

Acte d'engagement : conseils de rédaction et modalités de signature

Si certaines mentions impératives doivent figurer dans l'acte d'engagement, il n'en demeure pas moins que la rédaction de cet acte génère peu de difficultés. En revanche, s'agissant de sa signature, certaines contraintes s'imposent au candidat et à l'acheteur.

Si le Code des marchés publics demeure avant tout un code de la mise en concurrence, il impose néanmoins, de manière certes limitée, certaines règles de rédaction. Un chapitre entier (Titre II, chap. V) se trouve en effet consacré aux « documents constitutifs du marché », dont les articles 11, 12 et 13 évoquent la nécessité de procéder à la rédaction d'un contrat écrit (pour les marchés supérieurs à 15 000 euros HT), définissent les mentions devant impérativement y figurer et recensent les divers documents qui, en principe, seront amenés à constituer le marché ou l'accord-cadre, en l'occurrence « l'acte d'engagement et, le cas échéant, les cahiers des charges »⁽¹⁾. L'acte d'engagement, de par la formulation utilisée (la terminologie « le cas échéant » laissant entendre qu'il s'agit là de la seule pièce vraiment impérative) et la définition donnée⁽²⁾, constitue ainsi la pièce maîtresse du processus de contractualisation⁽³⁾. Concrètement, son objet est triple : traduire l'adhésion du candidat aux clauses imposées par la personne publique, matérialiser l'offre dans ses diverses composantes administratives, techniques et financières, retranscrire l'acceptation des conditions, notamment financières, du soumissionnaire par l'acheteur concrétisant ainsi la rencontre des volontés⁽⁴⁾. Ce caractère central de l'acte d'engagement impose ainsi, tant pour l'acheteur que pour le candidat, d'être méticuleux dans sa rédaction et sa formalisation mais aussi, et surtout, quant aux conditions dans lesquelles sa signature intervient.

Auteur

Hervé Letellier
Avocat associé, SELARL Symchowicz-Weissberg et associés

Mots clés

Acte d'engagement • Formalisation • Mentions impératives
• Signature

(1) CMP, art. 11.

(2) « la pièce signée par un candidat à un accord-cadre ou à un marché public dans laquelle le candidat présente son offre ou sa proposition dans le respect des clauses du cahier des charges qui déterminent les conditions dans lesquelles le marché est exécuté ».

(3) En ce sens CE 14 janvier 1998, Cne de Saint-Pierre c/ M. Pihouée, req. n° 154929, RDI 1998, p. 244, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre.

(4) CE 10 décembre 1986, Dpt Moselle, req. n° 46629, RDP 1987, p. 1092 ; CE 26 février 1988, OPHLM Villeneuve-Saint-Georges c/ Courteille, req. n° 78530, RDP 1988, p. 1417.

Les contraintes de rédaction de l'acte d'engagement

Sur ce point, les contraintes, bien qu'existantes, sont relativement circonscrites ou, à tout le moins, à l'origine de peu de difficultés pratiques.

La nécessité théorique d'intégrer dans l'acte d'engagement certaines mentions impératives du contrat

L'acte d'engagement – puisqu'il est au nombre des pièces constitutives du marché (et en constitue même le socle de base) – concourt matériellement au respect des contraintes posées par l'article 12 du Code en intégrant certaines des mentions impératives recensées par ce texte dans le corpus contractuel (en tout cas celles qui, au sein de cet article, sont considérées comme substantielles^[5]).

À ce titre, l'acte d'engagement aura notamment pour objet :

- d'identifier les parties contractantes, une telle mention devant impérativement figurer dans le contrat conclu^[6]. Les personnes morales devront, à ce titre, être mentionnées sous leur dénomination sociale correcte et complète, telle qu'elle figure au registre du commerce et des sociétés, tandis que la composition d'éventuels groupements devra être détaillée avec précision, notamment en cas de groupement conjoint, le tout accompagné d'une description de la nature et des montants des prestations accomplies par chacun des membres. Du côté de l'acheteur, figureront en principe le nom de la personne publique, de la personne signataire et du comptable assignataire ;

- de rappeler l'objet du marché lequel doit être de nature à satisfaire les besoins déterminés en amont par la collectivité. À ce titre, l'acte d'engagement identifiera notamment, en cas de marchés allotés, le lot concerné par la réponse ou les éventuelles variantes proposées ;

- de définir, directement ou par renvoi à des documents annexés (BPU par exemple), le prix ou les modalités de sa détermination, le contrat ne pouvant être valablement formé que pour autant que l'accord des parties porte également sur les stipulations financières. Les documents contractuels, et tout particulièrement l'acte d'engagement, doivent donc, à tout le moins, préciser

les éléments de référence à partir desquels le prix sera ultérieurement arrêté^[7] et, en cas de marchés à tranches conditionnelles, la consistance, le prix ou ses modalités de détermination des prestations de chaque tranche ;

- de fixer la durée d'exécution du marché, un contrat ne prévoyant pas de terme précis étant incompatible avec l'obligation de remise en concurrence périodique imposée par l'article 15 du code et, plus encore, avec certaines dispositions spécifiques réglementant la durée de certains marchés (marchés à bons de commande, accords-cadres).

De même, l'acte d'engagement, même si ces mentions ne sont pas *stricto sensu* impératives, pourra, par exemple, recenser les pièces contractuelles du marché et leur ordre de priorité (cette mention se retrouvant le plus souvent dans le CCAP), rappeler l'acceptation du candidat quant aux obligations contractuelles induites par ces pièces, préciser les comptes à créditer pour les paiements des prestations, ou encore évoquer l'acceptation ou le refus du bénéfice des avances.

Une appréciation souple des contraintes de formalisation de l'acte d'engagement

Cela étant, si l'acte d'engagement cristallise les engagements des parties – imposant ainsi à l'acheteur de rédiger une trame claire et aux candidats de compléter l'ensemble des informations attendues en prenant soin d'appréhender la portée de leur engagement^[8] –, il n'en reste pas moins, qu'en pratique, la rédaction de cet acte génère peu de difficultés pour deux raisons.

D'abord, parce que l'acte d'engagement est pré-rédigé par la personne publique et prend le plus souvent la forme d'un document type établi par le ministère des Finances (DC3), énumérant les éléments essentiels du futur marché. Le recours généralisé à un tel procédé, listant les indications à porter par l'une et l'autre des parties, permet de prévenir la quasi-totalité des difficultés liées à la validité même de l'acte d'engagement, l'essentiel pour les intéressés étant ici de faire preuve d'un minimum de

[7] CE 28 mars 1980, Sté Cabinet 2000, req. n° 07703, RDP 1981, p. 523, obs. Y. Gaudemet ; TA Versailles, 24 mars 1994, Préfet Essonne c/ Président du conseil général de l'Essonne, Rec. CE p. 1037.

[8] L'erreur que pourrait en effet, par exemple, commettre le titulaire dans l'évaluation du prix ne constitue pas une cause de nullité du marché et engage donc, sauf accord conjoint, définitivement les cocontractants [CE 26 novembre 1975, Sté entr. Py, req. n° 93297, Rec. CE, p. 1133]. Il en va de même des éventuelles méprises sur les quantités de travaux à exécuter : CE 16 février 1972, OPHLM ville de Nantes, req. n° 77804, Rec. CE p. 148). La prudence s'impose donc en ce domaine, notamment pour les entreprises candidates qui, à défaut de diligences suffisantes, pourraient être définitivement liées par un contrat « défavorable ». Notons toutefois que le juge administratif accepte de corriger les erreurs purement matérielles dès lors que l'autre cocontractant ne saurait, de bonne foi, s'en prévaloir [CE 3 juillet 1963, Sté d'entr. générale E. Patry, Rec. CE 1963, p. 417 ; CAA Nancy 30 avril 1992, SA Travaux Isolation Bâtiments Étanchéité, req. n° 90NC00357, Rec. CE tables, p. 1112].

[5] En effet, en dépit de la formulation proposée, les mentions visées à l'article 12 ne sont pas toutes de même importance. Certaines doivent être considérées comme essentielles, de sorte que leur omission entraînerait la nullité du marché. D'autres, purement informatives ou utiles, y figurent pour des raisons de bonne administration et de bonne exécution du contrat, leur absence étant, tout au plus, de nature à générer des difficultés d'exécution (sur cette distinction Voir C. Brechon-Moulènes, Droit des Marchés publics, t. 2, IV.100.1, n° 5).

[6] CE 26 avril 1950, Doumergue, Rec. CE tables, p. 813 ; CE 14 janvier 1998, Cne Saint-Pierre c/ M. Pihouée, req. n° 154929, RDI 1998, p. 244, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre.

diligence en reportant dans le document communiqué, de manière aussi précise qu'exacte, l'ensemble des informations sollicitées.

Ensuite, à cette simplicité d'utilisation, s'ajoute le fait que la jurisprudence, excluant en ce domaine tout excès de formalisme, semble s'attacher, non pas tant à la forme que revêt l'acte d'engagement, mais plus sûrement à l'existence ou non d'une incertitude quant au sens et à la portée de la proposition du soumissionnaire. C'est ainsi que le candidat peut décider, pourvu qu'aucune ambiguïté n'existe quant à l'étendue de son offre, de reporter l'ensemble des informations nécessaires dans un acte d'engagement « fait maison » plutôt que dans l'acte annexé au DCE^[9]. De même, le juge administratif n'attachera guère plus d'importance, à notre sens, au contenu de l'acte d'engagement, pour peu, évidemment, que l'ensemble des mentions impératives listées à l'article 12 du code figure *in fine* dans le marché conclu et que la portée de l'engagement du candidat ne puisse être véritablement discutée. Théoriquement, l'acte d'engagement peut donc rester lapidaire, voire vierge de certaines indications, dès lors que les éléments indispensables à l'exécution du contrat se retrouvent dans d'autres pièces du marché (par exemple indication du montant total du marché non dans l'acte d'engagement mais dans le bordereau de prix annexé).

Les contraintes de signature de l'acte d'engagement

En revanche, si la jurisprudence peut être relativement souple dans l'appréciation des modalités de formalisation de l'acte d'engagement, elle l'est beaucoup moins – sans doute parce que le consentement se trouve ici matérialisé – s'agissant de la problématique de signature dudit acte, tant du côté de l'acheteur public que de celui du candidat.

Les contraintes de signature s'imposant aux candidats

Conformément aux dispositions de l'article 11 du Code des marchés publics, l'acte d'engagement doit être nécessairement signé par le candidat, soit de manière manuscrite, soit de manière électronique^[10]. À défaut, l'offre doit être rejetée pour irrégularité^[11] sous peine d'affecter le contrat conclu, et ce quand bien même l'acte d'engagement aurait été régularisé après l'attribution^[12]. La jurisprudence est ainsi relativement rigoureuse sur ce point, même si le Conseil d'État a déjà eu l'occasion de sauver de la nullité un marché en qualifiant d'acte d'engagement

le seul document signé par le candidat, alors même que cette appellation avait été expressément conférée à une autre pièce, non signée^[13].

Cela impose donc aux candidats d'être particulièrement méticuleux en n'omettant pas, pour les dossiers remis sous forme matérialisée, de signer précisément, et de manière manuscrite, l'acte d'engagement ; le tout, évidemment, par une personne habilitée à engager le candidat. À défaut, ce dernier s'expose à ce que sa proposition soit écartée comme étant signée par une personne dépourvue de compétences^[14]. Cela implique, par la force des choses, que la signature émane d'un membre de la société candidate et non pas d'une société filiale ou mère^[15]. Et, de manière plus récurrente, que le signataire en cause ait la capacité d'engager la société, soit parce qu'il dispose d'un mandat légal de représentation (gérant, président-directeur général, directeur général délégué...), soit, lorsque ce n'est pas le cas, parce qu'il a reçu délégation de l'autorité compétente. Dans ce second cas, il conviendra, pour les candidats, de prêter une attention toute particulière à fournir, à l'appui de leur dossier, l'ensemble des actes justifiant de la capacité juridique du signataire à engager la structure, et d'être vigilants quant aux éventuelles limitations de montants fixées dans l'acte de délégation (l'acte d'engagement ne pouvant être régulièrement signé par la personne physique bénéficiant d'une délégation de signature de contrats d'un montant inférieur à celui prévu dans l'acte d'engagement).

Quant aux modalités de signature électronique des offres dématérialisées, là encore les textes et la jurisprudence sont relativement stricts. En effet, l'article 48 du Code rappelle que l'acte d'engagement est signé électroniquement dans des conditions fixées par l'arrêté du 15 juin 2012 (NOR : EFIM1222915A), relatif à la signature électronique. Cela implique, non seulement, de signer électroniquement l'acte d'engagement lui-même et non pas le fichier zip contenant ledit acte^[16], mais aussi, plus globalement, de le faire par le biais d'un certificat électronique conforme au référentiel général de sécurité adopté par arrêté du 6 mai 2010 et récemment actualisé par arrêté du 13 juin 2014 (NOR : PRMD1413745A)^[17].

Les contraintes de signature s'imposant à l'acheteur

Pour ce qui concerne la signature de l'acte d'engagement par l'acheteur – acte qui constitue l'élément central du processus de formation du marché car matérialisant

[9] TA Paris, 29 avril 1997, Entr. Duval, req. n° 9400570/6.

[10] Ce qui exclut en théorie la signature scannée, celle-ci semblant insuffisante pour s'assurer de l'authenticité de l'engagement juridique de son auteur et une parfaite identification du signataire (TA Rennes 22 mai 2014, CG Ille-et-Vilaine, req. n° 1401979).

[11] CE 10 décembre 1993, Sté Lopez entreprise, req. n° 124529.

[12] CE 3 novembre 1997, Préfet Marne c/ Cne Francheville, req. n° 148150.

[13] CE 24 avril 1992, Synd. mixte pour la géothermie de La Courneuve, req. n° 112679.

[14] CE 13 novembre 2002, Cne Le Mans, req. n° 245354.

[15] CE 23 novembre 1990, M. Baumgartner, req. n° 72129, RDP 1992, p. 1523, obs. F. Llorens ; Marchés publ. 1991, n° 260, p. 22, obs. M. Guibal.

[16] TA Toulouse 9 mars 2011, req. n° 1100792.

[17] L'utilisation d'un certificat non conforme au RGCS affecte en effet la régularité de l'offre déposée (TA Nice 25 juillet 2014, Eurima, req. n° 1402919).

la rencontre des volontés⁽¹⁸⁾ –, là encore, l'acte d'engagement doit être signé par une personne disposant du pouvoir d'engager l'acheteur public, soit directement soit par délégation. La légalité du marché sera, dans ce cas, subordonnée – même si des possibilités de régularisation existent désormais – à la régularité de la délégation sur le fondement de laquelle il a été signé⁽¹⁹⁾.

Mais surtout, s'agissant de la signature de l'acheteur, il convient de rappeler que si, s'agissant des procédures adaptées, celle-ci peut intervenir à tout moment,

[18] Ce qui suppose que l'acte d'engagement soit concrètement signé, le paraphe du cahier des charges ne suffisant pas pour conclure la convention (CE 26 février 1988, OPHLM Villeneuve-Saint-Georges c/ Courteille, req. n° 78530).

[19] Pour des exemples de marchés nuls pour délégation irrégulière, voir CE, sect., 7 mai 1954, min. Finances et Affaires économiques, AJDA 1954, p. 293, 1^{re} esp. – CE 22 mai 1963, Cie générale des pétroles français, AJDA 1963, p. 554, 1^{re} esp. – CE, 26 février 1964, Entr. X. c/ min. Travaux publics et Transports, AJDA 1964, p. 494, concl. M. Combarrous. – TA Amiens, 5 avril 1995, Sté CNIM c/ Ville Amiens, Marchés publ. 1994, n° 285, p. 29, à propos d'un marché signé par un adjoint au maire.

y compris avant information des candidats évincés⁽²⁰⁾, elle ne peut en revanche, s'agissant des procédures formalisées, être apposée que postérieurement à l'expiration du délai de standstill (11 ou 16 jours selon les cas). À défaut, le référé précontractuel sera nécessairement fermé, l'acheteur s'exposera notamment à l'exercice d'un référé contractuel et à une condamnation financière.

Au final, il ressort de l'analyse des textes et de la jurisprudence que, si des précautions particulières sont à prendre dans la rédaction de l'acte d'engagement, elles incombent davantage, pour peu que l'acheteur ait pris le soin d'annexer le modèle DC3 dans son DCE, aux candidats à la procédure considérée, qui devra prendre soin de compléter l'ensemble des rubriques afférentes et de régulièrement signer l'acte d'engagement en cause.

[20] CE 19 janvier 2011, Grand Port Maritime du Havre, req. n° 343435 ; CE 11 décembre 2013, Société antillaise de sécurité, req. n° 372214. Pour une position toutefois divergente de certaines juridictions du fond évoquant le respect d'un délai raisonnable, cf. par ex. CAA Bordeaux 7 juin 2011, Association Collectif Des Citoyens du Breuil-Coiffault, req. n° 09BX02775.