

L'exécution des différentes catégories de marchés publics à l'épreuve du Covid-19

L'ordonnance du 23 mars 2020 prévoit plusieurs instruments juridiques visant, d'une part, à soutenir les titulaires de marchés publics confrontés à des difficultés d'exécution et, d'autre part, à permettre aux acheteurs de poursuivre la satisfaction de leurs besoins en matière de travaux, fournitures et services, en particulier les plus urgents.

Auteur

Guillaume Gauch

Avocat associé

Romain Millard

Avocat

SCP Seban & Associés

Mots clés

Ajournement • Avances • Indemnisations • Modifications des clauses • Pénalités contractuelles • Prolongation des délais

La crise sanitaire causée par l'épidémie de Covid-19 ainsi que les mesures prises par l'État pour l'endiguer empêchent de nombreux titulaires de marchés publics de remplir leurs obligations contractuelles, que ce soit en raison d'une interruption de l'activité causée par les mesures de confinement elles-mêmes (ce qui est notamment le cas des titulaires de marché de restauration scolaire depuis la fermeture des écoles), d'une pénurie de main d'œuvre ou encore des difficultés d'approvisionnement.

Afin de limiter autant que faire se peut les conséquences de cette crise sur les acteurs de la commande publique, le législateur a, par la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, habilité le Gouvernement à prendre « toute mesure adaptant les règles de passation, de délais de paiement, d'exécution et de résiliation, notamment celles relatives aux pénalités contractuelles, prévues par le code de la commande publique ainsi que les stipulations des contrats publics ayant un tel objet »⁽¹⁾, ce qu'il a fait par l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020.

Cette nouvelle ordonnance s'applique à tous les contrats publics, qu'ils soient régis par le Code de la commande publique (CCP) ou pas, en cours ou conclus durant la période courant du 12 mars 2020 jusqu'à la fin de l'état

(1) Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020, art. 11-I-1°-f).

d'urgence sanitaire, augmentée d'une durée de deux mois. À l'heure où cet article est rédigé, l'état d'urgence sanitaire a été institué pour une durée de deux mois à compter du 23 mars 2020^[2].

Le droit de la commande publique ainsi modifié prévoit plusieurs instruments juridiques visant, d'une part, à soutenir les titulaires de marchés publics confrontés à des difficultés d'exécution et, d'autre part, à permettre aux acheteurs de poursuivre la satisfaction de leurs besoins en matière de travaux, fournitures et services, en particulier les plus urgents.

Des outils pour soutenir les titulaires de marchés publics confrontés à des difficultés d'exécution

La suspension des pénalités contractuelles

La plus emblématique des mesures de soutien aux titulaires de marchés publics en difficulté est sans doute la non-application des pénalités contractuelles, qui a été annoncée dès la loi du 23 mars 2020 et dont les modalités d'application sont précisées par l'ordonnance du 25 mars 2020 : dès lors que le titulaire est dans l'impossibilité d'exécuter tout ou partie d'un bon de commande ou d'un contrat, notamment lorsqu'il démontre qu'il ne dispose pas des moyens suffisants ou que leur mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive, l'acheteur ne peut faire application des pénalités prévues au contrat, ni même engager la responsabilité contractuelle de son co-contractant pour ce motif^[3].

Anticipant sur ces dispositions, l'État avait indiqué, dès le 19 mars 2020 que, pour ce qui le concernait, il suspendrait l'application des pénalités contractuelles pour l'ensemble de ses marchés.

Les autres acheteurs ne sont pas tenus d'adopter une approche aussi systématique et peuvent, en théorie, faire jouer la responsabilité contractuelle de leurs co-contractants dès lors que ceux-ci n'apportent pas la preuve qu'ils sont confrontés, du fait de la crise sanitaire, à une impossibilité de poursuivre normalement l'exécution du contrat.

La prolongation des délais d'exécution

En temps normal, pour ce qui concerne les marchés autres que de travaux, le titulaire n'est fondé à demander une prolongation des délais d'exécution que lorsqu'il se trouve dans l'impossibilité de respecter ces délais en raison d'un fait imputable au pouvoir adjudicateur ou d'un événement ayant le caractère de force majeure, ainsi que le prévoit les Cahiers des clauses administratives générales (CCAG)^[4].

Pour ce qui concerne les marchés de travaux, les cas de prolongation des délais d'exécution sont plus nombreux mais demeurent limités à un changement du montant des travaux ou une modification de l'importance de certaines natures d'ouvrages, une substitution d'ouvrages différents aux ouvrages initialement prévus, une rencontre de difficultés imprévues au cours du chantier, un ajournement de travaux décidé par le représentant du pouvoir adjudicateur ou encore un retard dans l'exécution d'opérations préliminaires qui sont à la charge du maître de l'ouvrage ou de travaux préalables qui font l'objet d'un autre marché^[5]. Les délais d'exécution doivent également être prolongés en cas d'inondations entraînant un arrêt de travail sur les chantiers^[6].

La prolongation des délais d'exécution peut être prononcée unilatéralement par le pouvoir adjudicateur au moyen d'un ordre de service, ce qui a le mérite de la rapidité, mais peut aussi être formalisée par un avenant signé par l'ensemble des parties.

Désormais, durant la période d'état d'urgence sanitaire augmentée de deux mois, la prolongation des délais d'exécution s'impose à l'acheteur dans tous les cas où le titulaire ne peut pas respecter le délai d'exécution d'une ou plusieurs obligations du contrat ou que cette exécution en temps et en heure nécessiterait des moyens dont la mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive.

La prolongation doit être d'une durée au moins équivalente à celle de l'état d'urgence sanitaire, augmentée de deux mois^[7]. Toutefois, les parties peuvent convenir ensemble d'un délai de prolongation moins élevé ou au contraire plus élevé, ainsi que l'a confirmé la Direction des affaires juridiques des ministères économique et financier (DAJ)^[8].

Il est à noter que dans le cas des marchés à tranches dont les documents particuliers prévoient le versement d'une indemnité d'attente en raison d'un retard dans l'affermissement d'une tranche optionnelle, la prolongation des délais d'exécution a pour effet logique de reporter d'autant la date à compter de laquelle le titulaire peut demander le versement de cette indemnité.

En principe, c'est au titulaire qu'il revient d'adresser à l'acheteur une demande de prolongation du délai d'exécution et ce avant l'expiration dudit délai, ce qui suppose de sa part une certaine proactivité.

Le dé plafonnement des avances

En temps normal, les avances sont plafonnées à hauteur de 30 % du montant TTC initial du marché lorsque celui-ci est d'une durée inférieure à douze mois ; pour les marchés d'une durée supérieure à douze mois, le plafond de

[2] Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020, art. 4.

[3] Ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020, art. 6-2°.

[4] CCAG FCS, CCAG PI, CCAG TIC, art. 13.3.

[5] CCAG Travaux, art. 19.2.2.

[6] CCAG Travaux, art. 19.2.3

[7] Ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020, art. 6-1°.

[8] DAJ, Les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique, Questions-réponses, 25 mars 2020.

30 % doit être calculé sur la base d'une somme égale à douze fois le montant initial TTC du marché divisé par sa durée exprimée en mois^[9]. Ce taux peut être porté à un maximum de 60 %, à la condition que le titulaire constitue une garantie à première demande, étant précisé que cette exigence ne s'applique pas lorsque le titulaire est une personne publique^[10].

Ces conditions sont significativement assouplies par l'ordonnance du 25 mars 2020, afin de soulager la trésorerie des entreprises.

Ainsi, les parties peuvent, par voie d'avenant, modifier les conditions de versement de l'avance. À cette occasion, son taux peut être porté à un montant supérieur à 60 % du montant du marché ou du bon de commande. Une telle augmentation du taux de l'avance peut d'ailleurs être accordée sans que les acheteurs soient tenus d'exiger la constitution d'une garantie à première demande, même pour les avances supérieures à 30 % du montant du marché^[11].

En outre, un tel avenant peut être l'occasion pour un titulaire de demander le versement de l'avance alors qu'il y avait initialement renoncé.

L'indemnisation du titulaire d'un bon de commande annulé ou d'un marché résilié

L'acheteur peut se trouver contraint d'annuler un bon de commande voire de résilier un marché dont l'exécution est rendue impossible en raison d'une décision prise par les autorités administratives compétentes dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

Dans ce cas de figure, qui correspond à un cas de force majeure, l'ordonnance du 25 mars 2020 fait peser sur l'acheteur l'obligation d'indemniser le titulaire à hauteur des dépenses qu'il a dû spécifiquement engager en vue de l'exécution des prestations annulées^[12].

En revanche, lorsque l'acheteur prend une décision d'annulation d'un bon de commande ou de résiliation pour un motif d'intérêt général – par exemple, par mesure de précaution sanitaire – sans pour autant y avoir été contraint par un cas de force majeure avéré, il doit alors, de manière classique, indemniser le titulaire à hauteur non seulement des dépenses utiles engagées pour l'exécution du marché mais aussi à hauteur du gain manqué par le titulaire correspondant au bénéfice net qu'il aurait tiré de son exécution, sauf à ce que cette indemnisation soit exclue par les documents particuliers du marché^[13].

Dans tous les cas, il demeure à la charge du titulaire de chiffrer son préjudice et d'en démontrer le caractère certain.

Pour les marchés forfaitaires suspendus : la poursuite de l'exécution financière

L'ordonnance du 25 mars 2020 fait obligation à l'acheteur qui suspend l'exécution d'un marché à prix forfaitaire de procéder sans délai à son règlement selon les modalités et pour les montants prévus par le contrat.

Les versements de la rémunération du titulaire doivent donc être poursuivis selon la périodicité prévue, quand bien même le contrat a cessé d'être exécuté.

À l'issue de la suspension, les parties doivent se réunir pour déterminer, par voie d'avenant, les suites à apporter au marché : reprendre son exécution à l'identique, y apporter les modifications éventuellement nécessaires ou encore le résilier. En outre, l'avenant doit fixer les sommes dues au titulaire ou, le cas échéant, les sommes dues par ce dernier à l'acheteur, en mettant en regard les sommes versées et les prestations réellement réalisées^[14].

Focus : l'ajournement dans les marchés publics de travaux

Certaines entreprises confrontées à l'impossibilité de poursuivre les opérations de chantier tentent de convaincre les pouvoirs adjudicateurs et les maîtres d'œuvre de prononcer une décision d'ajournement des travaux, c'est-à-dire une suspension des travaux en cours ou un décalage de la date de début des travaux.

Un ajournement des travaux peut également être réclamé par le coordinateur sécurité et protection de la santé (SPS), notamment lorsque celui-ci constate que ne sont pas respectées les consignes relatives à la protection de la santé des travailleurs face à l'épidémie de Covid-19, en particulier celles formulées par l'Organisme professionnel de prévention du bâtiment et des travaux publics (OPPBTP). À cet égard, il convient de souligner que l'OPPBTP érige l'accès à un point d'eau et du savon pour se laver les mains comme « une condition incontournable » pour autoriser l'activité et détaille les situations dans lesquelles le port du masque doit être obligatoire ainsi que les types de masques à utiliser^[15].

Lorsque la demande d'ajournement émane du coordinateur SPS et qu'elle est motivée, le maître d'ouvrage est tenu d'en tenir compte ou alors d'adopter des mesures d'une efficacité au moins équivalente, sous peine de voir sa responsabilité engagée sur le fondement des dispositions du Code du travail^[16].

Pour autant, une décision d'ajournement demeure de la compétence exclusive du pouvoir adjudicateur. Par conséquent, elle ne peut être prononcée contre son

[9] CCP, art. R. 2191-7.

[10] CCP, art. R. 2191-8.

[11] Ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020, art. 4.

[12] Ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020, art. 6-3°.

[13] CE 19 décembre 2012, Société AB Trans, req. n° 350341.

[14] Ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020, art. 6-4°.

[15] OPPBTP, Guide de préconisations de sécurité sanitaire pour la continuité des activités de la construction en période d'épidémie de coronavirus Covid-19, 10 avril 2020.

[16] Code du travail, art. R. 4532-9.

consentement^[17], sauf dans deux cas exceptionnels prévus au CCAG Travaux, à savoir la mise à jour de vestiges et la réquisition du titulaire^[18]. L'ordonnance du 25 mars 2020 n'a d'ailleurs pas changé cet état du droit, les activités du bâtiment n'étant pas au nombre de celles qui ont été interdites durant la période d'état d'urgence sanitaire.

Pour être régulier, l'ajournement doit être conforme à plusieurs conditions : d'une part, il doit être prononcé par une décision expresse et clairement libellée comme telle, un accord tacite n'étant pas suffisant^[19] ; d'autre part, il ne vaut que pour l'avenir et ne peut donc être valablement pris postérieurement à la période de suspension des travaux ; enfin, l'ajournement doit être impérativement précédé d'un constat des ouvrages et parties d'ouvrage exécutés et des matériaux approvisionnés^[20].

Or, dans le contexte de crise sanitaire, de telles opérations de constatation préalables peuvent s'avérer délicates à organiser, dans la mesure où elles doivent avoir lieu, sauf stipulations contraires dans les documents particuliers du marché, à une date fixée par le maître d'œuvre dans les huit jours suivant la demande faite par le titulaire ; à défaut, la date des constatations doit être fixée par le pouvoir adjudicateur lui-même et notifiée au titulaire et au maître d'œuvre, étant précisé que, dans cette hypothèse, la présence du pouvoir adjudicateur ou de son représentant, éventuellement assisté d'un expert, est requise^[21].

Par ailleurs, une décision d'ajournement ouvre droit pour le titulaire à une indemnisation au titre, d'une part, de l'éventuel préjudice subi du fait de l'ajournement et, d'autre part, des frais de garde du chantier^[22], lesquels peuvent recouvrer, par exemple, les frais d'immobilisation du matériel, de garde du chantier et de mise en place de palissade de protection, ou encore les coûts de terrassement complémentaires rendus nécessaires par l'arrêt des travaux^[23].

De plus, si la période d'ajournement dépasse une année, le titulaire est en droit de demander la résiliation du marché dans un délai de quinze jours suivant la date à laquelle il a été informé de ce dépassement^[24].

Enfin, par l'effet de l'ordonnance du 25 mars 2020, la période de suspension doit, on l'a vu, être suivie de la conclusion d'un avenant déterminant les suites à donner au marché.

Compte tenu de ces contraintes, l'ajournement ne doit donc être envisagé par le pouvoir adjudicateur qu'au cas par cas et après avoir été mûrement réfléchi.

Des outils pour satisfaire les besoins de l'acheteur

La prolongation de la durée des contrats arrivés à terme pendant la période d'état d'urgence sanitaire

Ainsi que le prévoit l'article 4 de l'ordonnance du 25 mars 2020, les marchés arrivés à terme durant la période d'état d'urgence sanitaire peuvent être prolongés au-delà de la durée prévue, et ce même lorsque cela occasionne, pour les accords-cadres, un dépassement de la durée maximale prévue par le CCP^[25] (quatre ans pour les accords-cadres des pouvoirs adjudicateurs, huit ans pour ceux des entités adjudicatrices, sept ans pour les marchés de défense et de sécurité).

Toutefois, la prolongation de la durée d'un marché ne peut se faire qu'en respectant les trois conditions ci-après.

Premièrement, elle doit être décidée par voie d'avenant, ce qui exclut la possibilité d'un report du terme du contrat par simple ordre de service. Notons au passage le retour du mot « avenant », qui avait disparu du droit de la commande publique depuis l'abrogation du Code des marchés publics et son remplacement par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 puis par le CCP.

Deuxièmement, la prolongation de la durée du contrat doit être motivée par l'impossibilité d'organiser une procédure de mise en concurrence.

Troisièmement, la durée de cette prolongation doit être limitée à celle de la période d'état d'urgence sanitaire, augmentée de la durée nécessaire à la remise en concurrence à l'issue de son expiration. Pour calculer la durée nécessaire à la remise en concurrence, l'acheteur dispose d'une certaine marge de manœuvre, dans la mesure où il peut tenir compte de la durée nécessaire, d'une part, à la reprise de sa fonction achat en interne et, d'autre part, à la reprise de l'activité des entreprises afin de ne pas aboutir à une procédure infructueuse, ainsi que le précise d'ailleurs la DAJ^[26].

L'exécution du marché par un tiers pour satisfaire les besoins ne pouvant souffrir aucun retard

D'ordinaire, l'exécution du titulaire d'un marché public par un tiers ne peut intervenir que par l'effet d'une

[17] CE, 9 février 1944, Batalla, *Rec. CE*, p. 53 ; CE, 4 décembre 1953, Commune de Vic-Fezensac, *Rec. CE*, p. 528.

[18] CCAG Travaux, art. 19.2.2.

[19] CE, 12 juin 2019, Grand port maritime de Marseille, req. n° 421545 ; CAA Marseille 27 janvier 2020, Société Etni, req. n° 18MA01783.

[20] CCAG Travaux, art. 49.1.1.

[21] CCAG Travaux, art. 12.

[22] CCAG Travaux, art. 49.1.1.

[23] CE 21 février 2000, req. n° 187257.

[24] CCAG Travaux, art. 49.1.2.

[25] CCP, art. L. 2125-1 et L. 2325-1.

[26] DAJ, « Les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique », Questions-réponses, 25 mars 2020.

clause de réexamen, d'une option ou d'une cession à la suite d'une restructuration du titulaire^[27].

Elle peut également intervenir en cas d'inexécution par le titulaire d'une prestation ne pouvant souffrir aucun retard ou de résiliation du marché aux torts du titulaire, dans les conditions fixées par le CCAG applicable^[28] et/ou les documents particuliers du marché. Le marché de substitution est alors exécuté aux frais et risques de ce titulaire défaillant.

Par l'effet de l'ordonnance du 25 mars 2020, il est désormais possible pour l'acheteur de conclure un marché de substitution avec un tiers dès lors que le titulaire se retrouve dans l'impossibilité d'exécuter tout ou partie du marché ou du bon de commandes qui lui a été attribué et que les prestations non exécutées répondent à un besoin qui ne peut souffrir aucun retard.

L'acheteur peut alors passer outre l'éventuelle clause d'exclusivité qui le lie au prestataire initial, sans que sa responsabilité contractuelle puisse être engagée pour ce motif. En revanche, il ne peut faire exécuter le marché de substitution aux frais et risques du titulaire initial.

Dans la mesure où le marché de substitution ne peut porter que sur des prestations ne pouvant souffrir aucun délai, il peut être conclu sans mesure de publicité et de mise en concurrence préalable, sur le fondement de l'urgence impérieuse^[29].

[27] CCP, art. R. 2194-6.

[28] CCAG Travaux, art. 38 ; CCAG FCS, art. 36 ; CCAG PI, art. 36 ; CCAG TIC, art. 46.

[29] CCP, art. R. 2122-1 et R. 2322-4 (pour les marchés de sécurité et de défense).

La modification des quantités de prestations ou des conditions d'exécution

Outre la prolongation des délais d'exécution et de la durée du contrat, dont les conditions ont été assouplies par l'ordonnance du 25 mars 2020, les parties peuvent modifier les autres stipulations du marché, sous réserve de s'inscrire dans l'une des hypothèses prévues aux articles R. 2194-1 à R. 2194-9 du CCP.

Des modifications peuvent ainsi intervenir sur le fondement d'une clause de réexamen incluse au contrat initial qui prévoit un mécanisme de modification en cas d'événements auxquels la crise sanitaire pourrait être assimilée.

Par ailleurs, les quantités de prestations peuvent être révisées à la hausse lorsque des prestations supplémentaires sont devenues nécessaires et ne peuvent être confiées à un autre opérateur. Toute autre modification peut également intervenir sur le fondement des circonstances imprévues dès lors qu'il existe un lien de causalité entre les conséquences de la crise sanitaire et la nécessité de cette modification. Dans ces deux cas, l'incidence financière de chaque modification prise isolément ne doit pas représenter plus de 50 % du montant du marché initial, étant rappelé que l'acheteur ne doit pas procéder à plusieurs modifications successives dans le but de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence^[30].

Enfin, les parties peuvent apporter au marché des modifications non-substantielles – ce qui exclut les modifications considérables de son objet – ou d'un faible montant, sous réserve que leur incidence financière ne représente pas plus de 10 % du montant initial pour les services et fournitures, 15 % pour les travaux, étant rappelé que lorsque plusieurs modifications d'un faible montant interviennent, c'est leur montant cumulé que l'acheteur doit prendre en compte.

[30] CCP, art. R. 2194-2 et R. 2194-3.