



# Marchés publics et rétroactivité : retour vers le futur ?

**Nom de Zeus Marty ! Si le juge n'accepte pas que les actes unilatéraux de l'administration soient rétroactifs, essentiellement pour des motifs de sécurité juridique, les contrats sont-ils également soumis à ce principe ? Chose des parties, avec un déséquilibre certain en faveur de l'administration, le contrat public semble pouvoir accueillir une stipulation rétroactive ou de rétroactivité. Les principes fondamentaux de la commande publique que sont la liberté d'accès, l'égalité des candidats et surtout la transparence des procédures, semblent pourtant le contredire !**

La distinction entre les phases de passation et d'exécution du marché permet pourtant d'y voir plus clair. Lors de la phase de passation, les règles de la commande publique imposent de respecter les procédures de publicité et de mise en concurrence, empêchant l'effet rétroactif du contrat (I). À la fin de la procédure de passation (II) et lors de la phase d'exécution (III), de tels effets peuvent en revanche trouver application.

## I. La rétroactivité prohibée en principe

La signature d'un marché alors que son exécution a déjà commencé n'est en principe pas possible. L'article 79 du Code des marchés publics disposait à cet égard que « les marchés publics doivent être notifiés avant tout commencement d'exécution ». Si la disposition n'a pas été reprise in extenso dans le décret du 25 mars 2016, son esprit demeure.

Depuis le 1<sup>er</sup> avril 2016, les marchés prennent effet à la date de réception de la notification par le titulaire du marché (D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 103). En l'absence de réception de la notification, les prestations lancées sont placées hors de tout champ juridique : le prestataire n'a pas d'obligations... et le pouvoir adjudicateur non plus. Les prestations peuvent être insatisfaisantes et surtout ne pas être payées !

## II. La rétroactivité, envisageable entre le choix du candidat et la signature du marché

Le juge a pourtant une interprétation souple de l'illégalité et de ses conséquences dans les cas où la passation rétroactive permet d'assurer la stabilité contractuelle sans violer l'intérêt général ou le consentement des parties

Depuis l'arrêt *Commune de Béziers* de 2009 en effet, le juge a pour mission, lorsqu'il constate l'existence d'irrégularités, d'en apprécier l'importance et les conséquences. Si ces irrégularités sont illégales, le juge doit toutefois tenir compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles pour décider des effets de sa décision. Si ces illégalités proviennent du caractère illicite du contenu du contrat ou d'un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, le juge doit l'annuler. S'il considère toutefois que cette illégalité ou ce vice ne portent pas une atteinte excessive à l'intérêt général, il lui est loisible de résilier le contrat. S'il considère, enfin, que des mesures de régularisation peuvent être prises par la personne publique ou convenues entre les parties, il peut décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible.

Parmi les mesures de régularisations permettant la poursuite de l'exécution du contrat, l'on trouve la signature rétroactive d'un marché passé par des organes incompétents ! Ainsi en fût-il d'un marché passé

par l'organe délibérant d'un syndicat mixte entre le renouvellement général des conseils municipaux et la désignation par ses membres de nouveaux délégués. L'organe n'était plus compétent que pour les affaires courantes, donc la passation du marché était illicite. Le juge accepte toutefois qu'un marché attribué dans ces conditions puisse être régularisé par l'intervention d'une décision de la commission d'appel d'offres et d'une décision de l'organe délibérant issus du renouvellement général des collectivités membres de l'établissement, destinées, pour la première, à confirmer le choix de l'attributaire du marché et, pour la seconde, à réitérer l'autorisation donnée à l'exécutif de l'établissement public de signer le marché (CE, 28 janv. 2013, *Syndicat Mixte Flandres Morinie*, n° 358302).

Le juge a accepté également que le marché comprenne une clause entraînant son application rétroactive. Dans un arrêt du 22 mai 2015, il a reconnu que si, aux termes de l'article 79 du Code des marchés publics, alors applicable au marché en litige, la rétroactivité est illégale, une date de prise d'effet du marché, antérieure tant à sa signature qu'à sa notification, prévue par les dispositions particulières du contrat « n'entachait pas d'illicéité le contrat et que l'irrégularité commise n'était pas d'une gravité suffisante, notamment en ce qu'elle n'avait pas vicié le consentement des parties, pour justifier que l'application de ce contrat fût écarté ». Cet arrêt, bien que récent, appelle en revanche à la prudence en cela que les nouvelles dispositions applicables aux marchés publics disposent clairement que les marchés prennent effet à la date de la notification au titulaire (CE, 22 mai 2015, *SITURV*, n° 383596).

### III. La modification rétroactive, envisageable lors de l'exécution du contrat

Une fois le marché public conclu, il n'a d'effet qu'entre les parties. Or, le juge administratif considère à propos des contrats publics « qu'aucune disposition législative ou réglementaire, non plus qu'aucun principe général du droit, ne fait obstacle à ce que des stipulations d'un contrat produisent des effets rétroactifs entre les parties, à condition que ces effets ne s'étendent pas à des personnes qui ne seraient pas parties au contrat » (CE, 19 nov. 1999, *Fédération syndicaliste force ouvrière des travailleurs des postes et télécommunications*, n° 176261). Si ce considérant de principe a été rendu à propos d'une espèce sur un contrat de plan entre l'État et La Poste, les juges du fond l'ont depuis appliqué à des contrats entre des personnes publiques et des personnes privées (pour une illustration récente, voir CAA Nancy, 1<sup>er</sup> août 2013, n° 13NC00243).

Compte tenu de la latitude permise par les nouvelles règles des marchés publics en matière de modification du contrat, l'intégration de dispositions rétroactives même après la conclusion du marché est envisageable. Il est à noter enfin que la décision de levée de réserves a un effet rétroactif, ayant pour conséquence de faire regarder la réception comme ayant été donnée sans réserves (CE, 17 mars 2004, *Commune de Beaulieu-sur-Loire*, n° 247367).

La conclusion de ce focus étant elle-même rétroactive, il faut retenir que si des prestations ne peuvent débiter licitement qu'après la notification du marché (et donc le respect de toutes les règles de passation), le juge se montre plus souple lorsque le candidat a été choisi ou lorsque les dispositions applicables à rebours ne le sont qu'entre les parties.

#### Sources :

- D. n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 103
- CE, 22 mai 2015, *SITURV*, n° 383596
- CAA Nancy, 1<sup>er</sup> août 2013, n° 13NC00243
- CE, 28 janvier 2013, *Syndicat Mixte Flandres Morinie*, n° 358302
- CE, 17 mars 2004, *Commune de Beaulieu-sur-Loire*, n° 247367
- CE, 19 novembre 1999, *Fédération syndicaliste force ouvrière des travailleurs des postes et télécommunications*, n° 176261