

L'adaptation du droit des marchés publics aux nouvelles technologies : quelques repères¹

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

Article publié
dans

L'Entreprise et le Droit – Tijdschrift voor Aannemingsrecht, 2003, pp.351-359.

1. La perspective d'introduction des moyens électroniques dans les procédures de passation des marchés publics éveille la curiosité et suscite de nombreuses questions, tantôt générales, tantôt plus ponctuelles.

Les expériences déjà menées dans certains états (dont la France²) et les projets de réforme actuellement initiés, tant en Belgique³ que dans les sphères européennes⁴, provoquent depuis quelque temps une fébrilité doctrinale susceptible d'alimenter la réflexion⁵. Dans ce contexte, il nous a paru utile de livrer quelques observations qu'inspirent deux problématiques : l'une,

¹ L'auteur remercie Messieurs Jacques GERARD (Maître de conférences aux F.U.N.D.P.) et Vincent DETEMMERMAN (Directeur-adjoint de l'Informatique, à la Confédération de la construction), pour les entretiens qu'ils lui ont accordés en vue de la rédaction de cet article.

² Décret n° 2002-692 du 30 avril 2002 pris en application du 1° et du 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).

³ La Commission des marchés publics élabore actuellement le texte d'un projet d'arrêté royal qui visera à introduire les moyens électroniques dans certains arrêtés royaux d'exécution de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et services. Ce projet sera cité ci-après, dans sa version du 24 février 2003.

⁴ Sur la réforme en cours des directives européennes « marchés publics », cfr. Position commune (CE) du Conseil, n° 33/2003 du 20 mars 2003, en vue de l'adoption d'une directive du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (*J.O.U.E.*, 24 juin 2003, C 147 E) ; amendements adoptés en 2° lecture par le Parlement le 2 juillet 2003 (T5-0312), l'analyse du Conseil du 22 juillet 2003 (11547/03) et l'avis de la Commission du 14 août 2003 (COM (2003)503 final) ; la procédure de conciliation est en cours.

⁵ Chr. ACCARDO, *La dématérialisation des procédures de passation de marchés publics*, Paris, 2001 (Université de Paris X- Nanterre – Mémoire D.E.A. Droit public des affaires) ; A. CABANES et P. GAUDILLIERE, « La dématérialisation des marchés publics : une réforme prometteuse, mais inachevée », *Petites Affiches*, 28 mai 2003, pp.4 et suiv. ; D. DE ROY, « La dématérialisation des procédures liées aux marchés publics : enjeux, défis et opportunités actuelles », *Entr.Dr.*, 2001, pp. 326-334 ; D. DE ROY et N. POUPAERT, « Electronic public procurement, the latest developments in the European Community », <http://www.pace-eu.net/pace/welcome.jsp>, 2001 (*Public Administration and e-Commerce in Europe, Legal Trends Report*, n°3). ID., « Electronic Calls for Tender – Assessing the feasibility of the various PPPs », <http://ect.cstb.fr/Reports/reports.html>, 2001 ; E. GARANDEAU, *Rapport d'étude sur les procédures électroniques de gestion des achats publics*, Paris, 2001 (Rapport de l'Inspection générale des Finances) ; F. OLIVIER, « La dématérialisation de l'achat public », *Juriscl. Contrats et marchés publics*, 2002, n°1, p.38 ; S. PIGNON et D. BANDET, « La dématérialisation des achats publics: perspectives juridiques et opportunités actuelles pour les personnes publiques et leurs prestataires », *Petites affiches*, 5 avril 2001, pp.7-8.

générale (l'incidence du recours aux moyens électroniques sur l'égalité entre entrepreneurs) et l'autre plus ponctuelle (le traitement de l'écrit infecté par un virus).

Loin de présenter un aperçu significatif de tous les aspects que recouvre l'adaptation du droit des marchés publics aux nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC), ces deux thèmes nous semblent toutefois révélateurs de quelques questions récurrentes qu'appelle la dématérialisation des procédures liées aux marchés publics.

Liberté, égalité, efficacité

2. Il n'est nullement besoin de consacrer de longs développements à l'importance que revêt le principe (ou, plus généralement, l'idée) d'égalité dans le droit des marchés publics⁶. L'évolution vers l'*e-Procurement* n'est pas de nature à remettre en cause ce qui apparaît véritablement comme un dogme. On peut toutefois raisonnablement pressentir que, dans un contexte d'échanges dématérialisés, le principe d'égalité trouvera rapidement de nouvelles applications (n^{os}3-7)). Par ailleurs, et sans que cela ne soit le signe précurseur de profonds bouleversements, il n'est pas exclu que l'idée d'égalité puisse être quelque peu bousculée par un impératif d'efficacité (n^{os} 8-9).

Egalité dans l'accès aux procédures – Liberté de choix

3. Le premier des « lieux » traversés par le principe d'égalité est, de toute évidence, celui de l'accès aux procédures d'attribution. On ne pourrait raisonnablement soutenir qu'est assurée l'égalité des entrepreneurs devant la commande publique, dans un système qui imposerait à tous le recours aux nouvelles technologies de l'information et de la communication, alors que des contraintes économiques ou techniques n'offrent pas à tous les entrepreneurs la même familiarité avec ces technologies nouvelles. Le principe d'égalité ne sera donc respecté, à ce stade, que si le cadre normatif garantit la liberté de choix des supports d'information et des modes de communication : papier ou électronique.

4. Au vu de récentes réformes et de projets en chantier, on notera une conception plutôt asymétrique de cette liberté de choix : il s'agit, avant tout, d'interdire au pouvoir adjudicateur d'imposer l'utilisation des moyens électroniques⁷ ; ensuite, on ménage à ce même pouvoir adjudicateur la possibilité de prévoir que des offres peuvent être établies et/ou envoyées par des moyens électroniques⁸. Pareil système révèle moins la consécration d'une liberté de choix

⁶ P.-J. DELAHAUT, « La notion d'égalité dans les marchés publics », *A.P.T.*, 1981, pp.175-187.

⁷ En Belgique, selon les termes du projet conçu par la Commission des marchés publics, « le pouvoir adjudicateur ne peut imposer l'utilisation des moyens électroniques à quelque stade que ce soit de la procédure, toute disposition contraire étant réputée non écrite ».

⁸ Toujours selon ce même projet, « 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 ».

que l'ouverture aux moyens électroniques doublée d'un attachement indéfectible aux supports traditionnels. Cette conception asymétriques traduit une certaine crainte (sans doute bien compréhensible) qu'éveille la perspective du passage aux procédures dématérialisées : le saut vers l'inconnu...

Egalité des ... moyens de communication

5. Une fois proclamée (même à voix basse...), cette liberté de choix ne sera effective que si elle est assortie d'une parfaite identité des procédures : que celles-ci soient conduites sur le mode papier ou sur le mode électronique elles doivent bénéficier d'une ... égalité de traitement. Réserver à l'entrepreneur qui a opté pour l'un ou l'autre mode d'échanges un traitement moins favorable compromettrait *a posteriori* l'effectivité de cette liberté de choix et priverait celle-ci de sa substance.

6. Nonobstant cette affirmation de principe, il serait sans doute excessif de prohiber toute différence que justifieraient pleinement les spécificités de l'un ou l'autre mode d'échange d'informations. Ainsi en témoigne, par exemple, la notification de l'approbation de l'offre : en vertu de l'article 117, alinéa 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, cette notification est adressée par lettre recommandée à la Poste, mais, en cas de nécessité, d'autres modes de communication peuvent être utilisés (télégramme, télex ou télécopieur), pour autant que la teneur de la notification soit confirmée par lettre recommandée. Il ne semble pas nécessaire de maintenir l'envoi d'une lettre recommandée Poste si le soumissionnaire a opté pour l'usage des moyens électroniques, puisque ceux-ci permettront à eux seuls de rencontrer la finalité essentielle de l'envoi recommandé, à savoir donner date certaine à la notification⁹. On pourrait donc concevoir que l'envoi d'une lettre recommandée ne soit imposé que lorsque l'entrepreneur et le pouvoir adjudicateur ont opté pour l'échange de documents « papier » et éventuellement pour confirmer des notifications par les modes de communication auxquels une valeur de preuve n'est pas reconnue.

Egalité dans le choix des supports et moyens de communication électroniques

7. Le projet élaboré par la Commission des marchés publics réserve au pouvoir adjudicateur une importante marge d'appréciation dans le choix des moyens techniques qui lui permettront d'assurer la dématérialisation des procédures d'attribution des marchés. Qu'il s'agisse, par exemple, des standards d'échanges d'informations¹⁰ ou des logiciels de conception ou

⁹ Le cas échéant par le recours aux prestations d'un « tiers de confiance » dont la vocation, à cet égard, serait sans doute comparable à celle de l'intervention de La Poste dans la transmission de la lettre recommandée ; le cumul de ces interventions serait sans doute superflu.

¹⁰ Sur ce que l'idée d'égalité trouve un lieu d'expression dans le choix des standards techniques, cfr., à propos de la mission du service public d'information, C. DE TERWANGNE, *Société de l'information et mission publique d'information*, Namur, 2000, pp.552-553, n°550 (Thèse Faculté de Droit F.U.N.D.P.).

d'utilisation des fichiers appelés à contenir les offres, métrés ou plans, leur choix sera laissé à la discrétion du pouvoir adjudicateur. Celui-ci devra veiller à ne pas choisir des moyens qui, difficilement accessibles sur le marché des produits et services informatiques ou requérant des capacités techniques hors du commun, auraient pour effet, non seulement de restreindre, voire même d'éliminer) le jeu de la concurrence¹¹, mais également de priver un nombre plus important d'entrepreneurs du bénéfice de l'accès à la commande publique. On peut d'ores et déjà s'attendre à ce que ce choix des moyens techniques offre un nouveau terrain de prédilection au contentieux de l'égalité, terrain sur lequel sera évoquée une rupture de l'égalité, non dans l'examen des offres, ni leur traitement procédural, mais bien dès la définition des conditions techniques d'accès à la procédure. Nul doute que la rupture ainsi invoquée de l'égalité effective se laissera difficilement appréhender, reposant sur la délicate appréciation d'éléments de fait très spécifiques¹².

Egalité ou efficacité ?

8. Une chose est de rappeler que le principe d'égalité entre les entrepreneurs requiert d'assurer la coexistence des supports et modes de communication traditionnels avec les moyens qu'offrent aujourd'hui les nouvelles technologies de l'information et de la communication. Une autre est d'évaluer l'efficacité de cette coexistence. La question s'impose d'autant plus que la dématérialisation des procédures liées aux marchés publics est elle-même souvent présentée comme le moyen d'assurer une plus grande efficacité dans la conduite de ces procédures¹³ : plus grande rapidité des échanges et du traitement des informations, diminution des coûts, allègement des masses documentaires, ... Cet objectif ne relève-t-il pas de la plus grande utopie¹⁴ ? Pour ne citer qu'un seul exemple, on relèvera que la coexistence de plusieurs supports d'informations, d'une part, contraindra nécessairement à imprimer sur papier les offres établies par des moyens électroniques¹⁵ et, d'autre part, fera obstacle à tout traitement informatisé des données contenues dans ces offres.

9. Egalité ou efficacité ? Face à ce conflit entre deux valeurs qui paraît ne pouvoir être surmonté qu'en reconnaissant la primauté de l'un sur l'autre, et, partant, le sacrifice de celle-ci au profit de celle-là, une solution intermédiaire ne pourrait-elle pas être préconisée ? Ne pourrait-on imaginer d'imposer à terme le recours aux seules procédures dématérialisées, tout en ménageant, durant une période transitoire, la possibilité d'opter pour l'un ou l'autre

¹¹ Et ce, au préjudice du pouvoir adjudicateur lui-même.

¹² A propos de l'incidence des aspects techniques (plus particulièrement informatiques) d'une commande publique sur le contrôle juridictionnel de la procédure de passation, cfr. not. D. DE ROY, « Les marchés publics informatiques », *Droit de l'informatique et des technologies de l'information. Chronique de jurisprudence (1995-2001)*, sous la dir. de Y. POULLET, Bruxelles, 2003, n° 212, pp.206-207 (*Les Dossiers du Journal des Tribunaux*, n° 41).

¹³ Chr. ACCARDO, *op.cit.*, pp.101 et suiv.; E. GARANDEAU, *op.cit.*, pp.21 et suiv.

¹⁴ A moins que l'introduction des moyens électroniques dans les procédures de passation de marchés ne vise qu'à assurer la reconnaissance et la coexistence de deux formes d'écrits, sans tendre, par ailleurs, à révolutionner les procédures.

¹⁵ Toute dématérialisation du dossier administratif est, dans pareil cas, exclue.

support ou mode d'échange d'informations. Cette période transitoire permettrait au plus grand nombre d'entrepreneurs d'intégrer progressivement les nouvelles technologies de l'information et de la communication dans la gestion quotidienne de leur courant d'affaires¹⁶.

Egalité : quel enjeu ?

10. Au risque d'affecter d'un bémol cet hymne au principe d'égalité, ponctuons-nous ces brèves réflexions d'une question ouverte. N'est-il pas vain d'entretenir un débat sur la co-existence de différents supports d'informations et modes de communications, alors même que cette co-existence a, en amont des procédures de passation, cédé le pas à l'utilisation exclusive des seules technologies nouvelles ? 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* ?

Infection par un virus de documents établis dans le cadre d'une procédure d'attribution de marché

11. Le recours aux supports et modes de communication électroniques génère le risque de la contagion de virus ou autres éléments nuisibles aux systèmes informatiques et, plus généralement, susceptibles de compromettre l'efficacité des procédures sollicitant les nouvelles technologies.

Le cadre normatif de la passation des marchés publics doit, dans son adaptation aux nouvelles technologies de l'information et de la communication, intégrer cette nouvelle donne.

12. En l'état actuel de ses travaux¹⁷, la Commission des marchés publics n'est pas restée indifférente à cette problématique et a considéré, selon les termes de son projet, 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**

¹⁶ Sur ce qu'une évolution menant, moyennant aménagement d'un régime transitoire, à ne retenir que les seuls moyens électroniques paraît convenir à certaines catégories d'acteurs socio-économiques, tels les entrepreneurs, cfr. C. DE TERWANGNE, *op.cit.*, p.552, n°549.

¹⁷ Version du projet au 24 février 2003.

considérée comme irrégulière, le candidat ou le soumissionnaire ne peut en être informé avant la date limite de réception. »

Manifestement inspiré d'une règle similaire, applicable en France¹⁸, ce projet appelle quelques observations.

1. Objectifs et adéquation du traitement de l'écrit infecté d'un virus

13. Le rejet de l'offre (ou de la candidature), selon les modalités ci-dessus décrites, apparaît ainsi, à première vue, comme la réponse à des préoccupations de deux ordres. D'une part, il s'agit de prévenir le dommage que pourrait causer un fichier infecté au serveur du pouvoir adjudicateur ou aux données qui y sont stockées (offres ou actes de candidatures adressés par des concurrents, par exemple) ; d'autre part, dès lors que les données dont prend connaissance le pouvoir adjudicateur ne correspondront pas nécessairement, à raison de l'infection, à la volonté de leur auteur et que l'engagement de celui-ci ne peut être considéré comme certain, une présomption d'irrégularité pèse sur l'offre et conduit le pouvoir adjudicateur à mettre en œuvre une solution proche des modes « traditionnels » de traitement des irrégularités.

14. S'agissant des modalités spécifiques de notification du rejet de l'offre ou de la demande de participation, on peut imaginer que le report de la notification au-delà de la date limite de réception vise à ne pas offrir au candidat ou soumissionnaire concerné la possibilité de régulariser sa demande de participation ou son offre une fois le délai de réception expiré, là où cette faculté n'est d'ailleurs pas laissée à celui qui a recouru aux moyens traditionnels de communication.

15. Aussi légitime que puisse paraître ce traitement de l'offre infectée, il ne faudrait toutefois pas que le rejet de celle-ci apparaisse disproportionné au regard des objectifs que pareille mesure entend servir. Ainsi, de la même manière que cette mesure ne peut apparaître comme la répression d'un comportement que le pouvoir adjudicateur impute – à tort ou à raison – au soumissionnaire, elle ne doit pas conduire le pouvoir adjudicateur à faire preuve d'une rigueur qui trancherait avec la souplesse requise par certaines procédures (telle la procédure négociée¹⁹) ou généralement manifestée à l'égard d'irrégularités mineures²⁰. Or, ainsi que le révélera l'analyse de quelques cas de figure, ces risques de disproportion entre la sanction et les objectifs qu'elle paraît poursuivre, ne sont pas négligeables.

¹⁸ Décret du 30 avril 2002 précité, art. 10. Selon cette disposition, « tout document électronique envoyé par un candidat dans lequel un virus informatique est détecté par l'acheteur public peut faire l'objet par ce dernier d'un archivage de sécurité sans lecture dudit document. Ce document est alors réputé n'avoir jamais été reçu et le candidat en est informé ».

¹⁹ Cfr. ci-après, n^{os} 25-27.

²⁰ Sur le rapprochement avec la théorie des irrégularités, cfr. ci après n^{os} 18 et 24.

2. Traitement de l'écrit infecté d'un virus – Nature du pouvoir attribué au pouvoir adjudicateur

16. La disposition en projet réserve manifestement au pouvoir adjudicateur un pouvoir discrétionnaire d'appréciation du sort à réserver à l'écrit infecté par un virus²¹. Ce pouvoir d'appréciation est reconnu à l'égard de tout écrit infecté, et ce, quel qu'en soit l'objet ; seules différeront, selon les cas, les modalités de notification d'un éventuel refus de prise en considération de cet écrit²².

17. La reconnaissance au pouvoir adjudicateur d'une marge d'appréciation discrétionnaire du sort à réserver à un écrit infecté par un virus soulève la question des critères choisis par cette autorité pour distinguer les écrits irréguliers de ceux qui peuvent être pris en considération pour la suite de la procédure de passation et, finalement, l'attribution du marché. L'enjeu sera – on l'imagine aisément – d'autant plus important lorsque l'écrit sera une offre.

18. Une proximité intuitivement détectée avec la théorie des irrégularités incite à penser que l'approche de ce mode nouveau d'irrégularité reposera sur la théorie des irrégularités élaborée de longue date. A cet égard, on peut imaginer aisément que le recours aux critères dégagés par la jurisprudence relative aux irrégularités²³ présentera une utilité évidente²⁴.

19. Plus généralement, la reconnaissance au pouvoir adjudicateur d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire laisse augurer des incertitudes que des pratiques potentiellement divergentes feront peser en la matière. Ce risque est toutefois la conséquence inéluctable de la latitude importante dont jouiront les pouvoirs adjudicateurs dans la conduite de leurs procédures dématérialisées : la réglementation (au sens de l'ensemble des règles générales, abstraites et

²¹ Telle est du moins l'interprétation que nous croyons devoir privilégier. Il convient toutefois de noter que d'autres lectures pourraient être données de ce texte dont le libellé laisse subsister quelques incertitudes, particulièrement à raison des deux premières phrases et de leur articulation. Ainsi, le caractère « discrétionnaire » n'est pas explicitement affirmé, mais paraît découler de la *possibilité* de procéder à un archivage de sécurité, cet archivage n'étant qu'une des modalités de traitement de l'écrit infecté ; le pouvoir adjudicateur peut, ou non, choisir d'y procéder ; la disposition ne précise toutefois pas – et c'est pourtant la question essentielle – quel sort doit être réservé à l'écrit infecté (rejet automatique, admission par le pouvoir adjudicateur après exercice d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation, ... ?). La deuxième phrase précise que le document est *alors* (c'est nous qui soulignons) réputé n'avoir jamais été reçu. Cette présomption est-elle la conséquence de l'archivage ou de l'infection ? La première hypothèse serait assez curieuse : pourquoi archiver un document auquel est attaché, en conséquence, une présomption d'inexistence ? La seconde hypothèse, si elle devait être retenue, contredirait manifestement notre interprétation selon laquelle le pouvoir adjudicateur exerce un pouvoir discrétionnaire d'appréciation du sort à réserver au document infecté. Ce pouvoir discrétionnaire nous paraît toutefois pouvoir être confirmé – et ce, en dépit des difficultés d'interprétation – par la possibilité à laquelle il est fait allusion de considérer comme irrégulières les demandes de participation et/ou offres infectées d'un virus : cette référence nous paraît confirmer la reconnaissance plus générale d'un pouvoir d'appréciation.

²² Report de notification au-delà de la date limite de réception, lorsque l'écrit est une demande de participation ou une offre. Cfr. ci-après, n^{os} 20-28.

²³ Violation ou respect du principe d'égalité entre les entrepreneurs, chance de mener une comparaison effective en dépit de l'irrégularité, réalité du consentement de l'auteur de la soumission, incidence éventuelle de l'irrégularité sur le sens de la décision finale, ...

²⁴ Cfr., à ce propos, M.-A. FLAMME ET AL., *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6^e éd., Bruxelles, 1996-1997, t. 1A, pp.967 et suiv., spéc.pp.972-973.

impersonnelles) ne pourrait – on l’a souligné par ailleurs – appréhender, en chacun de ses aspects, le passage de la commande publique à l’ère électronique²⁵.

3. Infection d’une demande de participation ou d’une offre – Report de la notification

20. Le rejet éventuel d’une demande de participation ou d’une offre sera assorti de modalités particulières: l’auteur de l’écrit (à savoir le candidat ou le soumissionnaire) ne peut être informé du vice anéantissant son offre ou sa demande de participation, et du sort que leur a réservé le pouvoir adjudicateur, qu’après l’expiration du délai de réception de ces actes.

Ce report de notification peut donner lieu à des appréciations nuancées selon différents cas de figure que la généralité des termes de la disposition en projet ne permet pas de distinguer. La description succincte de quelques-unes de ces hypothèses permet d’en attester.

1. Détection du virus après ouverture des demandes de participation et/ou des offres

21. Si le document est crypté²⁶, son infection éventuelle par un virus ne sera pas détectée dès réception sur le serveur du pouvoir adjudicateur et ne pourra l’être tant que celui-ci n’aura pas procédé au décryptage, soit lors de l’ « ouverture » des demandes de participation et/ou offres . Dans ce cas, l’interdiction faite au pouvoir adjudicateur de notifier avant la date de réception perd tout intérêt : le soumissionnaire ne saurait forcément être informé de l’infection et des effets qu’elle produit qu’après l’ouverture des offres.

²⁵ D. DE ROY, « La dématérialisation des procédures liées aux marchés publics ... », p.330 ; ID, « Les marchés publics informatiques »..., n°199, p.198. Sur l’inefficacité de certaines législations à couvrir de manière générale et abstraite tous les aspects des enjeux qu’elle a vocation à régir, cfr. D. DE ROY et R. QUECK, « De la téléphonie vocale aux offres publiques d’acquisition. Vers un "droit de la régulation" ? », *J.T.*, 2003, n°12, pp.555-556.

²⁶ Parmi les différentes formes de signature électronique, la signature numérique (ou digitale) fonctionnant selon le système de la cryptographie asymétrique (également dénommée cryptographie « à clé publique ») est appelée à jouer un rôle important dans la dématérialisation des procédures d’attribution de marchés faisant appel à une mise en concurrence formalisée (adjudication ou appel d’offres). Outre qu’à l’instar de toute autre forme de signature (y compris manuscrite) elle rend possible l’identification de l’auteur d’un écrit et assure de son consentement, la technique de la cryptographie asymétrique permet également de garantir la confidentialité des échanges (en rendant inaccessible l’écrit, qui ne peut ainsi être lu qu’à la faveur d’un décryptage par son destinataire) et l’intégrité des données de l’écrit ; assortie le cas échéant d’un dispositif d’horodatage, cette technique permettra de localiser à une date certaine l’ouverture du fichier contenant l’offre et d’assurer, de la sorte, que celle-ci n’a pas été dévoilée avant le terme du délai de dépôt des offres. Ces vertus font de la cryptographie la seule technique qui puisse servir les idéaux de confidentialité, de transparence et de sécurité que les procédures de mise en concurrence formalisée entendent promouvoir. Pour cette raison, elle apparaîtra probablement (et sauf l’intervention éventuelle d’un « tiers de confiance » entre le pouvoir adjudicateur et les candidats et/ou soumissionnaires) comme seul procédé technique auquel le pouvoir adjudicateur peut recourir en cas d’adjudication ou d’appel d’offres. Sur cette technique et, plus généralement, la signature digitale, cfr. not. Th. VERBIEST et E. WERY, *Le droit de l’internet et de la société de l’information. Droits européen, belge et français*, Bruxelles, 2001, pp.357 et suiv. ; L. GUINOTTE, « La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et 9 juillet 2001 », *J.T.*, 2002, pp.553-561 (et nombreuses références citées).

2. Détection hypothétique du virus avant décryptage

22. Si, au-delà de ce que permettent aujourd'hui les systèmes informatiques, l'infection d'un écrit crypté pouvait être détectée et l'auteur de celui-ci identifié, et ce, dès réception sur le serveur du destinataire, ne serait-il pas excessif d'attendre la date limite de réception des offres pour informer l'auteur de ce que son écrit est infecté ?

23. Nous sommes tenté de répondre à cette question par l'affirmative, en considérant la possibilité offerte par l'article 105 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, précité, à tout soumissionnaire, durant le délai de dépôt des offres de retirer l'offre initialement déposée et d'y substituer une nouvelle. En différant au delà de la date-limite de réception des offres la diffusion de l'information selon laquelle son offre ne peut être prise en considération, la pouvoir adjudicateur prive ainsi le soumissionnaire de cette possibilité offerte par l'article 105 précité.

24. On nous objectera sans doute que le régime d'information conçu par la disposition en projet ne diffère finalement pas du mode d'information pratiqué à propos des offres irrégulières (au sens de l'article 110, §2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996). Il nous semble cependant que la proximité pourtant reconnue par ailleurs²⁷ avec la théorie des irrégularités ne justifie pas, en l'espèce, que soit retenue une solution analogue en ce qui concerne la notification: là où la détection d'une irrégularité intrinsèque ne peut nécessairement survenir qu'après l'ouverture des offres, faisant ainsi obstacle à ce que le pouvoir adjudicateur en informe le soumissionnaire, la détection du virus pourrait – dans l'hypothèse très particulière que nous retenons ici – survenir sans même que le contenu de l'écrit soit rendu accessible. La notification ne préjugerait, du reste, en rien de la détection ultérieure d'irrégularités intrinsèques de l'offre.

3. Détection d'un virus dans un document non crypté

25. Si le document n'est pas crypté²⁸, il est susceptible de révéler immédiatement (soit dès sa réception sur le serveur du pouvoir adjudicateur) la présence d'un virus. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur qui déciderait immédiatement le rejet de l'offre, peut-il en informer l'expéditeur immédiatement ou après l'expiration d'un certain délai ?

26. Si l'on considère que les notions d' « offre » et de « délai de réception des offres » ne trouvent place que dans les procédures de mise en concurrence formalisée et sont donc étrangères à la procédure négociée, l'auteur de l'offre pourra être informé immédiatement de ce que celle-ci est réputée n'avoir jamais été reçue ; il aura alors l'occasion d'en adresser une deuxième.

²⁷ Cfr. n° 18.

²⁸ Dans les procédures qui ne reposent pas sur une mise en concurrence formalisée, les exigences de confidentialité, d'exhaustivité et de sécurité sont sans doute moins contraignantes puisque l' « offre » n'engage pas nécessairement son auteur et qu'une phase de négociation ultérieure, au cours de laquelle les termes de l'offre initiale pourront être révisés, va mener à l'attribution du marché et, partant, à la formation du contrat.

27. Si l'on admet, au contraire, que, même dans le cadre d'une procédure négociée, le pouvoir adjudicateur puisse inviter certains entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services à déposer une offre dans un certain délai, l'auteur de l'écrit infecté pourrait alors n'être informé qu'après l'expiration de ce délai, l'application du principe d'égalité des entrepreneurs – qui prévaut même en procédure négociée, particulièrement lorsque le pouvoir adjudicateur a voulu formaliser la négociation – ferait alors obstacle à ce que l'entrepreneur expédie une seconde « offre » au terme de la période prévue à cet effet. Force est alors de constater qu'un traitement aussi rigoureux de l'écrit infecté ferait perdre l'intérêt et le bénéfice du recours à une procédure négociée, caractérisée par la souplesse et l'allègement du formalisme dans l'attribution du marché.

*
* *

28. Cette brève description de certaines des nombreuses questions²⁹ que peut susciter la notification du rejet d'une demande de participation ou d'une offre est significative des incertitudes que pourrait susciter l'application de la disposition en projet. Il serait souhaitable que son champ d'application soit précisé en des termes explicites ; à cet égard, par exemple, le régime ainsi instauré devrait notamment refléter les différences fondamentales entre les procédures de mise en concurrence formalisée et la procédure négociée.

²⁹ On aurait ainsi pu également se demander si le report de notification se justifie autant pour une demande de participation que pour une offre, alors que les effets juridiques de ces actes, d'une part, et leur incidence sur la désignation de l'attributaire du marché, d'autre part, diffèrent sensiblement.