au pouvoir adjudicateur d'« imposer l'utilisation des moyens électroniques à quelque stade que ce soit de la procédure » (art. 81^{quater}, § 1^{er}, al. 1^{er} nouveau de l'A.R. du 8 janvier 1996). Il ajoute que « des demandes de participation ou des offres peuvent être établies partiellement par des moyens électroniques et partiellement sur un support papier » (art. 81^{quater}, § 1^{er}, al. 3, nouveau de l'A.R. du 8 janvier 1996). Même à l'avenir, des offres seront toujours transmises sans recourir aux moyens électroniques. Pour résoudre ce problème, on pourrait imaginer qu'au stade de l'examen des offres, un rapport d'analyse soit réalisé sous format électronique et que celui-ci soit transmis aux différentes intervenants. Mais encore faut-il que le contrôleur puisse avoir accès aux pièces (sur ce point, voy. *infra*, n° 29).

En admettant donc que le dossier soit transmis sous

⁸² D. BATSELE, P. FLAMME et P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, pp. 336-337, n° 409.

⁸³ Sur ce point, voy. D. BATSELE, P. FLAMME et P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, pp. 123 et s., n° 111 et s. ; C. DARDENNE, A. DELVAUX, G. DEREAU, A.-L. DURVIAUX, A. MOUTHUY, J. NOEL, M.-T. ROLAND et M. VAN DER STICHELE, *Les marchés publics. Droits belge et européen. Principes et applications*, vol. 2, Charleroi, Esimap, 2001, pp. 936 et s., n° 1169 et s. En France, voy. D. THOMAS, « Les relations entre le droit des marchés publics et le droit budgétaire et comptable », *R.D.P.*, 1997, pp. 1101-1137.

⁸⁴ En France, la procédure budgétaire de l'Etat a été profondément réformée par la loi du 1^{er} août 2001 qui modifia l'ordonnance du 2 janvier 1959 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005). Le processus de paiement sera alors également dématérialisé. Sur ce point, voy. A. CABANES et P. GAUDILLERE, « La dématérialisation des marchés publics : une réforme prometteuse mais inachevée », *Petites Affiches*, 28 mai 2003, n° 106, pp. 4 et s.

⁸⁵ Conformément à l'article 49 des lois sur la comptabilité de l'Etat, coordonnées le 17 juillet 1991, l'approbation du contrat ne peut être notifiée avant d'avoir reçu le visa du contrôleur des engagements, ce qui garantit que tout engagement juridique sera précédé de l'engagement budgétaire correspondant.

⁸⁶ Cet article est abrogé par l'article 10 de la loi du 22 mai 2003 modifiant la loi du 29 octobre 1846 relative à l'organisation de la Cour des comptes. L'entrée en vigueur de cette loi est reportée au 1^{er} janvier 2005 (A.R. du 23 décembre 2003 reportant l'entrée en vigueur de la loi du 22 mai 2003 modifiant la loi du 29 octobre 1846 relative à l'organisation de la Cour des comptes, *M.B.*, 22 janvier 2004).

⁸⁷ L'art. 50 des lois sur la comptabilité de l'Etat, coordonnées 17 juillet 1991, prévoit en effet que « les ordonnancements effectués à charge du budget sont visés par le contrôleur des engagements, qui veille à ce qu'ils n'excèdent pas le montant des engagements auxquels ils se rapportent ».

forme électronique ⁸⁸ au contrôleur des engagements, par exemple, comment pourrait-il apposer son visa sous forme électronique ? Cette hypothèse n'est pour l'heure pas envisagée dans les textes. Concrètement, pour autant que la finalité assignée à la formalité soit respectée, celle-ci devrait pouvoir être accomplie par voie électronique (principe de l'équivalence fonctionnelle). Le visa du contrôleur de l'engagement pourrait prendre la forme d'une signature électronique, jointe à la décision d'attribution du marché. Le visa n'est certes plus apposé sur un document écrit mais la signature électronique permet de garantir l'intégrité des données. Quant à la signature, elle permet de déterminer l'identité du fonctionnaire et sa compétence. La signature électronique atteint également cet objectif. Signalons encore que cette formalité du contrôle administratif et budgétaire n'est pas considérée comme une formalité substantielle, sanctionnée de nullité relative. En cas de non respect, l'acte administratif qui lui fait suite (la décision d'attribution du marché) n'est pas affecté ⁸⁹.

Par ailleurs, le « dossier » devra transiter d'un service à l'autre et à chaque étape, une nouvelle signature électronique devra, le cas échéant, être apposée, ce qui requiert l'établissement de principes très précis pour l'archivage et l'horodatage des écrits successifs ⁹⁰.

28. L'Inspecteur des Finances doit également intervenir pour apprécier la légalité, la régularité et l'opportunité de la dépense envisagée. Au sein de l'Etat fédéral et des collectivités fédérées, les arrêtés de gouvernements compétents prévoient que les propositions de nature à entraîner une répercussion financière directe ou indirecte doivent être soumises, pour avis préalable, à l'Inspecteur des Finances ⁹¹. L'attribution de marchés publics présente bien entendu cette caractéristique. Les textes précisent néanmoins que, dans le cas de marchés publics de travaux, de fournitures et de services, lorsque la dépense ne dépasse pas un seuil déterminé, son avis préalable n'est pas requis ⁹². Il reste néanmoins autorisé à réclamer pour avis les propositions de marchés publics inférieures aux montants indiqués. Le rapport au Roi de l'arrêté royal du 16 novembre 1994 relatif au contrôle administratif et budgétaire indique par ailleurs que « le contrôle s'exerce sous la forme d'un *avis écrit* et motivé, lequel doit se conclure par une appréciation favorable ou défavorable » ⁹³. Sous réserve de ce qui a été dit au point précédent, rien n'empêche que l'avis préalable de l'Inspecteur des Finances soit attaché électroniquement au dossier et revêtu d'une signature numérique.

29. De même, au cours du processus de contrôle administratif et budgétaire, certaines informations ⁹⁴ vont

⁸⁸ Tel peut être le cas si toutes les pièces de la procédure ont été transmises sous forme électronique et/ou si un rapport d'analyse est rédigé et transmis au format électronique.

⁸⁹ P. Bouvier estime à cet égard que « l'explication réside dans la circonstance que le Conseil d'Etat a été institué principalement pour protéger les administrés contre les illégalités de l'administration » (P. BOUVIER, *op. cit.*, p. 104, n° 105). Il se demande néanmoins s'il ne leur est pas « porté atteinte en obérant les deniers de l'Etat ».

⁹⁰ Sur ces points, voy. M. DEMOULIN, « Aspects juridiques de l'horodatage des documents électroniques », *op. cit.*, pp. 43-68 ; M. DEMOULIN ET D. GOBERT, « L'archivage dans le commerce électronique : comment raviver la mémoire », *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahier du CRID n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 101-130.

⁹¹ Art. 14, 2° de l'arrêté royal du 16 novembre 1994 relatif au contrôle administratif et budgétaire (*M.B.*, 17 janvier 1995). Pour les collectivités fédérées, voy. l'arrêté du Gouvernement wallon du 17 juillet 1997 relatif au contrôle administratif et budgétaire (*M.B.*, 8 août 1997), art. 14 ; l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 11 décembre 1995 relatif au contrôle administratif et budgétaire (*M.B.*, 15 mars 1996), art. 14. Voy. néanmoins la formulation différente de l'arrêté du Gouvernement flamand du 19 janvier 2001 relatif au contrôle budgétaire et à l'établissement du budget (*M.B.*, 20 février 2001), art. 18.

⁹² Art. 15 de l'arrêté royal du 16 novembre 1994 relatif au contrôle administratif et budgétaire ; art. 15 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 17 juillet 1997 relatif au contrôle administratif et budgétaire ; art. 15 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 11 décembre 1995 relatif au contrôle administratif et budgétaire ; art. 18 de l'arrêté du Gouvernement flamand relatif au contrôle budgétaire et à l'établissement du budget. A noter que les montants varient d'une collectivité à l'autre.

⁹³ Nous soulignons.

⁹⁴ Au cours de l'exécution du marché, un contrôle interne est également réalisé par les représentants du pouvoir adjudicateur. S'agissant des marchés de travaux, l'article 26, § 2, du Cahier Général des Charges (Annexe à l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, *M.B.*, 18 octobre 1996) prévoit en effet que « [...] le pouvoir adjudicateur exerce le contrôle des travaux, notamment par la délivrance d'ordres de service ou l'établissement de procès-verbaux. Les ordres de service, les procès-verbaux et tous autres actes ou pièces relatifs au marché sont notifiés à l'entrepreneur ou à son délégué, soit par lettre recommandée déposée à la poste, soit par lettre remise contre récépissé, soit par exploit d'huissier ».

devoir être échangées entre les intervenants. Les lois coordonnées sur la comptabilité de l'Etat disposent par exemple que « les contrôleurs des engagements peuvent se faire fournir tous documents, renseignements et éclaircissements relatifs aux engagements et aux ordonnancements » (art. 51). De même, conformément à l'arrêté royal du 16 novembre 1994 relatif au contrôle administratif et budgétaire ⁹⁵, les Inspecteurs des Finances « accomplissent leur mission sur pièces et sur place. Ils ont accès à tous les dossiers et à toutes les archives du département et reçoivent des services tous les renseignements qu'ils demandent » (art. 20). Rien n'empêche que ces échanges d'informations aient lieu par voie électronique, pour autant bien sûr que les données soit numérisées, ce qui est loin d'être garanti pour tous les dossiers.

30. On peut aussi rappeler que les documents – au format électronique ou sur support papier – doivent être signés par les fonctionnaires compétents. Au niveau fédéral, les délégations de pouvoir sont régies aux articles 6 et suivants de l'arrêté royal du 14 octobre 1996 relatif au contrôle préalable et aux délégations de pouvoir en matière de passation et d'exécution des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et en matière d'octroi de concessions de travaux publics au niveau fédéral ⁹⁶. Les autorités compétentes peuvent ainsi déléguer leurs pouvoirs aux titulaires de fonctions qu'ils désignent, dans le respect des limites énoncées dans l'arrêté royal du 14 octobre 1996. Il est précisé que « le pouvoir de choisir le mode de passation, le pouvoir d'arrêter le cahier spécial des charges et le pouvoir d'engager la procédure peuvent

être délégués pour autant que l'objet du marché ait été approuvé au préalable par l'autorité compétente ». Cette approbation pourrait intervenir en recourant aux TIC.

b. Le contrôle de tutelle

31. Généralement, les actes de communes – et notamment ceux qui concernent les marchés publics – sont soumis au contrôle de tutelle des Régions. Celles-ci ont adopté des règles spécifiques en la matière, pour les communes qui relèvent de leur compétence ⁹⁷.

32. Les Régions wallonne et flamande exercent une tutelle générale d'annulation sur le choix du mode de passation et les conditions du marché ⁹⁸ ainsi que sur les décisions d'attribution du marché (de la compétence du collège des bourgmestre et échevins, art. 236 de la nouvelle loi communale) ⁹⁹. En effet, conformément à l'article 13 du décret du 1^{er} avril 1999 organisant la tutelle sur les communes, les provinces et les intercommunales de la Région wallonne ¹⁰⁰, « le Gouvernement peut réclamer à la commune, à la province ou à l'intercommunale la transmission des actes dont il détermine la liste, accompagnés de leurs pièces justificatives ». Si l'acte en question viole la loi ou blesse l'intérêt général, il peut être annulé (art. 13, § 2). Rien n'empêche que cette transmission ait lieu par voie électronique. Le recours à la signature électronique devrait garantir la confidentialité, l'intégrité et l'identification. Il faut également que soit associé un mécanisme d'horodatage, pour fixer avec précision la date de réception de l'acte. En effet, l'article 13, § 3, du

⁹⁵ Les textes des collectivités fédérées mentionnés aux notes précédentes prévoient des modalités similaires.

⁹⁶ *M.B.*, 24 octobre 1996.

⁹⁷ Décret du Conseil flamand du 28 avril 1993 portant réglementation, pour la Région flamande, de la tutelle administrative sur les communes, *M.B.*, 3 août 1993 ; Décret du 1^{er} avril 1999 organisant le tutelle sur les communes, les provinces et les intercommunales de la Région wallonne, *M.B.*, 7 mai 1999 ; Ordonnance du 14 mai 1998 organisant la tutelle administrative sur les communes de la Région de Bruxelles-Capitale, *M.B.*, 17 juillet 1998.

⁹⁸ De la compétence du Conseil communal, art. 234 de la nouvelle loi communale

⁹⁹ D. BATSELE, P. FLAMME et P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, pp. 374 et s., n^{os} 465-466.

¹⁰⁰ Sur ce thème, voy. G. CUSTERS, « La tutelle sur les communes, les provinces et les intercommunales en Région wallonne », *Rev. dr. comm.*, 2000, pp. 191-197 ; P. NIHOUL, *Tout savoir sur la Région wallonne et la Communauté française*, Bruxelles, Kluwer, 2000, pp. 134-137. En Région flamande, voy. les articles 28 et suivants du décret du Conseil flamand du 28 avril 1993. En vertu de l'art. 28, « une liste contenant un bref exposé des questions ayant fait l'objet des délibérations du Conseil communal est adressée au gouverneur de province dans un délai de 20 jours de la date où elles ont été prises ». En cas de violation de la loi ou d'atteinte à l'intérêt général, l'exécution de la délibération peut être suspendue par le gouverneur de province (art. 30, § 1^{er}). Les autorités peuvent adresser un arrêté justificatif au gouvernement régional flamand (art. 30, § 2). Celui-ci peut annuler par arrêté motivé la délibération suspendue par laquelle les autorités communales violent la loi ou portent préjudice à l'intérêt général (art. 30, § 3). Rien ne s'oppose à ce que cette procédure ait lieu par voie électronique, par le recours à une signature électronique associée à un système d'horodatage (pour contrôler le respect des délais prévus aux articles 30 et suivant).

décret du 1^{er} avril 1999 dispose que trente jours après la réception de l'acte par le gouvernement régional, celui-ci n'est plus susceptible d'annulation.

33. Le mécanisme est un peu différent en Région de Bruxelles-Capitale : outre la tutelle générale d'annulation, certains actes des communes, parmi lesquels des décisions en matière de marchés publics, sont également soumis à une tutelle d'approbation¹⁰¹.

34. L'application de ces principes suppose la transmission de divers actes¹⁰². A cet égard, l'utilisation des moyens électroniques est expressément envisagée à l'article 3 de l'ordonnance du 14 mai 1998 organisant la tutelle administrative sur les communes de la Région de Bruxelles-Capitale.

Celui-ci dispose que :

« Pour l'application de la présente ordonnance, la transmission des actes des autorités communales et des arrêtés du gouvernement se fait soit par lettre recommandée à la poste avec accusé de réception, soit par porteur moyennant la remise d'un récépissé.

Le gouvernement peut autoriser ces envois par courrier électronique, authentifié par une signature électronique ».

Historiquement, la transmission électronique était prévue dans le projet d'ordonnance de 1998. Suite à un avis négatif du Conseil d'Etat, cette possibilité fut supprimée : la section de législation estimait en effet que « pour commode qu'il soit, le procédé consistant à transmettre des documents par voie électronique n'offre pas, en cas de contestation, les mêmes garanties que présente la transmission de documents sur lesquels est apposée la signa-

ture manuscrite du fonctionnaire public compétent. Il est rappelé à ce sujet, que l'acte revêtu de la signature manuscrite d'un fonctionnaire public agissant dans les limites de ses attributions est, conformément aux articles 1317 et suivants du Code civil, un acte authentique dont l'exactitude ne peut être contestée que par la voie d'une inscription de faux. Tel n'est pas le cas d'un document transmis par un procédé électronique. En l'état actuel des règles du droit commun de la preuve – lesquelles sont contenues dans le Code civil et échappent à la compétence des régions –, les difficultés de preuve qui surgiraient, en cas de litige, du fait du recours au mode envisagé de transmission des documents, sont telles qu'il est certainement préférable d'y renoncer »¹⁰³.

L'ordonnance du 14 mai 1998 fut modifiée en 2002¹⁰⁴ : l'utilisation du courrier électronique, authentifié par une signature électronique, est désormais prévue. S'il est vrai que la signature électronique est régie en droit belge par la loi du 9 juillet 2001 et l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, il existe encore des zones d'ombre en matière d'acte authentique électronique (sur ce point, voy. *supra*, n° 6). Or, l'objection du Conseil d'Etat portait notamment sur ce point.

2. *Transparence administrative*

a. La publicité de l'administration

35. Des mesures de publicité assez complexes sont prévues dans la législation sur les marchés publics aux différents stades de la procédure (publicité du marché propre-

¹⁰¹ Le choix du mode de passation et la fixation des conditions des marchés de travaux, de fournitures et de services sont soumis à l'approbation du Gouvernement régional lorsque la valeur globale du marché est supérieure à un certain montant (249.600 EUR, hors TVA pour les marchés de fournitures et de services et 500.000 EUR hors TVA pour les marchés de travaux (art. 13, 12°, a). L'approbation n'est pas requise pour les marchés visés à l'art. 17, § 2, 1°, C, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (art. 13, 12°, b). La décision des autorités communales n'est donc pas immédiatement exécutoire. Pour les actes qui échappent à cette tutelle d'approbation et par lesquels l'autorité communale viole la loi ou blesse l'intérêt général, une tutelle générale de suspension et d'annulation peut être exercée par le Gouvernement régional (art. 9 et 10 de l'ordonnance du 14 mai 1998).

¹⁰² Voy. également les art. 6 à 8 de l'ordonnance du 14 mai 1998.

¹⁰³ Avis du Conseil d'Etat sur le projet d'ordonnance organisant la tutelle administrative sur les communes de la Région de Bruxelles-Capitale, *Doc. Cons. de la Région de Bruxelles-Capitale*, sess. ord. 1996-1997, n° A 179/1, p. 27. Certains parlementaires ont exprimé une opinion contraire compte tenu de la probable évolution du cadre normatif en la matière. Sur ce point, voy. aussi R. WITMEUR et B. CADRANEL, « La tutelle sur les communes en Région de Bruxelles-Capitale », *Rev. dr. comm.*, 1999, pp. 139-140.

¹⁰⁴ Art. 2 de l'ordonnance du 18 avril 2002 modifiant l'ordonnance du 14 mai 1998 organisant la tutelle administrative sur les communes de la Région de Bruxelles-Capitale, *M.B.*, 8 mai 2002.

ment dite ¹⁰⁵, information des entreprises sur la décision – positive ou négative – d’attribution du marché ¹⁰⁶, etc.).

Conformément à l’arrêté royal du 18 février 2004, certaines mesures de publicité peuvent être accomplies par voie électronique ¹⁰⁷. Du reste, diverses initiatives avaient déjà été prises : s’agissant des obligations de publicité préalables à la passation du marché, les moyens électroniques peuvent être utilisés tant par le pouvoir adjudicateur pour la transmission de l’avis au service chargé de le publier que par les soumissionnaires potentiels pour sa consultation ¹⁰⁸.

Ainsi pour les avis de marché à publier au niveau européen, des formulaires standard sont à utiliser ¹⁰⁹. Un avis officiel du SPF Chancellerie et Services généraux et Ministère de la Justice précise où et comment lesdits avis peuvent être adressés ¹¹⁰. Pour la publication au *Journal officiel des Communautés européennes*, ils peuvent être transmis par courrier électronique ¹¹¹. Par contre, pour la

publication au *Bulletin des Adjudications*, l’avis précise que « dans un premier temps, il ne sera pas possible, pour les envois d’avis de marchés au *Bulletin des Adjudications*, d’utiliser le courrier électronique ou de remplir un formulaire disponible sur le site web. Les formulaires standard seront disponibles et pourront être téléchargés via le site du Ministère de la Justice <http://www.moniteur.be>. La date de la mise à disposition de pareilles fonctions sera annoncée ultérieurement ».

En Belgique ¹¹², la publication officielle intervient par le biais du *Bulletin des Adjudications*, publication hebdomadaire de l’Etat belge. La publication est rattachée au *Moniteur belge*. Depuis le 1^{er} janvier 2003, seuls trois exemplaires sont publiés au format papier et déposés à la Bibliothèque royale de Belgique, auprès du ministre de la Justice et à la direction du *Moniteur belge* ¹¹³. Pour le reste, il ne peut être consulté que sur le site web de la Direction du *Moniteur belge* ¹¹⁴. On peut dès lors se demander si le principe d’égalité est réellement res-

¹⁰⁵ Les règles varient en fonction du secteur concerné, du type de marché ou de la procédure choisie. Sur ce point, voy., V. VANDEN ACKER, « La nouvelle réglementation des marchés publics : publicité et mise en concurrence, quels changements apportés par les nouveaux textes », *C.D.P.K.*, 1997, pp. 197-209 ; D. BATSELE, P. FLAMME et P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, pp. 193 et s., n^{os} 195 et s.

¹⁰⁶ Voy. par exemple les articles 25 et 26 de l’A.R. du 8 janvier 1996. Cf. D. BATSELE, P. FLAMME et P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, pp. 241-244, n^{os} 244-246.

¹⁰⁷ Le nouvel article 81 *quater*, § 1^{er}, alinéa 4, de l’arrêté royal du 8 janvier 1996 prévoit ainsi que « la candidat ou le soumissionnaire et le pouvoir adjudicateur peuvent convenir, à quelque stade que ce soit de la procédure après réception des demandes de participation ou des offres d’établir et/ou envoyer leurs écrits par des moyens électroniques ».

¹⁰⁸ A ce sujet, voy. D. DE ROY, « La dématérialisation des procédures liées aux marchés publics : enjeux, défis et opportunités actuelles », *Entr. et dr.*, 2001/4, pp. 332-333 ; D. D’HOOGHE, « Alternatieve bekendmaking van overheidsopdrachten, marktverkenning en het gebruik van de informatietechnologie », *Entr. et dr.*, 2000, pp. 104 et s. En France, voy. D. VERET et C. FONGUE, « La signature électronique va-t-elle révolutionner le formalisme des marchés publics ? », *Gaz. Pal.*, doctr., 2001, p. 137 ; L. BODIN, « La dématérialisation des procédures », *A.J.D.A.*, 2003, pp. 2356 et s.

¹⁰⁹ A.R. du 22 avril 2002 modifiant certains arrêtés royaux exécutant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *M.B.*, 30 avril 2002. Pour les avis qui ne sont soumis à la publicité qu’au niveau belge, voy. l’A.R. du 29 février 2004 déterminant des formulaires standard pour les marchés publics non soumis à la publicité européenne, *M.B.*, 8 mars 2004. Le rapport au Roi de ce dernier texte précise que « dans le cadre de la modernisation de l’administration, les pouvoirs adjudicateurs pourront dans un avenir proche envoyer les avis de marché à publier au Bulletin des Adjudications non plus seulement par lettre ou par télécopie mais également par les moyens électroniques. Si l’on veut tirer un avantage maximum de ce nouveau mode de transmission tant pour les pouvoirs adjudicateurs que pour les entreprises, il s’impose de définir des modèles d’avis standard pour les marchés ne devant être publiés qu’au niveau belge, et de rendre obligatoire l’utilisation de ces modèles ».

¹¹⁰ Avis officiel du Service public fédéral Chancellerie et Services Généraux et Ministère de la Justice, « Marchés publics et marchés du régime classique et des secteurs spéciaux – Nouveaux modèles d’avis à utiliser à partir du 1^{er} mai 2002 », *M.B.*, 30 avril 2002, p. 18119. Cet avis est également publié au *Bulletin des Adjudications*, 30 janvier 2004.

¹¹¹ Les formulaires en question et de nombreuses informations sont disponibles sur le site <http://simap.eu.int>.

¹¹² Au niveau européen, les avis peuvent être consultés sur le site <http://ted.publications.eu.int>, qui reprend notamment les avis provenant des Etats membres de l’Union européenne.

¹¹³ Art. 472-478 de la loi-programme du 24 décembre 2002, *M.B.*, 31 décembre 2002.

¹¹⁴ www.moniteur.be.

pecté.¹¹⁵ Car si les réflexions menées actuellement pour adapter le droit des marchés publics à la dématérialisation des procédures se préoccupent de ce principe (égalité dans l'accès aux procédures, égalité des moyens de communication, égalité dans le choix des supports et moyens de communication électroniques)¹¹⁶, dans ce cas-ci l'entrepreneur n'a d'autre choix que de recourir aux nouvelles technologies. D. De Roy relève le paradoxe : « pourquoi se demander si un entrepreneur dispose des moyens informatiques lui permettant d'établir et d'adresser à un pouvoir adjudicateur un écrit électronique contenant l'offre établie dans le cadre de la procédure d'attribution d'un marché, alors même qu'il n'aura, en principe, été informé de la perspective de passation de ce marché qu'en consultant le *Bulletin des adjudications*...exclusivement disponible sur le site internet du *Moniteur belge* ? »¹¹⁷

36. Parallèlement, un corpus législatif relatif à la publicité de l'administration en général s'est constitué, au niveau de l'Etat fédéral, des collectivités fédérées et des collectivités provinciales et locales¹¹⁸. Ces législations régissent la publicité active et la publicité passive. Pour mémoire, la première désigne les initiatives que l'administration doit prendre en la matière et la seconde octroie aux administrés un droit d'accès aux documents administratifs (voy. aussi l'article 32 de la Constitution).

La législation sur les marchés publics est particulièrement détaillée en la matière mais à défaut de dispositions spécifiques, dans certaines hypothèses particulières, les règles générales pourraient être invoquées. En matière de publicité passive, des soumissionnaires écartés de l'attribution du marché pourraient ainsi demander de consulter certaines pièces du dossier (dans la perspective d'un re-

¹¹⁵ Saisi d'un recours en annulation des articles 474, 475, 476 et 478 de la loi-programme du 24 décembre 2002, la Cour d'arbitrage a estimé récemment que, du fait de ces dispositions, « un nombre important de personnes se verront privées de l'accès effectif aux textes officiels en particulier par l'absence de mesures d'accompagnement qui leur donneraient la possibilité de consulter les textes, alors qu'elles avaient la possibilité, antérieurement, de prendre connaissance du contenu du *Moniteur belge* sans devant disposer d'un matériel particulier et sans avoir d'autre qualification que de savoir lire. » (B.21.) Elle ajoute que « Faute d'être accompagnée de mesures suffisantes qui garantissent un égal accès aux textes officiels, la mesure attaquée a des effets disproportionnés au détriment de certaines catégories de personnes. Elle n'est dès lors pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution. » (B.22.) En conséquence, la Cour annule les articles 474 et 475 de la loi-programme mais maintient définitivement les effets des publications effectuées jusqu'au 31 juillet 2005 en exécution de ces dispositions. Elle laisse aussi le temps au législateur pour prendre diverses mesures de nature à mettre fin à la discrimination. Voy. C.A., arrêt n° 106/2004 du 16 juin 2004.

¹¹⁶ Sur ce point, voy. D. DE ROY, « L'adaptation du droit des marchés publics aux nouvelles technologies : quelques repères », *Entr. et dr.*, 2003, pp. 351-359, n° 3-9.

¹¹⁷ D. DE ROY, « L'adaptation du droit des marchés publics aux nouvelles technologies : quelques repères », *op. cit.*, n° 10 ; voy. aussi C. DE TERWANGNE, S. DUSOLLIER, J.-F. HENROTTE et A. LEFEBVRE, « Editorial : la fin de la version papier du *Moniteur belge* », *Ubiquité*, 2003, pp. 3-5 ; M. CARLY, « De elektronische bekendmaking van normen », *De verplichting tot bekendmaking van de norm*, Bruges, La Chartre, 2003, pp. 277-306.

¹¹⁸ Loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, *M.B.*, 30 juin 1994 ; décret du 22 décembre 1994 du Conseil de la Communauté française relatif à la publicité de l'administration, *M.B.*, 31 décembre 1994 ; ordonnance du 30 mars 1995 du Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale relative à la publicité de l'administration, *M.B.*, 23 juin 1995 ; décret du 30 mars 1994 du Conseil régional wallon relatif à la publicité de l'administration, *M.B.*, 28 juin 1995 ; décret du 16 octobre 1995 du Conseil de la Communauté germanophone relatif à la publicité des documents administratifs, *M.B.*, 29 décembre 1995 ; décret du 11 juillet 1996 de l'Assemblée de la Commission communautaire française relatif à la publicité de l'administration, *M.B.*, 17 août 1996 ; ordonnance du 26 juin 1997 de l'Assemblée de la Commission communautaire commune relative à la publicité de l'administration, *M.B.*, 20 septembre 1997 ; loi du 12 novembre 1997 relative à la publicité de l'administration dans les provinces et les communes, *M.B.*, 19 décembre 1997 ; décret flamand du 18 mai 1999 relatif à la publicité de l'administration, *M.B.*, 15 juin 1999 ; décret de la Région wallonne du 7 mars 2001 relatif à la publicité dans les intercommunales wallonnes, *M.B.*, 20 mars 2001. Sur ce thème, voy. not. C. DOYEN-BIVER, « La législation sur l'accès aux documents administratifs. Aperçu de ses applications », *Transparence et droit à l'information*, Liège, Formation permanente CUP, 2002, pp. 5-83 ; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 52-148 ; P. NIHOUL, *op. cit.*, pp. 131-133.

cours juridictionnel) en se fondant sur les législations en matière de publicité de l'administration ¹¹⁹. Cette consultation ou communication pourrait intervenir par voie électronique. Cela étant, pratiquement, des problèmes ne manqueront pas de se poser : il est fort probable que des dossiers existent uniquement sur support papier et soient dès lors difficilement transmissibles par voie électronique.

b. La motivation formelle des actes administratifs

37. Des obligations de motivation sont prévues par la législation sur les marchés publics ¹²⁰. Ainsi, s'agissant des marchés de travaux ¹²¹, l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (art. 25 et 26) impose au pouvoir adjudicateur une obligation d'information à l'égard du soumissionnaire non sélectionné ou dont l'offre a été jugée irrégulière ou n'a pas été choisie ¹²². Selon le cas, les autorités doivent ainsi communiquer les *motifs* de la non-sélection, de l'éviction ou la décision *motivée* d'attribution du marché. Le rapport au Roi précise que « l'objectif est [...] d'imposer au pouvoir adjudicateur l'indication dans l'acte même, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision » ¹²³.

A défaut de disposition spécifique, l'obligation générale imposée par la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ¹²⁴ agit de manière supplétive en matière de marchés publics ¹²⁵. Conformément à l'article 6 de la loi, les exigences formelles sont minimales : la loi « ne s'applique aux régimes particuliers imposant la motivation formelle de certains actes administratifs que dans la mesure où ces régimes prévoient des obligations moins contraignantes [...] ».

Du reste, la loi exige que tout « acte juridique unilatéral de portée individuelle émanant d'une autorité administrative et qui a pour but de produire des effets juridiques à l'égard d'un ou de plusieurs administrés ou d'une autre autorité administrative » (art. 1^{er} de la loi) fasse l'objet d'une motivation formelle (art. 2). Concrètement, doivent être indiquées les considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision (art. 3).

38. Le recours aux nouveaux moyens de communication ne dispense pas les autorités publiques de respecter cette obligation : si le mode de communication change, le contenu du message reste identique et ne justifie en aucun cas qu'il soit dérogé à la loi. Cette exigence ne constitue donc pas un obstacle juridique à la passation ou l'exécution de marchés publics par voie électronique.

39. On peut aussi se demander si certaines dispositions introduites par l'arrêté royal du 18 février 2004 ne sont pas de nature à faire naître de nouvelles obligations de motivation.

Le nouvel article 81^{ter}, 10^o, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 prévoit en effet que les moyens électroniques « doivent au moins garantir [...] que tout écrit établi par des moyens électroniques dans lequel un virus informatique ou toute autre instruction nuisible sont détectés dans la version reçue peut faire l'objet d'un archivage de sécurité sans lecture de cet écrit. Ce document est alors réputé n'avoir jamais été reçu. L'expéditeur en est informé sans délai. Toutefois, s'il s'agit d'une demande de participation ou d'une offre et que celle-ci est considérée comme irrégulière, le candidat ou le soumissionnaire ne peut en être informé avant la date limite de réception » ¹²⁶. Tel que rédigée, cette disposition laisse entendre que le pouvoir adjudicateur peut apprécier de façon

¹¹⁹ D. BATSELE, P. FLAMME et P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, pp. 246-247, n^o 248. Ces auteurs précisent cependant que « sans qu'il soit nécessaire de se fonder sur les réglementations précitées, certains juges des référés, se basant sur le droit subjectif à l'égalité de traitement entre soumissionnaires, autorisent la consultation immédiate de pièces du dossier administratif à titre conservatoire dans le souci de conforter l'égalité de traitement entre soumissionnaires et la transparence des mécanismes d'attribution du marché » (en ce sens, ils citent Civ. Namur (réf.), 14 février 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 947, note D. LAGASSE ; Bruxelles (réf.), 21 septembre 1998, *J.T.*, 1998, p. 728. Voy. aussi C. DARDENNE et al., *op. cit.*, vol. 2, pp. 977 et s., n^{os} 1224 et s.

¹²⁰ Sur ce point, voy. D. BATSELE, P. FLAMME et P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, pp. 241 et s., n^o 244 et s. ; C. DARDENNE et al., *op. cit.*, vol. 2, pp. 973 et s., n^{os} 1216 et s.

¹²¹ Pour les marchés de fournitures ou de services, voy. respectivement les articles 51-52 et 80-81 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

¹²² Sur l'obligation de publicité de l'administration, dont cette disposition constitue également une illustration, voy. *supra*, n^o 35.

¹²³ Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 25 mars 1999 modifiant l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, *M.B.*, 9 avril 1999.

¹²⁴ *M.B.*, 12 septembre 1991.

¹²⁵ D. BATSELE, P. FLAMME et P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, pp. 244 et s., n^{os} 247 et s.

¹²⁶ Sur ce point, voy. D. DE ROY, « L'adaptation du droit des marchés publics aux nouvelles technologies : quelques repères », *Entr. et dr.*, 2003, pp. 351-359, n^{os} 11 et s. En France, voy. l'article 10 du Décret 2002-692 du 30 avril 2002, pris en application du 1^o et

discrétionnaire le sort à réserver à l'écrit infecté par un virus ¹²⁷. Discrétionnaire ne signifie toutefois pas arbitraire et à défaut d'obligation de motivation formelle expressément mentionnée dans le texte, il faut s'en remettre à la loi du 29 juillet 1991. Cette décision peut en effet avoir une incidence sur le droit du soumissionnaire à participer à la suite de la procédure.

Conclusion

40. En conclusion, on constate que les législations relatives aux TIC peuvent être invoquées en matière de marchés publics, mais sur des aspects très précis. En droit civil, un cadre normatif solide et cohérent est désormais en place et les zones d'ombre résiduelles – en matière d'acte authentique électronique, par exemple – devraient

être éclaircies prochainement.

Ces textes ne doivent pas être ignorés des autorités publiques à l'heure d'introduire les moyens électroniques dans le droit des marchés publics. L'arrêté royal du 18 février 2004 y fait référence mais des divergences de formulation ont néanmoins été relevées. Quant aux exigences de forme prévues par certaines règles générales de droit administratif applicables aux marchés publics, elles peuvent techniquement être accomplies par voie électronique. Reste à déterminer la méthode législative à privilégier. Cette question doit s'inscrire dans une réflexion plus large, sur le formalisme du droit administratif confronté aux TIC. Comme on l'a dit, le droit administratif n'échappe plus aux progrès technologiques et les développements significatifs en droit civil, sur le plan législatif, doctrinal et jurisprudentiel, peuvent utilement servir de point de départ à la réflexion ¹²⁸.

2° de l'article 56 du Code des marchés publics et relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics, *J.O.* n° 103 du 3 mai 2002, p. 8064.

¹²⁷ D. DE ROY, « L'adaptation du droit des marchés publics aux nouvelles technologies : quelques repères », *Entr. et dr.*, 2003, pp. 351-359, n° 16 et s.

¹²⁸ En France, voy. les réflexions de P.-Y. GAUTIER à ce sujet (« L'adaptation des solutions de droit privé à l'administration numérique », in G. CHATILLON et B. DU MARAIS (sous la dir. de), *L'administration électronique au service des citoyens*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 65-70).