

Assemblée Générale des Maires de Meurthe-et-Moselle
samedi 20 octobre 2018

Question de l'association départementale des maires

Quelle est l'incidence de l'obligation de dématérialisation des marchés publics à compter du 1er octobre 2018 sur le contenu des pièces justificatives ?

Réponse de M. le Préfet :

Madame la Présidente,

La principale interrogation née de l'obligation de dématérialisation des pièces de marchés publics à compter du 1er octobre 2018 a trait à la forme que doit revêtir la signature des cocontractants contenus dans les pièces transmises en préfecture au titre du contrôle de légalité, plus précisément celles apposées au niveau de l'acte d'engagement..

Le contrôle de légalité des actes de la commande publique s'effectue en application des articles L. 2131-1 à L. 2131-13 du Code général des collectivités territoriales, ainsi que de l'article R. 2131-5 qui liste les pièces à transmettre au préfet.

Cet article dispose en effet que « la transmission au préfet ou au sous-préfet des marchés des communes et de leurs établissements publics autres que les établissements publics de santé comporte, les pièces suivantes :

1° La copie des pièces constitutives du marché, à l'exception des plans (...). »

L'acte d'engagement est la pièce maîtresse constitutive du marché. Il manifeste l'accord de volonté des deux parties.

La validité juridique de l'acte d'engagement est subordonnée à l'existence de la signature des parties, qui lui confère sa force probatoire.

Comme l'énonce l'article 1367 du Code civil, « la signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie son auteur. Elle manifeste son consentement aux obligations qui découlent de cet acte. »

La signature de l'acte d'engagement est une formalité substantielle. L'acte d'engagement doit par conséquent être signé par les deux parties au marché.

L'acte d'engagement signé à la fois par l'entreprise déclarée attributaire et le représentant du pouvoir adjudicateur équivaut à une acceptation des conditions notamment financières du candidat, et concrétise la rencontre des volontés.

La signature permet également de vérifier la capacité juridique des personnes signataires.

Afin de permettre cette vérification l'acte d'engagement, dont une copie est transmise par le pouvoir adjudicateur au service du contrôle de légalité, doit donc lorsqu'il est signé de manière manuscrite être daté et faire apparaître la signature des deux parties au marché.

Cette transmission doit intervenir après la signature de l'acte d'engagement et avant qu'il ne soit procédé à la notification du marché, en application de l'article L. 2131-1 du CGCT.

Mais qu'en est-il lorsque le marché est signé électroniquement ?

l'article 102 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics dispose en effet que : « Le marché peut être signé électroniquement, selon les modalités fixées par un arrêté du ministre chargée de l'économie. »

Un document signé électroniquement n'a, en théorie, pas vocation à être imprimé. Le document qui a fait l'objet d'une signature électronique doit être conservé dans son état d'émission, c'est-à-dire sous sa forme numérique, associé au fichier de signature et au certificat électronique.

Pour avoir une valeur légale, seul le document électronique peut être considéré comme le document original dans la mesure où la signature électronique est incluse dans le document PDF. En conséquence, tout document imprimé ne sera qu'une copie.

Il convient également de préciser que la doctrine administrative estime qu'il convient d'éviter qu'un marché soit signé par l'une des parties de manière électronique et par l'autre de manière manuscrite. Sur ce point, la Direction des affaires juridiques du Ministère de l'Economie a en effet précisé, dans le guide « très pratique » (version 2.0 / juillet 2018, point A 63) de la dématérialisation des marchés par les acheteurs, que « dans une telle situation, seul le contrat signé électroniquement a le statut de document original. L'autre document n'est qu'une copie. Aucune des deux parties ne dispose d'un original signé des deux parties. Une telle situation est donc à éviter. »

Il importe donc pour les maires dorénavant de privilégier la signature électronique.

La situation aboutissant à voir un document signé électroniquement par l'entreprise être complété par l'apposition de la signature manuscrite du pouvoir adjudicateur est donc à proscrire, car génératrice de difficultés de preuve quant à l'existence de l'accord de volonté.

D'un point de vue pratique, il en résulte donc bien que la rematérialisation de l'acte d'engagement (et d'une manière générale de l'ensemble des pièces composant le marché) n'a pas à être effectuée à l'occasion de la transmission du dossier en préfecture (ou sous-préfecture) pour contrôle de légalité.