Institutional Repository - Research Portal
Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche
researchportal.unamur.be
University of Namur

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Publicité et transparence des marchés publics dématérialisés

De Roy, David; Rosier, Karen

Published in:
Chroniques de droit public - Publiekrechtelijke kronieken

Publication date:
2005

Document Version
le PDF de l'éditeur

Link to publication

Citation for pulished version (HARVARD):
De Roy, D & Rosier, K 2005, 'Publicité et transparence des marchés publics dématérialisés', *Chroniques de droit public - Publiekrechtelijke kronieken*, Numéro 1, p. 115-138.

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.

Download date: 25. Apr. 2024

Publicité et transparence des marchés publics dématérialisés

David DE ROY - Référendaire près la Cour de cassation
Chercheur à la Faculté de Droit des F.U.N.D.P. (Centre de Recherches Informatique et Droit)
Karen ROSIER - Avocate au barreau de Bruxelles
Chercheuse à la Faculté de Droit des F.U.N.D.P. (Centre de Recherches Informatique et Droit)

RÉSUMÉ

L'adaptation du droit des marchés publics aux nouvelles technologies de l'information et de la communication contraint les pouvoirs adjudicateurs à porter un regard nouveau sur les différentes phases des procédures liées à la passation et à l'exécution des marchés publics. Le cadre normatif dans lequel s'inscrivent ces marchés dématérialisés impose en effet des choix importants aux pouvoirs adjudicateurs et les amènent à tenir compte de législations qui, jusqu'alors, leur paraissaient étrangères.

Les auteurs examinent plus particulièrement deux phases qui illustrent idéalement ces exigences nouvelles : la publicité préalable au lancement du marché et l'information communiquée aux candidats et soumissionnaires sur les résultats des procédures de sélection qualitative et d'attribution du marché. Ces deux phases permettent également d'appréhender le difficile équilibre entre les idéaux de publicité et de transparence, d'une part, et la protection de la vie privée, d'autre part.

— SAMENVATTING

De aanpassing van de wetgeving betreffende de overheidsopdrachten aan de nieuwe informatie- en communciatietechnologieën noodzaakt aanbestedende overheden tot het aanemen van een nieuwe houding tegenover de verschillende fasen in de procedure van gunning en uitvoering van overheidsopdrachten. Het normatieve kader waarin deze immateriële overheidsopdrachten opereren, dwingt de aanbestedende overheiden er inderdaad toe om belangrijke keuzes te maken en om rekening te houden met wettelijke normen waarmee zij tot op heden onvertrouwd waren.

De auteurs onderzoeken meer bepaald twee fasen die mooi de nieuwe wetmatigheden illustreren : de bekendmaking voorafgaand aan de aanvang van de overheidsopdracht en de informatie die aan de kandidaten en de inschrijvers wordt meegedeeld over het resultaat van de kwalitatieve selectie en het toekennen van de overheidsopdracht. Deze twee fasen laten eveneens toe om het moeilijke evenwicht te begrijpen tussen de idealen van publiciteit en van transparantie enerzijds en van de bescherming van de privacy anderzijds.

1. L'introduction des nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) dans le droit et la pratique des marchés publics est généralement décrite comme présentant d'innombrables avantages, au nombre desquels deux retiennent plus particulièrement l'attention : une plus grande diffusion de l'information relative aux marchés, de manière à accroître la concurrence entre opérateurs économiques[1] intéressés par l'accès à la manne publique, d'une part, et une amélioration des échanges entre opérateurs économiques et pouvoirs adjudicateurs, d'autre part. A première vue, ces deux vertus peuvent être facilement mises en oeuvre par deux évolutions : la pre-

L'expression « opérateurs économiques » vise indifféremment les entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services.

mière, par la diffusion au travers de sites internet de la publicité préalable à la passation des marchés, et la seconde, suite à l'accueil des moyens électroniques parmi les supports et vecteurs d'information auxquels la législation préconise de recourir dans les échanges entre opérateurs économiques et pouvoirs adjudicateurs. En Belgique, deux pas importants ont été franchis en ce sens. Tout d'abord, le seul canal officiel de publication des avis de marchés est désormais le site internet du *Moniteur belge* (*Bulletin des adjudications*). Ensuite, les principaux arrêtés royaux d'exécution de la loi du 24 décembre 1993[2] ont été récemment modifiés pour permettre l'utilisation de moyens électroniques, et ce, tant dans la phase de mise en concurrence que dans les échanges ultérieurs[3] entre les opérateurs économiques et le pouvoir adjudicateur[4].

2. En dépit de ces adaptations, l'ouverture des marchés publics aux NTIC reste encore assez timide, non seulement pour des raisons techniques[5] ou opérationnelles[6], mais également à raison d'exigences qu'impose le cadre normatif particulièrement complexe des marchés publics dématérialisés. En outre, la dématérialisation des procédures de marché public soulève des questions nouvelles[7] et met en exergue des problématiques qui, jusqu'alors, ne suscitaient que l'indifférence[8].

3. Les procédures liées à la publicité préalable à la passation des marchés publics, ainsi qu'à l'information des candidats et soumissionnaires constituent un observatoire intéressant de ces défis que devront relever les acteurs de la commande publique : d'une part, on sait que ces procédures ont été instituées pour favoriser la recherche de l'idéal d'une concurrence efficace, à laquelle est précisément censé contribuer l'avènement des NTIC ; d'autre part, le terrain de la publicité préalable est sans aucun doute celui où les avancées en matière de dématérialisation sont les plus significatives ; la réflexion peut donc y être déjà alimentée par de premières expériences.

Pour ces raisons, nous avons choisi d'examiner comment, dans ces deux domaines, l'application de la législation relative aux marchés publics peut être envisagée dans un environnement dématérialisé. Nous aborderons donc certaines des questions spécifiques qui surgissent au cours de ces deux phases respectivement situées en amont et en aval de la procédure de passation. Auparavant, nous proposerons un bref aperçu de quelques notions utiles et une description des instruments normatifs applicables.

1. Notions générales et cadre normatif

1.1. La publicité préalable à la passation des marchés

4. Une mise en concurrence effective et efficace suppose que la passation du marché soit entourée d'une transparence suffisante, permettant aux personnes intéressées d'apprécier l'opportunité de déposer leur candidature ou une offre et, le cas échéant, d'élaborer celles-ci dans des conditions optimales. Ceci explique l'importance qu'occupent dans la législation relative aux marchés publics les dispositions régissant l'organisation de la publicité préalable à la passation des marchés[9]. Cet arsenal législatif a été complété récemment par deux arrêtés royaux des 22 avril 2002 et 29 février 2004[10]. Ces deux arrêtés royaux

2 Loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

3 Au cours des procédures liées non seulement à la passation, mais également à l'exécution.

4 Arrêté royal 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 (*Mon. B.*, 27 février 2004). Sur les principales modifications introduites par cet arrêté royal, cf. not. 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, pp.753-758.

5 Nécessité de disposer d'infrastructures et de maîtriser certains dispositifs qui – à tort ou à raison – paraissent complexes.

6 Révélation, pour certains pouvoirs adjudicateurs, de l'importance que revêt la mise au point d'un processus décisionnel fiable et efficace.

7 Questions que suscite, par l'exemple, l'utilisation de procédés de signature électronique.

8 Tel sera, notamment, le cas du secret de la correspondance et des échanges, et de sa mise en balance avec les exigences inhérentes à la continuité de l'action administrative (cf. *infra*, n°s 53-56).

9 Cf. en ce qui concerne, par exemple, la passation des marchés dans les secteurs dits « classiques », l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, et aux concessions de travaux publics, art. 1-15 (travaux), 27-41 (fournitures) et 53-67 (services).

10 Arrêté royal du 22 avril 2002 modifiant certains arrêtés royaux exécutant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et

visent essentiellement à définir des modèles standard d'avis de marchés, dont le contenu offre quelques rares (mais précieuses) indications sur l'utilisation d'internet et des moyens électroniques dans la passation des marchés publics.

Pour faire très bref et très simple[11], et en évitant – pour les besoins de l'exposé – de nous référer systématiquement aux dispositions réglementaires applicables, on retiendra que la publicité peut, selon les cas, faire l'objet d'une diffusion à trois niveaux et qu'elle devra éventuellement être assurée à trois stades de l'évolution du projet de commande publique.

1.1.1. Une publicité à trois niveaux

5. La passation d'un marché doit être précédée d'une publicité dont le rayonnement varie en fonction de la valeur estimée du marché projeté :

- Pour les marchés dont la valeur estimée dépasse les seuils d'applicabilité des directives communautaires, la publicité sera assurée par le canal électronique « officiel » que constitue la banque de données TED (Tenders electronic daily), ainsi que par les organes nationaux « officiels », et ce, bien entendu, à l'exception des marchés pour lesquels cette publicité n'est pas obligatoire[12].
- Pour les marchés dont la valeur estimée est inférieure aux seuils d'applicabilité des directives européennes, les avis seront publiés par des organes nationaux « officiels » (*Bulletin des adjudications*, en Belgique).
- Enfin, pour tous les marchés (en ce compris ceux qui échappent à toute obligation en la matière), peut être envisagé le recours à d'autres vecteurs publicitaires (presse professionnelle spécialisée, journaux locaux, site internet du pouvoir adjudicateur, ...).

6. Par ailleurs, on relèvera que le souci de ne pas compromettre le jeu de la concurrence conduit à reconnaître (et faire respecter) une certaine hiérarchie entre ces modes de diffusion publicitaire : pour les marchés faisant l'objet d'une mise en concurrence européenne, aucun avis ne pourra être publié avant (ni présenter un contenu plus détaillé que) les avis diffusés par la banque de données TED. De même, pour les marchés échappant à toute mise en concurrence européenne, mais soumis à une publicité nationale, celle-ci ne pourra être préjudiciée (tant en ce qui concerne les délais que le contenu) par les modes publicitaires alternatifs.

1.1.2. Une publicité en trois « stades »[13]

7. Tout en négligeant la grande diversité des avis susceptibles d'être publiés, selon l'objet du marché ou ses modalités de passation, on retiendra que la publicité d'un marché donnera lieu à trois approches différentes, correspondant à autant de stades du projet de commande que le pouvoir adjudicateur entend concrétiser.

- L' « avis de pré-information » attire l'attention des opérateurs économiques susceptibles d'être intéressés sur la perspective du lancement prochain de procédures d'attribution de marchés relativement importants.
- L' « avis de marché » annonce l'ouverture de la procédure de passation d'un marché déterminé ; il contient les informations utiles à la préparation des actes de candidature ou au dépôt des offres.
- L' « avis de marché passé » (ou « avis d'attribution de marché ») contribue, dans un souci de transparence, à diffuser l'information relative au résultat de la procédure, particulièrement en ce qui concerne le choix de l'adjudicataire.

à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (*Mon. B.*, 30 avril 2002); arrêté royal du 29 février 2004 déterminant des formulaires standard pour les marchés publics non soumis à la publicité européenne (*Mon. B.*, 8 mars 2004).

11 On rappellera que la législation belge assure la transposition de directives européennes relatives à la passation des marchés publics. Ce cadre normatif européen a fait l'objet d'une importante réforme concrétisée par l'adoption des directives 2004/17/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, et 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 (publiées au *J.O.U.E. L* 134 du 30 avril 2004); ces directives doivent être transposées par les Etats Membres au plus tard le 31 janvier 2006 (Sur cette évolution du droit européen des marchés publics, cf. Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et Cl. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du de la commande publique*, Bruxelles, 2005, 332 p.). Dans le cadre de la présente étude, nous nous limiterons – sauf référence explicite, imposée par l'analyse – à une étude de la législation belge actuellement en vigueur ; les quelques références au cadre normatif européen porteront sur la directive 2004/18.

12 Par exemple, dans certains cas où le marché peut être attribué au terme d'une procédure négociée pour laquelle une publicité préalable n'est pas imposée.

13 D. BATSELÉ, Ph. FLAMME et Ph. QUERTAINMONT, *Initiation aux marchés publics*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 2001, p.200.

BIBLIOTHEQUE DROIT - NAMUR

8. C'est essentiellement l'avis de marché qui, dans le cadre de cette contribution, retiendra notre attention : par le nombre, l'objet et la qualité des informations dont il a vocation à assurer la diffusion, c'est sans doute cet avis qui, pour les opérateurs économiques susceptibles d'être intéressés, va conditionner l'attractivité du marché envisagé et va permettre d'établir les premiers échanges entre ces opérateurs et le pouvoir adjudicateur.

1.2. L'information des candidats et soumissionnaires et la transparence administrative

9. L'idéal d'une mise en concurrence efficace dans la passation des marchés ne saurait être rencontré sans que les procédures soient conduites dans le respect d'une transparence élémentaire grâce à laquelle les opérateurs économiques intéressés puissent s'enquérir de la légalité des actes posés. Ce souci de transparence est rencontré tant par la législation relative aux marchés publics que par un ensemble de législations assurant la mise en œuvre du droit constitutionnellement garanti d'accès à l'information administrative[14].

10. L'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, et aux concessions de travaux publics édicte, en plusieurs de ses dispositions, des obligations d'information qui incombent au pouvoir adjudicateur, et suivant lesquelles celui-ci doit spontanément informer les candidats et soumissionnaires de leur éviction et répondre à leurs demandes d'information sur les motifs de pareille éviction.

11. Par ailleurs, diverses législations ont été adoptées, tant par le législateur fédéral que par les législateurs des différentes entités fédérées, visant à déterminer les conditions et modalités d'accès aux documents administratifs[15]. Dès lors que les documents établis dans le cadre de procédures liées à la passation et à l'exécution d'un marché peuvent être considérés comme ceux auxquels le citoyen peut prétendre accéder en vertu des ces législations[16], celles-ci seront utilement invoquées pour améliorer l'information susceptible d'être communiquée aux opérateurs économiques concernés.

1.3. Les mécanismes de protection de la vie privée

12. Si le pouvoir adjudicateur doit, comme nous venons de l'évoquer, se plier à des exigences de transparence, il doit également compter avec l'application de dispositions qui, au contraire, ont pour but de restreindre les possibilités de communication d'informations dans un souci de protection de la vie privée. Nous pensons plus particulièrement à la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard du traitement des données à caractère personnel et aux dispositions qui visent à préserver le secret des communications électroniques. Comme nous le verrons, la protection octroyée par ces législations ne se limite pas à la sphère privée mais est également d'application dans le cadre professionnel et dans les relations avec l'administration publique.

1.3.1 La loi relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel

13. L'introduction de l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures afférentes à la passation des marchés publics entraînera immanquablement l'applica-

[14] Sur l'articulation entre ces deux ensembles normatifs, cf. A.-L. DURVIAUX, « La transparence dans les procédures de passation des marchés publics », *La nouvelle réglementation des marchés publics*, sous la dir. de M.-A. FLAMME et P. LEWALLE, Liège, 1997, pp.183-224.

[15] Pour un aperçu d'ensemble de cette problématique et un recensement des législations adoptées en cette matière, cf. Cl. DOYEN-BIVER, « La législation sur l'accès aux documents administratifs. Aperçu de ses applications », *Transparence et droit à l'information*, Liège, 2002, pp.7-83 (Formation permanente CUP, vol.55). A noter qu'en Flandre, le cadre normatif a fait l'objet d'une récente réforme, au travers de l'adoption du décret du 26 mars 2004 relatif à la publicité de l'administration (*Mon.B.*, 1er juillet 2004). Sur ce décret qui apporte quelques innovations notoires, au regard de l'ensemble des législations relatives à la publicité de l'administration (notamment en ce qui concerne l'ouverture aux nouvelles technologies de l'information et de la communication), cf. Fr. SCHRAM, *Een nieuw openbaarheidsdecreet voor Vlaanderen. Een juridische analyse in historisch perspectief*, Bruges, Vanden Broele, 2004; ID., "Recente ontwikkelingen inzake openbaarheid van bestuur", *Administratief Recht*, Bruges, 2004, pp.35-54 (*Themis, Vormingsonderdeel*, n°26).

[16] Sauf lorsque le pouvoir adjudicateur ne peut, par ailleurs, être qualifié d'autorité administrative : la plupart des législations concernées ne visent, en effet, que l'accès aux documents des seules autorités administratives (au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat).

tion de la législation en matière de protection des données à caractère personnel. En effet, la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel[17] s'applique à tout traitement de données à caractère personnel dès qu'il est en tout ou en partie automatisé. L'insertion de données à caractère personnel sur un site Internet, par exemple, emporte donc application de cette loi[18], tout comme l'usage du courrier électronique ou la communication de fichiers électroniques. Ainsi, la mention du nom et des coordonnées du fonctionnaire dirigeant sur la page d'un site d'un pouvoir adjudicateur entraîne l'application de cette législation. Cette loi aura, du reste, des implications pour le pouvoir adjudicateur et pour le candidat ou le soumissionnaire qui transmet des données à caractère personnel, et ce, tant dans la phase qui précède l'attribution du marché, qu'après cette étape. Il nous paraît donc utile d'en rappeler brièvement les grands principes[19].

14. Il convient, tout d'abord, de garder à l'esprit que la protection qu'offre la législation relative au traitement de données à caractère personnel va au-delà de la protection de la sphère privée. En effet, cette législation entend régir le traitement de toute donnée dès lors qu'elle a trait à une personne physique (à l'exclusion toutefois des personnes morales[20]). De ce fait, sont également considérées comme données à caractère personnel, les données relatives au milieu professionnel par exemple. Ainsi, les coordonnées professionnelles d'un employé ou d'un fonctionnaire, telle son adresse de courrier électronique et sa fonction, sont des données à caractère personnel. Dès données ont un caractère personnel dès que celui qui traite les données (le responsable du traitement) ou un tiers peut faire un lien entre la donnée et la personne concernée. C'est à ce titre qu'il est généralement admis qu'une adresse IP est une donnée à caractère personnel. En effet, si cette donnée ne révèle par immédiatement l'identité de l'internaute, le fournisseur d'accès Internet est toutefois à même de faire le lien entre cette adresse IP et son abonné[21].

15. La notion de « traitement » de données est également très large puisqu'elle vise toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction de données à caractère personnel[22].

Dès lors que des données à caractère personnel sont traitées, qu'il s'agisse d'un enregistrement, d'une communication ou de la simple conservation de données à caractère personnel, le responsable de ce traitement est tenu de se plier aux conditions qui permettent de garantir la transparence et la légitimité des traitements. La loi du 8 décembre 1992 indique que doit être considéré comme le responsable du traitement, la personne physique ou morale, l'association de fait ou l'administration publique qui, seule ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel[23].

16. Le responsable de traitement doit fournir à la per-

[17] Telle que modifiée par la loi du 11 décembre 1998. Cette loi transpose la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, 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.

[18] Arrêt de la C.J.C.E. 101/01 (dit arrêt Bodil Lindqvist), 6 novembre 2003, disponible sur le site http://curia.eu.int

[19] Pour une publication plus complète sur le sujet, cf. Y. POULLET et Th. LEONARD, « La protection des données à caractère personnel en pleine (r)évolution. La loi du 11 décembre 1998 transposant la Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995», *J.T.*, pp. 377-396 ; D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens*, Anvers, Kluwer, 2001, 403p.

[20] Loi du 8 décembre 1992, art. 1 § 1. Certaines législations nationales européennes (italienne, autrichienne et luxembourgeoise) ont étendu cette protection aux personnes morales.

[21] Cf. document de travail du « Groupe de travail article 29 » (organe créé par la Directive 95/46/CE notamment pour rendre des avis sur l'interprétation de celle-ci) du 21 novembre 2000 intitulé « Le respect de la vie privée sur Internet- Une approche européenne intégrée sur la protection des données en ligne », p. 17 et Avis 2/2002 Groupe de travail article 29 relatif à « l'utilisation d'identifiants uniques dans les terminaux de télécommunication : exemple de l'IPv6 », p. 3, disponibles sur : http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/workingroup_fr.htm.

[22] Loi du 8 décembre 1992, art. 1 § 2.

[23] A noter cependant que lorsque les finalités et les moyens du traitement sont déterminés par ou en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance, le responsable du traitement est la personne physique, la personne morale, l'association de fait ou l'administration

sonne concernée par les données les informations définies par la loi du 8 décembre 1992. Il s'agit au minimum de communiquer ses identité et adresse et d'indiquer les finalités d'utilisation des données[24]. Ensuite, concernant la mise en œuvre du traitement, le responsable doit respecter certains principes[25] : le traitement devra toujours être loyal et licite, tandis que les finalités de traitement doivent être déterminées, spécifiques et légitimes. La loi du 8 décembre 1992 dresse une liste des cas dans lesquels les finalités de traitements sont *a priori* légitimes (par exemple lorsqu'elles sont nécessaires à l'exécution d'un contrat)[26]. Les données collectées devront être adéquates, pertinentes et non excessives par rapport aux finalités de traitement poursuivies. Il conviendra donc toujours de s'interroger sur la nécessité ou non de collecter de telles données (au lieu de traiter des données anonymes) au regard du but poursuivi par le traitement. Ce principe implique également que les données doivent être effacées ou rendues anonymes dès qu'elles ne sont plus nécessaires. Enfin, les données ne pourront en règle être traitées que pour les finalités annoncées à la personne concernée ou pour des finalités compatibles avec celles-ci[27].

Si un responsable de traitement se plie à ces conditions, il peut traiter des données à caractère personnel à l'exception des données dites « sensibles ». Ces données sont celles qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données relatives à la vie sexuelle, les données relatives à la santé et les données judiciaires[28]. Ces données ne peuvent être traitées sauf dans les cas spécifiquement admis par la loi du 8 décembre 1992[29].

17. En sus de l'obligation d'information, le législateur a prévu une seconde formalité visant à assurer la transparence des traitements de données à caractère personnel. Avant d'entamer un traitement, le responsable doit le déclarer auprès de la Commission de la Protection de la Vie Privée[30]. Il existe cependant des exceptions à ces obligations définies par l'arrêté royal du 13 février 2001 portant exécution de la loi du 8 décembre 1992[31].

18. Par ailleurs, la loi du 8 décembre 1992 reconnaît certains droits aux personnes dont les données font l'objet d'un traitement. Elles ont le droit de s'enquérir auprès d'un responsable de traitement du fait qu'il traite ou non des données les concernant et, le cas échéant, de demander à recevoir copie de ces données[32]. Elles peuvent également demander la rectification de leurs données[33]. Ceci complète l'obligation qui est faite au responsable de traitement de prendre toute mesure raisonnable pour s'assurer que les données traitées sont exactes et, si nécessaire mises à jour[34]. La personne concernée a également le droit de s'opposer au traitement de ses données pour des motifs sérieux et légitimes tenant à sa situation particulière[35]. Le responsable de traitement doit dès lors s'assurer qu'il est en mesure de faire suite à l'exercice de ces droits. En outre, la loi du 8 décembre 1992 interdit au responsable de traitement de prendre une décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne (par exemple un commerçant personne physique) ou l'affectant de manière significative sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données destiné à évaluer cer-

publique désignée comme responsable du traitement par ou en vertu de cette loi, de ce décret ou de cette ordonnance (Loi du 8 décembre 1992, art. 1 § 4).

24 Loi du 8 décembre 1992, art. 9.

25 Loi du 8 décembre 1992, art. 4.

26 Loi du 8 décembre 1992, art. 5.

27 Il existe un régime dérogatoire à ce principe qui permet la réutilisation de données à des fins statistiques, scientifiques ou historiques à certaines conditions (cf. chapitre 2 de l'arrête royal portant exécution de la loi du 8 décembre 1992 (*Mon.B.*, 13 mars 2001).

28 Par « données judiciaires », on entend les données visées à l'article 8 de la loi de 1992, c'est-à-dire les données à caractère personnel relatives à des litiges soumis aux cours et tribunaux ainsi qu'aux juridictions administratives, à des suspicions, des poursuites ou des condamnations ayant trait à des infractions, ou à des sanctions administratives ou des mesures de sûreté.

29 Loi du 8 décembre 1992, art. 6, 7 et 8.

30 Loi du 8 décembre 1992, art. 17.

31 Arrêté royal du 13 février 2001, art. 51 et suiv.

32 Loi du 8 décembre 1992, art. 10.

33 Loi du 8 décembre 1992, art. 12.

34 Loi du 8 décembre 1992, art. 4, 4° et 16 § 2, 1°.

35 Loi du 8 décembre 1992, art. 12. Cette opposition ne doit pas être justifiée lorsque les données sont traitées à des fins de marketing direct.

tains aspects de sa personnalité, sauf dans le cadre d'un contrat ou lorsque la décision est fondée sur une disposition prévue par ou en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance[36].

19. Enfin, tout responsable de traitement doit prendre des mesures techniques et organisationnelles pour assurer la sécurité et l'intégrité des données ainsi que le respect de la loi du 8 décembre 1992 par le personnel du responsable du traitement[37]. Lorsque le responsable du traitement confie tout ou partie du traitement des données à un sous-traitant (par exemple les aspects techniques du traitement), un contrat conforme aux spécifications de la loi du 8 décembre 1992 doit être conclu avec ce dernier.

1.3.2. Le secret des communications électroniques

20. L'utilisation du courrier électronique dans la sphère professionnelle soulève de nouvelles questions qui ne se posaient pas en termes identiques dans le domaine de la correspondance sur support papier. En effet, contrairement au courrier papier protégé par le secret des lettres, le courrier électronique relève du secret des (télé)communications et est soumis aux articles 109terD de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (loi télécoms) et aux articles 259bis et 314bis du Code pénal[38].

21. Aux termes de l'article 109terD[39], il est en effet interdit notamment de prendre connaissance intentionnellement de données en matière de télécommunications relatives à une autre personne ou de révéler, de faire un usage quelconque de l'information, de l'identification et des données obtenues intentionnellement ou non sauf moyennant l'autorisation de toutes les autres personnes directement ou indirectement concernées par l'information. Cette disposition s'applique, selon la doctrine, également aux données de communications électroniques[40]. Par « données de communication électroniques », on vise les données relatives aux communications électroniques qui transitent par réseau telles l'adresse *e-mail* de l'expéditeur et du destinataire, l'heure de l'envoi et de la réception, les données de routages, la taille du message, la présence de pièces jointes, etc[41].

22. Les articles 314bis[42] du Code pénal, de portée géné-

---

[36] Loi du 8 décembre 1992, art. 12bis.

[37] Loi du 8 décembre 1992, art. 16.

[38] H. DEKEYSER et J. DUMORTIER, « L'archivage du courrier électronique au sein de l'administration », *R.D.T.I.*, 2004, n°18, p. 5. Une décision de la Cour du travail de Liège du 23 mars 2004 va également dans ce sens. La Cour considère toutefois que si le courrier électronique n'est pas protégé par le secret des lettres il s'agit néanmoins d'une « lettre missive » protégée par les principes liès au respect de la vie privée de sorte que lorsque le destinataire ou l'auteur du courrier s'oppose à sa production, le juge doit vérifier si il n'a pas été obtenu frauduleusement, sans pour autant exiger la preuve d'une infraction (C. Trav. Liège, 23 mars 2004, *Rev. Rég. Dr.* 2004, liv. 110, pp. 78-79).

[39] Cette disposition stipule que : « Sous réserve de l'autorisation de toutes les autres personnes directement ou indirectement concernées par l'information, l'identification ou les données visées ci-après, il est interdit à quiconque, qu'il agisse personnellement ou par l'entremise d'un tiers :

1° de prendre frauduleusement connaissance de l'existence de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de données de toute nature transmis par voie de télécommunications, en provenance d'autres personnes et destinées à celles-ci;

2° de transformer ou de supprimer frauduleusement par n'importe quel procédé technique l'information visée au 1° ou d'identifier les autres personnes;

3° de prendre connaissance intentionnellement de données en matière de télécommunications, relatives à une autre personne (ceci sans préjudice des dispositions de l'article 105nonies, § 5, de la présente loi);

4° de révéler ou de faire un usage quelconque de l'information, de l'identification et des données obtenues intentionnellement ou non, et visées aux 1°, 2°, 3°, de les modifier ou de les annuler ».

[40] F. HENDRICKX, « Privacy en arbeidsrecht », *Jura Falconis*, 1998-1999, p. 636.

[41] O. RIJKAERT, « Le contrat de travail face aux nouvelles technologies », *Orientations*, 2000, p. 210. Pour un cas d'application, voyez: C. Trav. Anvers, 10 février 2004, disponible sur www.juridat.be.

[42] Cet article stipule que :

« § 1. Sera puni d'un emprisonnement de six mois à un an et d'une amende de deux cents francs à dix mille francs ou d'une de ces peines seulement, quiconque :

1° soit, intentionnellement, à l'aide d'un appareil quelconque, écoute ou fait écouter, prend connaissance ou fait prendre

rale, et 259bis[43] qui s'applique plus spécifiquement aux fonctionnaires, prescrivent une interdiction, sauf consentement de toutes les parties à la communication, de prendre connaissance du contenu des communications pendant leur transmission et de détenir, révéler ou divulguer à une autre personne le contenu de communications ou de télécommunications privées, illégalement écoutées ou enregistrées, ou dont il a pris connaissance illégalement, ou d'utiliser sciemment d'une manière quelconque une information obtenue de cette façon. La protection ne vise que les communications privées. Par « communications privées », on vise les communications qui ne sont pas destinées à être « entendues » –ou plutôt dans le contexte des communications électroniques « lues »- par tout un chacun[44]. Ceci implique que le fait qu'une communication intervienne dans un contexte professionnel ne fait pas obstacle à ce qu'elle puisse être qualifiée de « privée ».

Par ailleurs, il est important de noter qu'au contraire de la protection relative aux données de communication, la protection relative au contenu des communications électroniques n'intervient que *pendant la transmission*. Dès lors que la transmission du courrier électronique est achevée, la protection du contenu n'existe plus[45].

23. Ces dispositions font donc obstacle sinon à la prise de connaissance du contenu des communication électroniques, à tout le moins à la prise de connaissance des données de communications[46]. Or la prise de connaissance du contenu d'une communication entraînera souvent la prise de connaissance des données de communication (adresse électronique de l'expéditeur et du desti-

connaissance, enregistre ou fait enregistrer, pendant leur transmission, des communications ou des télécommunications privées, auxquelles il ne prend pas part, sans le consentement de tous les participants à ces communications ou télécommunications;

2° soit, avec l'intention de commettre une des infractions mentionnées ci-dessus, installe ou fait installer un appareil quelconque.

§ 2. Sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de cinq cents francs à vingt mille francs ou d'une de ces peines seulement, quiconque détient, révèle ou divulgue sciemment à une autre personne le contenu de communications ou de télécommunications privées, illégalement écoutées ou enregistrées, ou dont il a pris connaissance illégalement, ou utilise sciemment d'une manière quelconque une information obtenue de cette façon.

Sera puni des mêmes peines quiconque, avec une intention frauduleuse ou à dessein de nuire, utilise un enregistrement, légalement effectué, de communications ou de télécommunications privées.[...]»

43 Cet article est ainsi libellé : « § 1. Sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de cinq cents francs à vingt mille francs ou d'une de ces peines seulement, tout officier ou fonctionnaire public, dépositaire ou agent de la force publique qui, à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, hors les cas prévus par la loi ou sans respecter les formalités qu'elle prescrit :

1° soit, intentionnellement, à l'aide d'un appareil quelconque, écoute ou fait écouter, prend connaissance ou fait prendre connaissance, enregistre ou fait enregistrer, pendant leur transmission, des communications ou des télécommunications privées, auxquelles il ne prend pas part, sans le consentement de tous les participants à ces communications ou télécommunications;

2° soit, avec l'intention de commettre une des infractions mentionnées ci-dessus, installe ou fait installer un appareil quelconque;

3° soit, sciemment, détient, révèle ou divulgue à une autre personne le contenu de communications ou de télécommunications privées, illégalement écoutées ou enregistrées, ou dont il a pris connaissance illégalement, ou utilise sciemment d'une manière quelconque une information obtenue de cette façon. [...] »

44 Th. VERBIEST et E. WERY, *Le droit de la société de l'information. Droits européen, belge et français*, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 188.

45 Certains auteurs considèrent implicitement que l'enregistrement automatique d'une copie du courrier électronique sur le serveur mail d'une entreprise avant sa « distribution » à son destinataire final intervient pendant la transmission (P. DE HERDT, « C.A.O. nr 81 en advies nr 10/2000 over controle van Internet en e-mail », *R.W.*, 2002-2003, n°33, p. 1285 et O. RIJKAERT, *op.cit*, p. 208). En toute hypothèse, il nous faut constater que, dans la plupart des cas, la prise de connaissance d'un courrier électronique interviendra alors que le courrier est parvenu à son destinataire, que celui-ci ait ou non ouvert ledit courrier. Les interdictions stipulées dans des dispositions en question ne seront dès lors pas applicables.

Les articles 314bis et 259bis ont été manifestement été pensés par rapport au cas des communications téléphoniques et leur application stricte aux communications électroniques qui conduit à exclure l'interdiction de prise de connaissance du contenu aux communications électroniques parvenues à leur destinataire ne satisfait pas tous les auteurs (voyez à cet égard P. DE HERDT qui en appelle à une interprétation évolutive de cette disposition. (P. DE HERDT, *op.cit.*, pp. 1284 et 1285).

46 Signalons que si l'article 109terD, 1° se réfère à la prise de connaissance de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de données de toute nature transmis par voie de télécommunications, cette disposition ne vise que la prise de connaissance de *l'existence* de ceux-ci (et exige de surcroît une intention frauduleuse). Il ne nous semble pas qu'une quelconque protection concernant le contenu du courrier électronique puisse se fonder sur cette disposition.

nataire, date et heure de la communication, ...) si bien que l'interdiction -non limitée à la durée de la transmission- de la prise de connaissance des données de communication constituera alors un obstacle à la prise de connaissance du contenu de la communication.

24. L'article 109terE de la loi du 21 mars 1991 prévoit cependant des exceptions aux interdictions stipulées aux articles 109terD de la loi du 21 mars 1991 et aux articles 314bis et 259bis du Code pénal. Nous y reviendrons sous la section 3.3 de la présente contribution.

2. La publicité préalable et l'accès aux documents administratifs

25. Les exigences imposées de longue date par la législation relative aux marchés publics[47] suscitent aujourd'hui certaines questions spécifiques à raison de la dématérialisation des procédures et, plus généralement de l'avènement des NTIC (2.1.-2.3.). Par ailleurs, il convient de souligner l'incidence que peut avoir l'utilisation d'Internet comme nouveau « vecteur publicitaire » (2.4.), utilisation qui ne peut être conçue que suivant des modes respectueux de certains instruments de protection de la vie privée (2.5.). Enfin, on s'interrogera brièvement sur la manière dont la confidentialité des échanges électroniques doit être perçue (2.6.).

2.1. L'avis de marché

2.1.1. Contenu de l'avis : références aux moyens électroniques

26. De manière générale, on relèvera que le contenu de l'avis de marché est indifférent à la nature des moyens de communication utilisés : la plupart des dispositions qu'il contient ont trait à l'objet et aux caractéristiques du marché ainsi qu'aux conditions de sa mise en concurrence. Cependant, la possibilité d'utilisation des moyens électroniques – tant pour l'accès aux informations et documents du marché que pour les échanges entre opérateurs économiques et pouvoirs adjudicateurs – doit amener les pouvoirs adjudicateurs à insérer certaines mentions : elles peuvent avoir pour objet, d'une part, d'annoncer la faculté de recours aux moyens électroniques et, d'autre part, de préciser les adresses URL et de courrier électronique utiles.

2.1.2. Faculté de recours aux moyens de communication électroniques

27. Aux termes de l'article 81quater, al.2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis de marché ou dans le cahier spécial des charges « selon les cas », s'il admet l'utilisation de moyens électroniques pour établir et/ou envoyer les offres ou les candidatures[48]. C'est donc à ce pouvoir adjudicateur qu'il incombe d'informer les opérateurs économiques intéressés sur les moyens de communication par le truchement desquels leurs échanges pourront être établis ultérieurement.

28. L'inscription de cette information dans le cahier spécial des charges ne suscite évidemment aucune difficulté. Par contre, si le pouvoir adjudicateur mentionne cette possibilité de recourir aux moyens électroniques dans l'avis de marché, il est difficile d'identifier avec précision la rubrique de l'avis de marché qui doit contenir cette information. A cet égard, on relèvera que les références aux adresses URL ou de courrier électronique spécifiques que contiennent – le cas échéant – l'avis de marché et ses annexes, pourront être à l'origine d'incertitudes : ainsi, si la faculté de recourir aux moyens électroniques peut se déduire de la mention d'une adresse électronique spécifique[49], à laquelle peuvent être adressées les candidatures et offres, le défaut de référence à une telle adresse ne signifie pas nécessairement que l'envoi de documents par courrier électronique sera exclu : on peut, en effet, imaginer que les candidatures et/ou offres soient envoyées à l'adresse « principale » du pouvoir adjudicateur ou de l'un de ses services compétents. Pour obvier aux inconvénients que susciteront nécessairement ces incertitudes, une solution peut consister à faire figurer l'information relative à l'utilisation des moyens électroniques dans l'espace réservé à la communication d'informa-

[47] L'idéal d'une mise en concurrence efficace requiert notamment que la passation du marché fasse l'objet d'une publicité adéquate, principalement par le biais d'un « avis de marché » (ou « avis d'appel public à la concurrence »); que l'accès aux documents du marché soit largement ouvert; enfin, que les délais de dépôt des candidatures et/ou offres permettent aux opérateurs économiques intéressés par le marché de répondre utilement à l'appel à la concurrence.

[48] Sur ce qu'est indispensable l'approbation, par le pouvoir adjudicateur, du recours à des moyens électroniques, cf. D. DE ROY, « Vers des marchés publics 'en ligne'?... », n° 9, p.754.

[49] Sur l'usage d'adresses URL ou de courrier électronique spécifiques, cf. *infra*, n°s 29-33.

tions complémentaires.

2.1.3. Adresses URL et de courrier électronique

29. Tant la directive 2001/78 du 13 septembre 2001 que les arrêtés royaux des 22 avril 2002 et 29 février 2004 ménagent la possibilité, pour le pouvoir adjudicateur, d'annoncer dans l'avis de marché non seulement ses adresses « générales » URL (internet) et de courrier électronique, mais également des adresses « spécifiques », et différentes selon qu'il s'agit d'y obtenir des informations complémentaires, ou le cahier spécial des charges et d'éventuels documents complémentaires, ou bien encore d'y envoyer les offres et/ou demandes de participation.

30. Le pouvoir adjudicateur gagnera évidemment à tirer le meilleur parti de cette faculté qui lui est réservée. Pour éviter d'en perdre l'intérêt et l'utilité, il veillera à faire siennes quelques recommandations.

31. Il arrive que certains pouvoirs adjudicateurs n'utilisent pas d'adresse spécifique (URL ou courrier électronique) à laquelle les opérateurs économiques peuvent obtenir le cahier spécial des charges, se bornant à mentionner leur adresse internet « générale ». La pratique n'est pas critiquable si les documents sont aisément accessibles au départ de la page d'accueil du site[50], soit que le fichier contenant le cahier spécial des charges puisse y être directement téléchargé, soit que la présentation de cette page d'accueil permette aux visiteurs de se diriger vers les pages utiles. La pratique révèle parfois que, faute de telles précautions, l'accès au cahier spécial des charges relève du parcours du combattant, quand il ne s'achèvent pas par une ...désertion.

32. La pratique de différenciation des adresses suivant les usages qui leur sont propres permettra de définir les adresses (et leurs modalités d'utilisation par les membres du personnel du pouvoir adjudicateur) avec une souplesse relative, selon l'usage propre à chacune d'elles, l'importance des enjeux liés à cet usage et/ou les pouvoirs requis pour poser certains actes. Ainsi, par exemple, l'adresse à laquelle peuvent être envoyées les offres ne devrait être exclusivement que celle des seules personnes habilitées à ouvrir ces offres ; l'adresse auprès de laquelle des informations complémentaires peuvent être obtenues sera celle du fonctionnaire dirigeant et/ou des personnes qui interviennent activement dans la préparation et la gestion « matérielle » du marché ; enfin l'adresse auprès de laquelle le cahier spécial des charges et les autres documents peuvent être obtenus sera celle d'agents administratifs, éventuellement étrangers au marché en cause, mais auxquels est confiée la gestion des documents produits et diffusés par le pouvoir adjudicateur.

33. Par ailleurs, on n'ignorera pas la possibilité de définir des adresses « dépersonnalisées », identifiées par une référence au cahier spécial des charges; outre que celles-ci permettront de concilier les exigences à première vue antinomiques de la continuité de l'action administrative et de la protection du secret des communications[51], elles pourraient contribuer à rencontrer les exigences auxquelles le pouvoir adjudicateur doit satisfaire pour assurer la confidentialité des offres et que le contenu de celles-ci ne soit pas accessible avant la date limite de dépôt : seules les personnes habilitées à ouvrir les offres auraient accès aux documents envoyés à cette adresse.

2.1.4. Transmission de l'avis de marché aux organes officiels

34. Pour les marchés dont le montant estimé impose une mise en concurrence communautaire, la directive 2004/18 laisse au pouvoir adjudicateur le libre choix du mode de transmission à l'O.P.O.C.E. (Office des Publications Officielles des Communautés Européennes)[52] ; le format et les modalités de transmission sont accessibles à l'adresse internet http://simap.eu.int [53]. Pour les marchés échappant à cette mise en concurrence européenne, la transmission de l'avis de marché par les moyens électroniques peut être assurée par des formulaires contenus dans des fichiers que mettent à disposition du pouvoir adjudicateur les services du ***Bulletin des adjudications.***

35. Il appartient au pouvoir adjudicateur de faire la preuve de la date d'envoi de l'avis de marché, aux organes officiels de publication ; il s'agit là d'une garantie du respect de la hiérarchie et de la priorité des formes de

[50] Ce qui ne sera probablement envisageable que pour de "petits" pouvoirs adjudicateurs.

[51] Cf. *infra*, n°s53-56.

[52] Art. 36.2.

[53] Directive 2004/18, annexe VIII, point 3.

publicités[54]. Dans un environnement dématérialisé, cette preuve ne pourra être rapportée que grâce à un procédé de datation électronique. Il s'agira donc de s'assurer de ce que le recours à un tel procédé est possible, particulièrement dans un système reposant sur l'utilisation de formulaires en ligne, accessibles à l'adresse Internet du destinataire de l'avis, en l'occurrence les organes officiels de publication. Si l'utilisation de tels formulaires ne permet pas de donner date certaine à l'envoi de l'avis, on y préférera un système dans lequel le pouvoir adjudicateur télécharge le formulaire, le remplit et l'envoie par courrier électronique[55], la preuve de cet envoi pouvant être rapportée grâce au recommandé électronique.

36. Enfin, on observera que les dispositions réglementaires ne prescrivent – quels que soient les moyens de communication utilisés – aucune formalité tendant à l'identification de la personne « physique » qui, au nom du pouvoir adjudicateur, a effectivement adressé l'avis de marché à l'organe officiel de publication. On se demandera s'il ne s'agit pas là d'une lacune, même si, d'une part, une telle précaution est étrangère aux garanties tenant à l'effectivité de la publicité préalable à la passation des marchés[56], et si, d'autre part, l'attribution d'une signature électronique aux personnes morales paraît rendre superflue cette précision, puisqu'il suffit alors de vérifier que l'avis émane bien d'un pouvoir adjudicateur déterminé, sans identifier la personne physique qui a procédé à l'envoi.

2.2. L'accessibilité des documents du marché

37. La question des modalités et conditions d'accès aux documents du marché n'est généralement abordée par les dispositions réglementaires que de façon très indirecte et, faut-il le reconnaître, lacunaire.

38. La directive 2004/18, qui « encourage » les pouvoirs adjudicateurs à publier l'intégralité du cahier des charges et des documents complémentaires sur Internet[57], se borne à leur imposer de mentionner dans l'avis de marché l'adresse électronique du service auquel le cahier des charges et les documents complémentaires peuvent être demandés[58]. Pour le surplus, c'est au formulaire standard d'avis de marché qu'il convient de se référer : ce formulaire prévoit la possibilité d'insérer une adresse (URL ou de courrier électronique) auprès de laquelle les documents du marché peuvent être obtenus ; ainsi qu'on la relevé précédemment, cette adresse sera, le cas échéant, différente de celle, « officielle », du pouvoir adjudicateur[59].

39. Dans le système belge, la situation est similaire : la question de l'accessibilité « en ligne » des documents n'est abordée que par le biais des seuls formulaires standard d'avis de marchés, qui invitent le pouvoir adjudicateur à préciser, le cas échéant, l'adresse URL ou de courrier électronique auprès de laquelle le cahier spécial des charges et les documents complémentaires peuvent être obtenus.

2.3. Le délai de réception des offres ou demandes de participation

40. La directive 2004/18 accorde aux pouvoirs adjudicateurs la faculté de réduire les délais de réception des demandes de participation ou des offres, dans deux circonstances particulières, intimement liées à l'utilisation de moyens électroniques : lorsque les avis de marché sont préparés et envoyés par des moyens électroniques (art.38.5) et lorsque le pouvoir adjudicateur offre, par moyen électronique et à compter de la publication de l'avis, l'accès libre, direct et complet au cahier des charges et à tout document complémentaire[60].

41. La réglementation belge – adoptée antérieurement à la publication de la directive 2004/18 – n'a pas encore accordé pareille faculté aux pouvoirs adjudicateurs relevant de son champ d'application; toute perspective d'évolution en ce sens nous paraît toutefois assez peu réaliste en l'état actuel des conceptions. A cet égard, deux observations doivent être formulées :

1° Dès lors que le délai de réception des offres ou candidatures est intimement lié à (comme conditionnant

[54] Cf. *supra*, n° 6.

[55] Sur ce que cette alternative est envisageable dans le système SIMAP, cf. D. KÉLÉSIDIS, « Le paquet législatif européen et la passation dématérialisée des marchés publics », *Actualité de la commande et des contrats publics*, n° 19, février 2003, p.47.

[56] Contrairement, par exemple, à la charge de la preuve de la date d'envoi (cf.*supra*, n° 35).

[57] Annexe VIII, 2., a)

[58] Annexe VII A, AVIS DE MARCHES, 11. a)

[59] Formulaire d'avis de marché, I.1) et Annexe A, 1.3)

[60] En indiquant dans le texte de l'avis l'adresse Internet à laquelle ces documents peuvent être consultés (art.38.6).

ou conditionné par) l'effectivité de la concurrence, les circonstances propres au pouvoir adjudicateur ne doivent, en principe[61], exercer nulle influence sur l'importance de ce délai. Pour cette raison, la transmission de l'avis de marché à l'O.P.O.C.E. par des moyens électroniques ne saurait justifier de manière pertinente la réduction du délai de réception des offres ou candidatures.

2° Sans doute plus pertinente, au regard de cette possibilité de réduction des délais, est la circonstance que les documents du marché soient rendus accessibles (immédiatement et sans réserve) à l'adresse internet du pouvoir adjudicateur. Cela étant, il est peu probable que les législateurs nationaux en tirent pleinement profit, et notamment ceux qui ont garanti aux opérateurs économiques intéressés la liberté de choix des moyens de communication : il serait insensé de réduire le délai de réception des offres ou candidatures sous couvert d'une publication « sur Internet », alors que reste ménagée la possibilité d'utiliser exclusivement les moyens de communication et vecteurs d'information traditionnels[62].

2.4. Internet, nouveau vecteur publicitaire

42. L'une des conséquences du développement d'internet est sans doute l'impressionnante multiplication du nombre de sites dédiés aux pouvoirs publics ; ceux-ci voient en ces sites de nouveaux vecteurs de communication avec les citoyens, entreprises ou autres interlocuteurs privilégiés ainsi qu'avec tout internaute curieux. Nul ne s'étonnera donc de ce que la mise en concurrence d'un marché puisse trouver dans le site du pouvoir adjudicateur l'occasion d'un rayonnement efficace.

Cette utilisation du site internet d'un pouvoir adjudicateur pour assurer la publicité d'un marché appelle quelques observations ou recommandations générales (2.4.1-2.4.2). Elle incite également à examiner de plus près une notion introduite par les nouvelles directives communautaires, celle de « profil d'acheteur ». (2.4.3).

2.4.1. La publicité des marchés publics sur le site internet du pouvoir adjudicateur

43. A raison de son rayonnement et de son accessibilité, le réseau internet offre aux pouvoirs adjudicateurs probablement le meilleur instrument d'une pratique transparente de la commande publique. Le site internet du pouvoir adjudicateur pourra offrir d'importantes ressources, tant pour l'accessibilité des documents du marché dans le cadre de la mise en concurrence, que pour la communication des résultats des procédures[63].

Ces ressources ne doivent cependant pas faire illusion ; l'on serait d'ailleurs plutôt enclin à considérer qu'en la matière le mieux est l'ennemi du bien. En effet, là où le site internet d'un pouvoir adjudicateur favorise, plus que tout autre moyen[64], l'accessibilité de l'information, il rend également celle-ci plus diffuse puisqu'elle est répartie en autant de sites qu'il n'y a de pouvoirs adjudicateurs. En ce sens, serait-il conforme aux exigences d'une mise en concurrence effective et efficace de contraindre les opérateurs économiques intéressés à visiter autant de sites d'internet qu'il n'y a de pouvoirs adjudicateurs susceptibles de procéder à la passation de marchés publics relevant de leur domaines d'activités ? Fort heureusement, pour prévenir un tel risque, les systèmes européen et belge ont établi – on l'a exposé précédemment[65] - cette hiérarchie entre les modes de diffusion publicitaire, qui permet, par le biais du recours obligatoire et privilégié aux publications officielles, de maintenir– à tout le moins pour les marchés soumis à une publicité obligatoire – un mode « centralisé » de diffusion des informations relatives à la passation des marchés publics.

Des développements qui précèdent, il ressort donc que la diffusion d'informations par le biais des sites internet des pouvoirs adjudicateurs ne sera pleinement profitable que si elle est conçue comme le prolongement ou l'accessoire des sources « principales » que constituent les publications officielles, quel qu'en soit le support[66].

[61] Sauf les cas d'urgence non imputables à ce pouvoir adjudicateur.

[62] Sur cette possibilité, ménagée en droit belge, de rester fidèle aux moyens de communication et vecteurs d'information traditionnels, cf. D. DE ROY, « Vers des marchés publics 'en ligne'? .., » n° 9, p.754.

[63] Cf. *infra*, n°s 58 et s.

[64] A titre de comparaison, un bulletin d'informations communales a un rayonnement en principe limité aux habitants de la commune et aux acteurs (entreprises, associations, ...) établis ou actifs sur son territoire.

[65] N° 6

[66] Même si le support électronique tend à s'imposer.

Ces sites des pouvoirs adjudicateurs doivent être exploités pour la diffusion d'informations ou de documents dont les publications officielles ne peuvent assurer la transmission ; tel sera, par exemple, le cas des documents du marché qui ne peuvent être accessibles sur les sites de publications officielle, mais auxquels ceux-ci pourront utilement renvoyer par l'insertion de liens et adresses adéquats.

2.4.2. Intervention de tiers

44. Enfin, on observera que l'inflation du nombre d'informations diffusées par une multitude de sites internet, conduit certains prestataires de services, parfois tiers aux pouvoirs adjudicateurs concernés, à traiter ces informations de manière à en rendre l'accès plus commode, particulièrement pour les opérateurs économiques intéressés par la commande publique[67] ; il s'agit, par exemple, de regrouper les données et documents utiles, de manière à offrir un accès centralisé. C'est ainsi que des sites internet spécialisés dans l'offre de services d'information en matière de marchés publics permettent aux intéressés de ne pas se fourvoyer dans un maquis documentaire assez déconcertant.

45. Les aspects juridiques de cette intervention de tiers dans la diffusion de l'information relative aux marchés publics ne sont évidemment pas inédits : le recours à des modes publicitaires « alternatifs » est de loin antérieur à l'avènement des nouvelles technologies de l'information et de la communication : on relèvera la pratique de diffusion d'informations par des groupements professionnels à l'intention de leurs adhérents, diffusion assurée par le biais d'une presse spécialisée. Des difficultés éventuelles proviennent de ce que – du fait de l'intervention de tiers – l'information relative à un marché n'est plus diffusée sous les seules maîtrise et responsabilité du pouvoir adjudicateur ; peut alors surgir la question des effets de la publication d'informations erronées, tant sur la régularité de la procédure de passation que sur la mise en cause éventuelle d'une responsabilité quasi-délictuelle.

46. Abordant cette problématique par le biais de solutions jurisprudentielles du reste assez incertaines, M.-A. Flamme se demande s'il n'y a pas lieu de mettre toutes les annonces (publiées tant dans les organes officiels que dans la presse professionnelle) relatives à la même adjudication sur un pied d'égalité, et ce, dès lors « que l'administration a jugé utile de recourir à des moyens de publicité autres que son organe officiel »[68].

Cette solution peut être approuvée[69] et transposée à l'hypothèse d'une publication sur un site internet autre que celui d'un organe « officiel » ou celui du pouvoir adjudicateur, pour autant que l'information ait été publiée à l'initiative et sous la responsabilité du pouvoir adjudicateur.

47. Par contre, si la publication résulte de l'initiative d'un tiers, il sera difficile de lui reconnaître la même valeur que celle qu'elle revêt dans les organes officiels[70]. Il incombera alors aux opérateurs économiques intéressés de considérer soigneusement les informations ainsi obtenues[71], notamment en les confrontant à celles qui ont été diffusées par le canal des organes officiels. C'est sans doute à cette hypothèse de publication à l'initiative d'un tiers que l'avènement des NTIC et l'encouragement à la diffusion et à la commercialisation des données publiques contraindront les praticiens à se familiariser.

2.4.3. Le « profil d'acheteur »

48. En plusieurs de leurs dispositions et annexes les nouvelles directives européennes se réfèrent à la notion de « profil d'acheteur ». Celle-ci désignerait en quelque sorte une « vitrine » des marchés publics d'un pouvoir adjudicateur, cette vitrine étant accessible par le réseau internet. L'utilisation de ce nouvel instrument n'est nullement imposée aux pouvoirs adjudicateurs ; il s'agit

[67] D. KÉLÉSIDIS, *op.cit.*, pp.47-48. L'auteur y parle du nombre croissant d' « infomédiaires », « sites Internet privés permettant la consultation payante (ou gratuite) d'appels d'offres » (p.47).

[68] M.-A. FLAMME (et al.), *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, t.1A, 6e éd. rev. et augm., Bruxelles, Confédération nationale de la construction, 1996-1997, pp.560-4561.

[69] Sauf à être éventuellement remise en cause par les récentes modifications (arrêtés royaux des 22 avril 2002 et 29 février 2004, précités) des dispositions régissant la publication des avis de marchés aux organes officiels de publication ; à la suite de ces modifications, les dispositions concernées précisent que seules les publications dans ces organes ont valeur de publication officielle (cf. not., pour les travaux, les art. 4 et 12 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996).

[70] D. D'HOOGHE, « Alternatieve bekendmaking van overheidsopdrachten, marktverkenning en het gebruik van de informatietechnologie », *Entr. Dr.*, 2000, p.106, n°32.

[71] *Ibid.*, n°33.

simplement d'une faculté qui leur est laissée.

On imagine aisément, même si les directives ne contiennent aucune mention explicite à ce propos, que ce « profil d'acheteur » serait l'une des composantes du site du pouvoir adjudicateur, parmi les informations de tous genres qu'on peut généralement trouver sur les sites d'autorités publiques (formulaires pour téléprocédures, informations d'intérêt général, ...). Pour cette raison, la création d'un profil d'acheteur ne sera donc véritablement originale que dans les cas – sans doute fort rares aujourd'hui – où le pouvoir adjudicateur ne dispose pas d'un site internet généraliste.

49. Le contenu de ce « profil d'acheteur » n'est pas défini en termes précis : la directive 2004/18 se borne, en son Annexe VIII, 2, sous b), à mentionner, à titre purement indicatif quelques unes des informations qui peuvent être diffusées par ce profil d'acheteur : outre les avis de pré-information visés à l'article 35, paragraphe premier, de la directive[72], le profil d'acheteur peut contenir « des informations sur les appels d'offres en cours, les achats programmés, les contrats passés, les procédures annulées, ainsi que toute information générale utile, comme un point de contact, un numéro de téléphone et de télécopie, une adresse postale et une adresse e-mail ».

50. Au-delà de l'image de fourre-tout que peut entretenir cette énumération indicative, la portée des dispositions et annexes relatives au « profil d'acheteur » laisse perplexe. Sans s'attarder longuement sur cette question, on formulera une observation générale sur la pertinence et l'efficacité du recours à ce profil d'acheteur au regard des préoccupations qui pourraient avoir animé les auteurs des directives. Si ceux-ci voulaient donner une impulsion déterminante à l'usage d'internet comme vecteur publicitaire et mode d'accès aux documents du marché, et si, dans cette perspective, ils souhaitaient – pour d'évidentes raisons pratiques – faire reposer l'appareillage publicitaire partiellement sur les pouvoirs adjudicateurs, il leur appartenait de contraindre[73] les pouvoirs adjudicateurs à créer un site internet dédié à leurs marchés ou à ménager sur leur site « généraliste » un accès aux informations relatives aux marchés publics. Les directives devaient alors préciser les informations et documents dont les pouvoirs adjudicateurs étaient tenus de garantir l'accès par le « profil d'acheteur ».

51. Par contre, si au travers de cette référence au profil d'acheteur les autorités européennes entendaient uniquement faire état de « bonnes pratiques » à l'intérêt desquelles elles éveillaient la curiosité des pouvoirs adjudicateurs, on ne perçoit pas pourquoi de telles recommandations trouvent leur place dans une directive, alors qu'elles pouvaient être contenues en bien d'autres instruments fréquemment utilisés dans les sphères communautaires (livres blancs ou verts, communications, ...). L'intervention du « législateur » européen en cette matière est d'autant plus surprenante qu'elle n'apporte rien à une pratique déjà répandue parmi de nombreux pouvoirs adjudicateurs et à laquelle peuvent d'ailleurs librement recourir, dans le respect du principe de « hiérarchie » des modes publicitaires, déjà consacré par les directives et les droits nationaux[74].

2.5. La collecte d'informations et de documents sur Internet : un accès sous surveillance ?

52. Dans la phase de publicité de l'avis de marché, le pouvoir adjudicateur peut souhaiter collecter sur son site des données relatives aux internautes qui le visitent. Cette collecte peut être invisible, via l'insertion de *cookies* par exemple, ou prendre la forme d'un formulaire à remplir. On peut citer, à cet égard, l'exemple du décret français n° 2002-692 du 30 avril 2002 relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics qui dispose en son article 2 que les candidats invités à présenter une offre, dans le cadre d'une mise en concurrence simplifiée, d'un appel d'offres restreint ou d'une procédure négociée, doivent fournir le nom de l'organisme, le nom de la personne physique téléchargeant les documents et une adresse permettant de façon certaine une correspondance électronique assortie d'une procédure d'accusé de réception. Cette communication de données n'est pas envisagée par la législation belge. Le pouvoir adjudicateur pourrait éventuellement toutefois proposer aux personnes téléchargeant les documents relatifs au marché de fournir des coordonnées de contact pour les informer, le cas échéant, des modifications apportées

[72] Avis de pré-information dont la publication peut être assurée par la banque TED ou par le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur. Dans ce dernier cas, le pouvoir adjudicateur devra adresser à la Commission européenne un avis annonçant la publication de cet avis de pré-information sur le profil d'acheteur, de manière à ce que les opérateurs consultant la banque de données TED puissent utilement être dirigés vers ce profil d'acheteur.

[73] A l'intervention des Etats Membres chargés de transposer les directives.

[74] Cf. *supra*, n°6.

ultérieurement à ces documents.

Dans toutes ces hypothèses, le pouvoir adjudicateur devra se conformer à la loi du 8 décembre 1992[75].Ceci implique notamment que les données collectées soient nécessaires à la réalisation d'une finalité déterminée et que le pouvoir adjudicateur indique aux visiteurs dont il collecte les données la ou les finalités d'utilisation réservées à ces données par le biais d'une clause d'information conforme aux exigences de l'article 9 de la loi de 1992[76] et qu'il effectue une déclaration auprès de la Commission de la Protection de la Vie Privée.

2.6. La confidentialité des échanges de courriers électroniques : une exigence limitée ?

53. En dépit de la nouvelle donne qu'impose le processus de dématérialisation, l'utilisation du courrier électronique pour les communications entre les candidats et le pouvoir adjudicateur fait resurgir le problème de la conciliation entre la nécessaire continuité du service et la protection du secret de la correspondance[77]. La nécessité d'assurer la continuité de la passation et de l'exécution du marché[78] suffit-elle à justifier le fait que des fonctionnaires autres que le destinataire d'un courrier électronique prennent connaissance de la correspondance échangée entre les fonctionnaires, d'une part, et les soumissionnaires et candidats, d'autre part ? Nous ne le pensons pas.

54. Comme exposé sous la section 1.3.2, tant la prise de connaissance du contenu des courriers électroniques que des données de communication sont interdites à moins d'avoir obtenu consentement des parties à la communication (pour ce qui est du contenu) et des personnes directement ou indirectement concernées par l'information, l'identification ou les données de communication en question (pour ce qui est des données de communication). Ces dispositions sont donc susceptibles de faire obstacle à ce qu'un fonctionnaire puisse prendre connaissance de l'existence ou du contenu de courriers électroniques échangés entre un autre agent du pouvoir adjudicateur et des soumissionnaires ou candidats. Si l'application des article 259bis et 314bis est discutable dès lors qu'ils visent une interception d'une communication *pendant la transmission*, il est certain que l'article 109terD précité doit être pris en compte.

Or l'accès à la boîte de courrier électronique d'un autre fonctionnaire ou même la prise de connaissance de courriers électroniques reçus ou envoyés par lui implique la prise de connaissance de données de communication (données de l'expéditeur, du destinataire, heure de la réception, etc.). Cette prise de connaissance n'est cependant envisageable que dans la mesure où toutes les parties à la communication et concernées par les informations y consentent. A ces contraintes, s'ajoute l'obligation de respecter la loi du 8 décembre 1992. En effet, la prise de connaissance des courriers électroniques contenant des données à caractère personnel est un traitement de données à caractère personnel[79].

55. L'arrêté royal du 18 février 2004 ne fait qu'effleurer cette problématique. Les articles 3 et 18 de cet arrêté introduisent respectivement les articles 81quinquiès de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et 66quinquiès de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 aux termes desquels «*par le seul fait de déposer sa demande de participation ou de remettre une offre totalement ou partiellement par les moyens électroniques, le candidat ou le soumissionnaire accepte que les données découlant du fonctionnement du dispositif de réception de sa demande de participation ou de son offre*

---

[75] Cf. *supra*, sous la section 1.3.1. A Noter que la Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques contient une disposition (article 5 § 3) relative à l'utilisation des *cookies* et logiciels espions dont devra également tenir compte l'administrateur du site, le cas échéant. Cette directive n'a pas encore été transposée en droit belge à ce jour.

[76] Le Groupe de travail de l'article 29 a énoncé une série de recommandations relatives à la fourniture de l'information requise dans son avis sur des dispositions plus harmonisées en matière d'information du 25 novembre 2004 disponible sur : http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/workingroup_fr.htm).

[77] Qui, en ce qui concerne les communications électroniques, relève cependant du secret des (télé)communications et non du secret des lettres (cf. *supra* 1.3.2).

[78] Il est évident que le problème de la confidentialité des échanges dépasse de loin le cadre des procédures liées à la publicité préalable, qui retient notre attention dans le cadre de cette partie de notre contribution. Cette problématique est constante dans toutes les phases de la passation et de l'exécution du marché.

[79] Voyez à cet égard l'avis d'initiative n°39/2001 de la Commission de la Protection de la Vie Privée concernant la proposition de loi 2-891/1 du 29 août 2001 visant à réglementer l'utilisation des moyens de télécommunication sur le lieu de travail, disponible sur le site http://www.privacy.fgov.be.

soient enregistrées ». Aux termes du rapport au Roi, ces dispositions visent en réalité à permettre l'enregistrement des activités (*logging*) du dispositif de réception des candidatures et des offres. Il y est précisé à cet égard que ce consentement est nécessaire au regard de l'article 109ter, D de la loi du 21 mars 1991 et qu'il permet en outre de respecter la loi du 8 décembre 1992.

Rappelons toutefois que l'article 109ter, D sanctionne la *prise de connaissance* des données de communication et non l'*enregistrement* de telles données[80]. Il nous semble dès lors que si l'on veut donner un sens à ces dispositions, il doit s'agir de permettre l'enregistrement de ces données *dans l'optique de pouvoir, le cas échéant, en prendre connaissance* et certifier des dates et heures auxquelles les offres sont parvenues au pouvoir adjudicateur. On peut également s'interroger sur le processus utilisé : un consentement présumé en vertu d'un arrêté royal suffit-il en l'espèce ? ce consentement ne doit-il pas être exprès et libre?[81]). Notons qu'il eût suffit de prévoir tout simplement cet enregistrement et la prise de connaissance des données par le pouvoir adjudicateur dans les textes concernés, sans présumer du consentement. En effet, la stipulation légale de tels actes aurait pu régler la question, et ce tant en ce qui concerne l'application de la loi du 8 décembre 1992[82] qu'en ce qui concerne les dispositions précitées relatives au secret des communications électroniques[83].

En toute hypothèse, ceci ne règle pas la question de la prise de connaissance du *contenu* des communications électroniques adressées par les candidats ou les soumissionnaires à un fonctionnaire par l'un de ses collègues.

56. Afin de parer à tout problème relatif à l'application des ces dispositions, il nous paraît souhaitable d'éviter l'utilisation d'une adresse « personnelle » attribuée à un fonctionnaire et de privilégier le recours à une adresse « fonctionnelle », c'est-à-dire une adresse électronique créée et utilisée pour les besoins de la procédure d'attribution du marché concerné. Cette adresse pourrait être utilisée par le (ou les) agent(s) impliqué(s) dans cette procédure d'attribution. Le recours à une adresse électronique dépersonnalisée ne dispensera toutefois pas l'autorité administrative de répondre à ses obligations de transparence telle, par exemple, celle imposée par l'article 2, 3° de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration selon laquelle toute correspondance émanant d'une autorité administrative fédérale indique le nom, la qualité, l'adresse et le numéro de téléphone de la personne en mesure de fournir de plus amples informations sur le dossier.

3. L'information des candidats et soumissionnaires et la transparence administrative

3.1. L'information des candidats et soumissionnaires : les notifications de décisions et communications de motifs

57. La législation relative aux marchés publics impose au pouvoir adjudicateur de procéder à certaines notifications de décisions ou communications d'informations qui touchent les différents opérateurs économiques intéressés par la passation d'un marché. Ces notifications rencontrent des vocations différentes selon qu'elles sont destinées à l'opérateur économique dont l'offre a été retenue ou à ses concurrents évincés. S'agissant de la notification de la décision attribution du marché au soumissionnaire retenu, elle constitue une formalité à l'accomplissement de laquelle est subordonnée la conclusion du contrat, à tout le

[80] Les articles 314bis et 259bis du Code pénal visent quant à eux bel et bien de l'enregistrement du contenu des communications. La disposition discutée n'aborde pas le problème de l'enregistrement du contenu de la communication mais seulement celui de l'enregistrement de données de communication liée au *logging*.

[81] L'article 1§ 8 de la loi du 8 décembre 1992 entend par « consentement de la personne concernée », «toute manifestation de volonté, libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée ou son représentant légal accepte que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement ».

[82] La loi du 8 décembre 1992 en son, article 5, c qui dispose qu'un traitement peut en principe être effectué lorsqu'il est nécessaire au respect d'une obligation à laquelle le responsable du traitement est soumis par ou en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance. Par ailleurs, la loi du 8 décembre 1992 dispense, en son article 9 § 2, le responsable du traitement de fournir les informations visées au présent paragraphe lorsque l'enregistrement ou la communication des données à caractère personnel est effectué en vue de l'application d'une disposition prévue par ou en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance.

[83] L'article 109 terE §1, 1° prévoit que les dispositions de l'article 109terD de la présente loi et les articles 259bis et 314bis du Code pénal ne sont pas applicables lorsque la loi permet ou impose l'accomplissement des actes visés.

moins dans les procédures de mise en concurrence formalisée (adjudication et appel d'offres)[84]. Pour les soumissionnaires ou candidats évincés, la notification du rejet ou de la non-sélection de leur offre leur ouvre la voie vers une information sur les résultats des procédures liées à la passation du marché (obligation d'information primaire), voie que prolongera, s'ils en expriment le souhait, la communication des motifs de leur éviction (obligation d'information secondaire)[85]. Ces modes d'information, particulièrement la notification, auront également une incidence sur la protection juridictionnelle du soumissionnaire ou du candidat évincé, puisque la prise de connaissance de la décision qui lui fait grief fera courir le délai d'introduction de recours juridictionnels et lui offrira l'occasion de porter sur cette décision une première appréciation de l'opportunité d'envisager un tel recours.

58. Ces communications peuvent être assurées par des moyens électroniques si les parties en ont convenu conformément aux, et suivant les, modalités définies par l'article 81 quater, § 1er, al.4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996[86]. L'information sera communiquée par courrier électronique, mais on se demandera si elle ne peut pas l'être par d'autres biais. Ainsi par exemple, pourrait-on imaginer qu'elle soit diffusée par l'intermédiaire d'un site internet qui ne serait accessible (en tout ou, plus probablement, en partie) qu'aux seuls candidats et/ou soumissionnaires). Cette manière de procéder présenterait le double avantage d'alléger la charge administrative du pouvoir adjudicateur (ainsi dispensé d'envoyer un nombre peut-être considérable de courriers) et de rendre immédiatement accessible, non seulement le résultat de la mise en concurrence, mais également les motifs des décisions d'attribution et/ou d'éviction ainsi que – pourquoi pas ? – des éléments du dossier administratif ou d'autres informations que les candidats et soumissionnaires seraient susceptibles de lui demander.

59. En dépit des enjeux séduisants que paraît faire miroiter un site internet comme canal d'information entre le pouvoir adjudicateur et les candidats/soumissionnaires, cette perspective doit être confrontée à la réglementation en vigueur. Diverses hypothèses doivent être envisagées à ce propos.

60. Avant tout, il semble qu'un tel site d'informations ne permette pas de satisfaire à l'exigence d'information destinée à l'adjudicataire : en vertu de l'article 117 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, la conclusion du marché (ou – en d'autres termes – du contrat liant le pouvoir adjudicateur à l'opérateur économique) est subordonnée à une notification au soumissionnaire choisi de l'approbation de son offre. Cette notification doit répondre à des conditions de forme précisées par cette disposition[87]. Nonobstant la rédaction malheureuse de l'article 117 tel qu'il résulte de sa modification par l'arrêté royal du 18 février 2004[88] et des incertitudes que cette rédaction laisse subsister, l'exigence d'un « courrier » individualisé ressortit au formalisme inhérent à la conclusion du marché public et paraît être une condition de validité du contrat. Pour cette raison, un autre mode d'information, plus impersonnel, nous paraît exclu.

61. L'information destinée aux candidats ou soumissionnaires évincés pourrait leur être communiquée par un site (ou une page) internet dédié au marché concerné, puisque l'exigence primaire d'information[89] n'est assortie d'aucune formalité ou modalité de communication. La réglementation ne fait pas davantage obstacle à ce que ce canal soit également utilisé pour l'exigence « secondaire » d'information[90] ; certes, l'opérateur économique intéressé doit-il, en cette dernière hypothèse, adresser une demande écrite au pouvoir adjudicateur, mais cela ne fait pas obstacle – nous semble-t-il – à une initiative plus spontanée et « généreuse » de la part de ce dernier[91]. Cela

[84] Arrêté royal du 8 janvier 1996, art. 117.

[85] Arrêté royal du 8 janvier 1996, art. 25 (travaux), 51 (fournitures) et 80 (services).

[86] « L'accord doit être consigné par écrit et il ne peut être déduit du fait qu'une partie a établi et/ou envoyé un document par ces moyens qu'elle a marqué son accord sur l'utilisation de ceux-ci. Cet accord doit porter sur les outils à utiliser et doit préciser les adresses électroniques auxquelles les documents envoyés par ces moyens peuvent être notifiés ».

[87] Laquelle disposition se réfère aux exigences posées par l'article 81, § 1er, al.4 (cf. *supra*, note précédente).

[88] D. DE ROY, « Vers des marchés publics « en ligne » ? ..., nos 24 et 31, pp.756-757.

[89] A savoir le seul fait de leur communiquer que leur candidature ou leur offre n'est pas retenue.

[90] Communication des motifs de la non-sélection ou du rejet de l'offre, ainsi que de la décision motivée d'attribution du marché aux intéressés qui ont adressé à cette fin une demande écrite au pouvoir adjudicateur.

[91] Pour autant, évidemment, que cette modalité d'accès à certains documents et décisions ne se soit pas incompatible avec les exceptions posées au droit d'accès par les différentes législations relatives à la transparence administrative, ainsi que par la législation relative à la

étant, et en dépit des avantages qu'elle peut offrir, la mise en ligne de décisions et documents ne garantira pas – sauf modalités pratiques assez peu commodes – que tous les opérateurs économiques intéressés ont été utilement informés de l'adoption de décisions ; cette manière de procéder ne permettra pas non plus de situer à une date certaine la prise de connaissance des décisions susceptibles de causer grief. Pour cette raison, il paraît finalement difficile de renoncer à l'envoi de courriers, pour satisfaire à l'exigence primaire d'information, tandis que la mise en ligne peut se concevoir pour le respect de l'exigence secondaire, ainsi que pour assurer éventuellement – sur base volontaire du pouvoir adjudicateur – une plus grande accessibilité du « dossier administratif » de la procédure d'attribution du marché.

62. Une fois reconnue la possibilité de recourir à un site internet pour assurer l'accessibilité de décisions et mettre leurs destinataires en mesure d'être informés de leur contenu, il reste à se demander si le pouvoir adjudicateur peut choisir de recourir exclusivement à ce mode de diffusion de l'information. A première vue, la réponse à cette question devrait être négative : on se souviendra de ce que l'adaptation du droit belge des marchés publics aux nouvelles technologies de l'information et de la communication est allée de paire avec le souci de ne pas imposer le recours exclusif aux moyens électroniques[92], mais bien de laisser le choix des supports et vecteurs d'information aux opérateurs économiques[93]. A la réflexion, cependant, cette réponse pourrait être sujette à une remise en cause. Deux arguments militent en ce sens : d'une part, il serait assez incohérent de s'émouvoir – au nom des principes d'égalité et de non- discrimination – de l'accessibilité du contenu d'une décision par le seul biais de moyens électroniques d'information, alors que la publicité préalable au lancement d'un marché public est exclusivement assurée par ces mêmes moyens et que les opérateurs n'ont pu avoir connaissance du marché auquel ils participent que par la consultation d'un site internet. D'autre part, il y a lieu d'avoir égard à la jurisprudence du Conseil d'Etat, telle que révélée par deux arrêts des 20 mai 2003 et 24 septembre 2004[94] qui font courir le délai d'introduction d'un recours en annulation à partir du jour où la partie requérante a été mise en mesure de prendre connaissance du contenu de la décision administrative critiquée, par un courrier précisant que cette décision était accessible sur le site internet de l'autorité qui l'avait adoptée. Dans ces arrêts, le Conseil d'Etat ne semble pas avoir subordonné la prise de cours du délai à la possibilité qu'avait la requérante de consulter effectivement le site internet ou à l'expression d'un choix en ce sens ; il témoigne ainsi non seulement de l'accueil réservé aux moyens électroniques, mais également de ce que l'utilisation exclusive d'un site internet comme vecteur d'information ne vicie pas la communication à laquelle est subordonnée la prise de cours du délai d'introduction d'un recours.

3.2. L'information des candidats et soumissionnaires : l'accès aux documents administratifs

63. Complémentairement aux modes spécifiques d'information mis en place par la législation relative aux marchés publics, les opérateurs économiques trouveront dans le cadre normatif général de la publicité administrative des moyens leur permettant utilement d'accéder aux décisions et motifs sur lesquels celles-ci reposent, mais également aux documents élaborés en cours de procédure et qui permettront, le cas échéant, non seulement de comprendre les choix posés par le pouvoir adjudicateur, mais également d'en apprécier la régularité en vue d'éventuels recours juridictionnels.

64. Nous ne passerons pas en revue toutes les questions qu'inspire la recherche d'un idéal de transparence dans la pratique des marchés publics ; nombreuses sont celles qui peuvent être posées indépendamment d'un environnement dématérialisé (appréciation des motifs d'exception à la publicité de l'administration[95], décalage entre les notions de « pouvoir adjudicateur » et d' « autorité administrative »[96]). Nous nous bornerons à nous demander si l'accès à ces documents administratifs, en vertu des diffé-

protection de la vie privée à l'égard du traitement de données à caractère personnel (cf. *supra*, n°s 12 et s.)

92 D. DE ROY, « Vers des marchés publics « en ligne » ? ..., n°s 8-9, pp.754.

93 Et, dans une certaine mesure, à chaque pouvoir adjudicateur, puisque le recours aux moyens électroniques ne sera admis que pour autant que celui-ci l'ait accepté.

94 Arrêts n°s 119.572 du 20 mai 2003 et 135.409 du 24 septembre 2004, tous deux en cause de a.s.b.l. Groupement Cerexhe-Heuseux-Beaufays c/ Région wallonne.

95 R. ANDERSEN, « La mise en balance des intérêts en cause dans l'appréciation des motifs d'exception à la publicité dans l'administration », *C.D.P.K.*, 1999, pp.38-45.

96 D. DE ROY, "L'application du droit des marchés publics aux a.s.b.l. subventionnées", *J.T.*, 2001, pp.225- 230, spéc. pp.228-229.

rentes législations adoptées en cette matière, peut être assuré par des moyens électroniques et, le cas échéant, par quels moyens[97] (3.2.1.); il y aura également lieu de tenir compte des contraintes qu'impose le caractère nécessairement hybride du dossier administratif (3.2.2.). Enfin, il s'agira d'examiner, dans une rubrique ultérieure si le recours à des moyens électroniques dans les procédures liées à la passation des marchés peut appeler une application particulière de législations relatives à certains aspects de protection de la vie privée (3.3.).

3.2.1. Le choix des modes d'accès aux documents administratifs

65. A première vue, la question du choix des moyens peut, pour l'accès aux documents administratifs, se poser en des termes similaires à ceux par lesquels nous avons envisagé l'accès aux décisions : le courrier électronique et, éventuellement, la diffusion par le biais d'un site internet.

66. Une différence importante doit toutefois être relevée : il n'est pas certain que l'opérateur économique puisse invoquer ces législations relatives à la publicité de l'administration, pour revendiquer l'accès à ces documents par des moyens électroniques ou le bénéfice d'une copie sur support électronique, et ce, même si un accord a été conclu avec le pouvoir adjudicateur, conformément à l'article 81 quater de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Il s'impose, en effet, de relever qu'à l'exception du décret flamand du 26 mars 2004[98], les loi et décrets adoptés en cette matière ne consacrent pas encore la possibilité d'échange d'informations par voie électronique entre l'administré et l'autorité administrative concernée, pas plus que le choix du support ou de la forme de communication du document sollicité. L'ouverture aux nouvelles technologies de l'information et de la communication est donc liée, en l'état actuel de la législation, au bon vouloir de l'autorité administrative[99]. Celle-ci ne pourrait, à notre estime, être contrainte en vertu d'un accord passé avec l'opérateur économique[100], dès lors que les obligations d'information et de transparence incombant au pouvoir adjudicateur au titre de la législation relative aux marchés publics portent non sur l'ensemble des documents générés par la procédure d'attribution du marché, mais seulement sur certaines décisions et leurs motifs. Le pouvoir adjudicateur ne pourra donc être contraint d'utiliser les moyens électroniques que pour le seul accès à ces décisions et à leurs motifs[101].

3.2.2. Caractère hybride du dossier administratif

67. Comme nous avons pu le souligner par ailleurs, la liberté de choix des supports d'information et moyens de communication reconnue aux opérateurs économiques garantit sans doute leur égalité dans l'accès à la commande publique, mais n'en compromet pas moins, dans une certaine mesure, l'efficacité de toute initiative de dématérialisation[102], à raison du caractère hybride que va présenter le dossier administratif. La forte probabilité de voir le dossier administratif constitué, à tout le moins pour partie, de documents établis sur support papier laisse évidemment augurer de la difficulté d'accéder à ces documents par des moyens électroniques. Si une conversion (par un procédé de scannage, par exemple) est envisageable, d'un point de vue technique, la question des effets que le document ainsi converti peut produire sur le plan de la preuve subsistera, dès lors que notre législation n'a pas encore défini le régime juridique de l'acte authentique électronique ni les conditions auxquelles cette valeur peut lui être reconnue[103].

[97] Ne sera pas davantage abordée la problématique de l'archivage électronique de documents administratifs. Sans doute utile à notre propos, cet aspect dépasse largement la seule pratique des marchés publics (pour concerner de très nombreux domaines d'action des pouvoirs publics) et n'a pas exclusivement trait à la relation d'information entre l'entreprise et le pouvoir adjudicateur, mais plus généralement aux procédures internes d'élaboration de l'acte que constitue la décision d'attribution du marché, et de constitution du dossier qui offre le support de l'acte administratif. Cette problématique se résume en une question : comment assurer la conduite d'une procédure dématérialisée d'adoption d'un acte administratif ?

[98] Décret de la Communauté flamande du 26 mars 2004 relatif à la publicité de l'administration, précité.

[99] 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, 2002, p.117, note 71 (Formation permanente CUP, vol.55).

[100] Accord conclu en vertu de l'art. 81 quater, § 1er, al.4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

[101] Et pour autant, bien entendu, qu'ait été conclu l'accord visé à l'article 81 quater, § 1er, al.4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

[102] D. DE ROY, « L'adaptation du droit des marchés publics aux nouvelles technologies : quelques repères », *Entr. Dr.*, 2003, p.354.

[103] H. JACQUEMIN, « Le formalisme des marchés publics à l'épreuve des technologies de l'information et de la communication :

68. Ici encore, on observera que cette question d'accessibilité au dossier administratif par des moyens électroniques passe plus fondamentalement par la problématique de l'élaboration d'un acte administratif suivant une procédure dématérialisée. Cet important défi qui s'impose aux pouvoirs publics dépasse largement le seul souci d'une relation de transparence entre une administration et ses interlocuteurs. La réflexion et les initiatives en cette matière demeurent encore très timides.

3.3. L'information des candidats et soumissionnaires : le respect des mécanismes de protection de la vie privée

69. Dans diverses circonstances, et particulièrement à raison de l'exercice du droit d'accès aux documents administratifs[104], le pouvoir adjudicateur peut être amené à communiquer, en tout ou en partie, à des tiers le dossier administratif de passation du marché. Ce dossier peut contenir des données à caractère personnel préalablement communiquées par le soumissionnaire ou le candidat, ainsi que la correspondance échangée entre celui-ci et le pouvoir adjudicateur.

70. Nous examinerons quelles sont les principales exigences auxquelles le soumissionnaire ou le candidat se doivent d'être attentifs lors de la communication de données à caractère personnel au pouvoir adjudicateur, avant de nous pencher sur les questions suscitées par la communication des offres par ce dernier à des tiers, tels des candidats ou soumissionnaires évincés, par exemple

3.3.1. Communication de données à caractère personnel contenues dans une candidature ou une offre

71. Avant tout, il convient d'observer que les données à caractère personnel susceptibles de faire l'objet d'un traitement ne concerneront probablement pas le candidat ou le soumissionnaire[105], mais ses collaborateurs. On peut imaginer par exemple que le *curriculum vitae* soit utilisé dans le cadre d'une sélection qualitative.

Cette communication inspire des approches différentes selon que l'on se place du côté du soumissionnaire[106] qui transmet l'offre ou du point de vue pouvoir adjudicateur qui la reçoit et utilise les données communiquées.

72. **Du point de vue du soumissionnaire.** A partir du moment où l'offre est communiquée par courrier électronique, il y a traitement au sens de la loi du 8 décembre 1992. Dès lors que la candidature contient des données à caractère personnel (tel le *curriculum vitae* d'un collaborateur, par exemple), le soumissionnaire devra s'assurer que cette communication se fait dans le respect des dispositions de cette loi. Ainsi, seules les données à caractère personnel nécessaires et pertinentes pour l'établissement de la candidature peuvent être traitées à cet effet : si l'on admet aisément la pertinence de la mention des diplômes ou expériences professionnelles antérieures du collaborateur, on s'interrogera par contre sur la nécessité d'indiquer l'adresse privée, le statut civil ou le nombre d'enfants du collaborateur dans un *curriculum vitae* communiqué dans le cadre d'une offre.

Si le *curriculum vitae* est établi ou mis à jour par le collaborateur concerné en vue de l'établissement de l'offre ou si ce dernier a participé à l'élaboration de l'offre, on peut considérer qu'il est implicitement informé de l'utilisation qui sera faite de ses données et que le traitement est légitime. Par contre, s'il s'agit d'une réutilisation d'un *curriculum vitae* communiqué hors d'un tel contexte par le collaborateur[107], il conviendra d'avoir égard à l'information fournie au collaborateur au moment de l'obtention de ce document pour déterminer si la communication de ces données est ou non légitime. Si le collaborateur a été informé, ne fût-ce qu'implicitement ou de façon générale, au sein d'une *privacy policy*[108] en vigueur dans l'entreprise du soumissionnaire par exemple, de l'utilisation de ses données pour l'établissement d'offres, on peut considérer que la communication est un traite-

l'apport du droit civil », *C.D.P.K.*, 2004, pp.165-166.

[104] Mais pas exclusivement... L'hypothèse de communication du dossier administratif dans le cadre d'un recours en annulation introduit devant le Conseil d'Etat pourrait également être envisagée.

[105] Lequel est généralement une personne morale, qui ne bénéficie pas de la protection organisée par la loi du 8 décembre 1992.

[106] Dans les développements qui suivent, nous utilisons, pour faire simple, le terme « soumissionnaire », tout en étant conscients de ce que – s'agissant d'examiner l'hypothèse d'un *curriculum vitae* utilisé dans le cadre d'une sélection qualitative – il serait évidemment plus précis de parler à ce stade de « candidat ».

[107] Par exemple, à l'occasion de son embauche et alors que la perspective du marché n'était pas esquissée.

[108] C'est-à-dire un texte décrivant la politique menée au sein de l'entreprise en ce qui concerne le traitement de données à caractère personnel.

ment annoncé ou à tout le moins compatible avec le traitement annoncé. Si tel n'est pas le cas, il s'agit d'une réutilisation de ses données non compatible et qui est interdite. Dans de tels cas, il n'est possible de réutiliser les données que moyennant le consentement de la personne concernée[109].

73. **Du point de vue du pouvoir adjudicateur.** Le pouvoir adjudicateur qui reçoit des offres contenant des données à caractère personnel a tout intérêt à s'assurer du respect de la loi du 8 décembre 1992 par les candidats ou soumissionnaires. En effet, si des données à caractère personnel ont été communiquées illicitement par un responsable de traitement à un autre responsable de traitement, le traitement effectué par ce dernier est également illicite [110]. On ne peut que conseiller au pouvoir adjudicateur de spécifier dans le cahier spécial des charges que toute communication de données de la part des candidats ou soumissionnaires devra se faire dans le respect de la législation relative à la protection des données applicable.

3.3.2. Communication des offres à des tiers

74. Lorsque le pouvoir adjudicateur est amené à communiquer copie des offres qui lui ont été adressées par courrier électronique par un candidat ou un soumissionnaire, il devra être attentif à deux problématiques. Dans l'hypothèse où les documents transmis contiennent des données à caractère personnel, il devra s'assurer qu'une telle communication est admissible au regard de la loi du 8 décembre 1992. Ensuite, s'il s'agit de communiquer copie d'un courrier électronique reçu d'un candidat ou d'un soumissionnaire, le pouvoir adjudicateur devra avoir égard aux restrictions liées au secret des communications. Notons que ces exigences se cumulent dans l'hypothèse d'une communication d'un courrier électronique contenant des données à caractère personnel. Nous analyserons ces deux problématiques en prenant l'exemple d'un droit d'accès exercé par un tiers en vertu de la loi du 11 avril 1994 sur la publicité de l'administration.

3.3.2.1. Communication de données à caractère personnel à des tiers

75. La question préliminaire à se poser est de savoir si la communication d'une offre contenant des données à caractère personnel constitue un traitement au sens de la loi du 8 décembre 1992. Nous partons de l'hypothèse que les données communiquées au pouvoir adjudicateur l'ont été sur support électronique. Dès lors que les opérations qui sont nécessaires à la mise en œuvre du traitement sont, ne serait-ce que partiellement, automatisées il y a lieu de considérer qu'il s'agit effectivement d'un traitement soumis à l'application de la loi du 8 décembre 1992. La communication de données à caractère personnel contenues dans le dossier d'un candidat ou d'un soumissionnaire constitue donc un traitement de données à caractère personnel. La communication ne sera par conséquent autorisée que si elle ressortit de la finalité de traitement initiale du pouvoir adjudicateur ou si elle est compatible avec celle-ci.

Si l'on applique cet enseignement général à l'exemple pris de l'exercice du droit d'accès aux documents administratifs produits au cours de la passation, la finalité initiale est précisément cette attribution du marché. C'est d'ailleurs dans cette optique que le dossier du candidat ou soumissionnaire dont question aura été communiqué au pouvoir adjudicateur. La communication de données à caractère personnel dans le cadre de l'exercice d'un droit d'accès d'un tiers ne s'inscrit pas dans la finalité d'attribution du marché et ne peut donc être justifiée sur la base du premier critère c'est-à-dire la communication relevant de la finalité de traitement initiale. Reste à examiner si cette communication peut être néanmoins qualifiée de compatible avec la finalité initiale.

Le terme « compatible » n'est pas défini par la loi du 8 décembre 1992. Pour déterminer ce qui est « compatible », précise néanmoins l'article 4, §1er, 2° de cette loi, il y a lieu de tenir compte de tous les facteurs pertinents, notamment des prévisions raisonnables de la personne concernée et des dispositions légales réglementaires applicables. Ainsi, si un texte légal ou réglementaire prévoit la communication de données, on peut considérer la

[109] Y. POULLET et Th. LEONARD, *op.cit*, 1999, n°30, p. 385.

[110] Pour une application de ce principe, cf. Comm. Bruxelles, 12 juillet 1996, *D.C.C.R.*, 1996, p. 351.

communication comme étant compatible avec la finalité initiale[111].

La loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration contient précisément des dispositions prévoyant la communication de documents administratifs susceptibles de contenir des données à caractère personnel pour donner suite à l'exercice d'un droit d'accès. Elle instaure, en effet, en son article 4, le droit de consulter un document administratif d'une autorité administrative fédérale et de recevoir une copie du document. Ce droit implique que chacun puisse, selon les conditions prévues par cette loi, prendre connaissance sur place de tout document administratif, obtenir des explications à son sujet et en recevoir communication sous forme de copie. Elle précise toutefois qu'en ce qui concerne les « documents à caractère personnel »[112], le demandeur doit néanmoins justifier d'un intérêt. De plus, aux termes de l'article 6§2 de cette loi, l'accès peut être refusé si cela porte atteinte à la vie privée, sauf si la personne concernée a préalablement donné son accord par écrit à la consultation ou à la communication sous forme de copie. Il appartiendra donc au pouvoir adjudicateur d'apprécier *in concreto* si l'accès aux données à caractère personnel contenues dans le dossier des soumissionnaires porte ou non atteinte à la vie privée des personnes concernées[113] et de donner ou non accès aux données suivant le résultat de cet exercice[114]. La communication des données à caractère personnel contenues dans le dossier d'un soumissionnaire ou d'un candidat pourra donc être réalisée par le pouvoir adjudicateur dans la mesure où celle-ci intervient en application et en conformité avec ces dispositions de la loi du 11 avril 1994.

3.3.2.2. Communication de copies de courriers électroniques

76. L'accès de tiers à des correspondances échangées entre le pouvoir adjudicateur et certains candidats ou soumissionnaires impose la recherche d'un équilibre entre les garanties d'accès et de transparence qu'offrent notamment les législations sur la publicité de l'administration et la protection qui doit s'attacher à la confidentialité des échanges. Ici encore, l'utilisation de courriers électroniques fait apparaître sous un jour nouveau des questions qui auraient pu, de longue date[115], éveiller la curiosité.

77. Un courrier électronique constitue bien un « document administratif » aux termes de la définition large qui en est donnée par l'article 1, 2° de la loi du 11 avril 1994 et selon laquelle cette notion recouvre « toute information, sous quelque forme que ce soit, dont une autorité administrative dispose ». Or, pour rappel[116], tant le contenu de ces courriers électroniques que les données de communication sont protégés par le secret des communications consacré au travers des articles 259bis et 314bis du Code pénal et 109terD de la loi du 21 mars 1991. Comme nous l'avons exposé précédemment [117], l'article 109terD, constitue à l'heure actuelle le principal obstacle dès lors que les interdictions stipulées dans deux autres dispositions ne s'appliquent que dans l'hypothèse d'une interception indue de la communication pendant sa transmission. Or les actes visés par l'article 109terD, parmi lesquels figurent la prise de connaissance ou la révélation des données de communication, sont interdits sans le consentement de toutes les parties à la communi-

[111] Par ailleurs, il est utile de préciser que l'article 9, §2, alinéa 2, b de la loi du 8 décembre 1992 stipule également que le responsable du traitement est exempté de l'obligation d'information lorsque l'enregistrement ou la communication des données est effectué en vue de l'application d'une disposition prévue par ou en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance.

[112] Ces termes ne visent cependant pas tout document contenant des données à caractère personnel. En effet, aux termes de l'article 1, 3° de la loi du 11 avril 1994, il s'agit d'un « document administratif comportant une appréciation ou un jugement de valeur relatif à une personne physique nommément désignée ou aisément identifiable, ou la description d'un comportement dont la divulgation peut manifestement causer un préjudice à cette personne ».

[113] On vise dans ce contexte par les termes « vie privée », la sphère privée de la personne concernée alors que le champ d'application de la loi du 8 décembre 1992 est plus large : elle concerne le traitement de données qui se rapportent à des personnes physiques, peu importe que les données se rattache à la sphère privée, professionnelle ou encore à une sphère publique (cf. section 1.3.1 *supra*).

[114] F. SCHRAM, « Openbaarheid en bescherming van persoonsgegevens : de zoektocht naar een evenwicht », in *Liber amicorum Paul Thomas*, à paraître, point 5.1.1.

[115] Par le biais de la protection (constitutionnellement garantie) du secret des lettres appliquée à la correspondance papier.

[116] Cf. *supra*, n°s 21-22.

[117] Cf. *supra*, n° 23.

cation. Faut-il en déduire que le consentement des préposés des soumissionnaires et candidats concernés est nécessaire afin de pouvoir communiquer copie du document administratif en question?

78. L'article 109terE, §1, 1° de la loi du 21 mars 1991[118] énonce quelques exceptions au principe d'interdiction, au sein desquelles figure l'hypothèse selon laquelle la loi permet ou impose l'accomplissement des actes visés par l'article 109terD. Ne pourrait-on dès lors pas se fonder sur le fait que la loi du 11 avril 1994 impose la communication des documents administratifs tels les courriers électroniques pour considérer que, de ce fait, l'obstacle créé par cette disposition devrait être levé ? Certains auteurs le soutiennent[119]. D'autres rappellent que dès lors que l'article 109terE de la loi du 21 mars 1991 a pour objet de restreindre l'exercice d'un droit garanti par la Convention européenne des droits de l'Homme, il convient de l'interpréter de manière restrictive et de considérer que l'application de l'exception appelle l'existence d'une loi autorisant expressément les actes prohibés par l'article 109terD [120].

79. S'il est peu vraisemblable que le législateur ait, à une époque où l'utilisation des moyens électroniques n'était pas encore répandue, entendu spécifiquement viser dans la loi du 11 avril 1994 la production de courriers électroniques, il est indéniable que la définition large donnée à la notion de document administratif démontre la volonté de ce dernier d'imposer la production d'un maximum d'informations indépendamment du support sur lequel elles se trouvent[121]. Il s'agit donc d'une base légale suffisamment spécifique, à notre estime, pour justifier la communication des courriers électroniques, dans le respect bien sûr des limites prévues par cette loi en considération de la protection de la vie privée. On ne pourrait d'ailleurs que difficilement imaginer, à l'heure où les échanges de correspondance par courrier électroniques remplacent progressivement la correspondance papier, que tous les courriers électroniques tombent hors du champ d'application de la loi du 11 avril 1994 ou que leur production soit subordonnée au consentement de toutes les parties à la communication.

80. Il nous semble dès lors que l'article 109terD de la loi du 21 mars 1991 ne devrait pas constituer un obstacle à une communication de courriers électroniques qui se ferait en vertu de la loi du 11 avril 1994 et dans le respect de ses dispositions.

81. Au-delà des divers aspects traités subsistent les innombrables questions négligées par la présente contribution ; de « guide de bonnes pratiques » destiné à l'usage des pionniers séduits par les sirènes de l'*e-Procurement*, il ne pouvait être question dans le cadre de cette modeste approche. Celle-ci, à l'instar des premiers essais de dématérialisation, révèlera évidemment les hésitations, approximations ou errements inhérents à toute démarche expérimentale.

82. Des développements qui précèdent, le lecteur retiendra cependant que l'un de principaux défis auxquels confronte l'introduction des NTIC dans le droit et la pratique des marchés publics est sans doute celui d'un cadre normatif plus complexe, que contribuent aujourd'hui à tracer des législations non spécifiques à la commande publique. Une telle évolution est probablement inspirée par des enjeux nouveaux qu'illustre, par exemple, le difficile équilibre entre, d'une part, les idéaux de publicité et de transparence, et, d'autre part, les impératifs liés au respect du secret des communications et de

[118] Cet article stipule que « Les dispositions de l'article 109terD de la présente loi et les articles 259bis et 314bis du Code pénal ne sont pas applicables :

1° lorsque la loi permet ou impose l'accomplissement des actes visés;

2° lorsque les actes visés sont accomplis dans le but exclusif de vérifier le bon fonctionnement du réseau et d'assurer la bonne exécution d'un service de télécommunications;

3° lorsque les actes sont posés en vue de permettre l'intervention des services de Secours et d'Urgence en réponse aux demandes d'aide qui leur sont adressées;

[...] L'information, l'identification et les données obtenues sur base de l'alinéa 1er, 2°, peuvent uniquement être révélées pour ces mêmes raisons ».

[119] H. DEKEYSER et J. DUMORTIER, *op.cit.*, p. 6.

[120] O. RIJKAERT, *op.cit.*, p. 207.

[121] Voyez C. DE TERWANGNE, *op. cit.*, p. 93 ; Notons également que l'article 1, 2° de la loi du 11 avril 1994 définit le document administratif comme étant « tout support d'information, *sous quelque forme que ce soit*, dont une autorité administrative dispose ».

protection de la vie privée. Cette complexité du régime juridique des marchés dématérialisés représente sans doute le prix à payer pour les perspectives séduisantes que suggère le discours sur l'*e-Procurement* ; c'est dire si, en cette matière, un important chantier est ouvert...