



LA COMMANDE PUBLIQUE EN PÉRIODE DE CIRCONSTANCES EXCEPTIONNELLES

Par Marion Terraux et Laurent Bonnard, avocats au cabinet Seban & Associés

Le formalisme de la commande publique doit parfois s'adapter à des circonstances exceptionnelles pour permettre le bon fonctionnement des institutions et services publics. Cette adaptation peut s'opérer par des textes spécifiques tels que l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au Code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19 (ci-après, l'ordonnance du 25 mars 2020). Le droit public général, notamment la théorie de la force majeure et de l'imprévision, peut également être utilisé pour faire face à une crise en complément des textes spécifiques. Enfin, le législateur a récemment adopté la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique (ci-après, la loi ASAP) qui inscrit dans le droit commun de la commande publique des dispositifs destinés à faire face à des situations de crise.

■ L'épidémie de Covid-19 constitue-t-elle un cas de force majeure ?

L'épidémie de Covid-19 ne constitue pas en elle-même automatiquement un cas de force majeure. Seule une appréciation au cas par cas permet de qualifier l'épidémie de Covid-19 de cas de force majeure. Pour rappel, un événement est qualifiable de cas de force majeure si trois conditions sont réunies. L'évènement doit être imprévisible, extérieur aux parties et irrésistible. Les deux premières conditions sont remplies dans le cas de la Covid-19 puisque cet événement n'était pas raisonnablement prévisible (pour les contrats conclus avant sa survenance) et

il est indépendant de la volonté des parties. L'irrésistibilité suppose une impossibilité pour le cocontractant de pouvoir exécuter ses obligations contractuelles et la réalisation de cette condition dépend des cas d'espèce. Il incombe donc aux parties d'apprécier si la Covid-19 a absolument empêché le cocontractant d'exécuter le contrat. Le cas échéant, la force majeure est caractérisée.

■ À quels contrats s'applique l'ordonnance du 25 mars 2020 ?

L'ordonnance du 25 mars 2020 peut être mise en œuvre en complément du droit commun lorsque trois conditions sont remplies. Une condition matérielle tout d'abord. Tombent dans le champ d'application de l'ordonnance les contrats soumis au Code de la commande publique ou les contrats publics qui n'en relèvent pas, soit quasiment tous les contrats administratifs. Ensuite, une condition temporelle : l'ordonnance ne s'applique qu'aux contrats précités en cours ou conclus durant la période du 12 mars 2020 jusqu'au 23 juillet 2020 (les mesures peuvent cependant s'étendre au-delà sauf exceptions dûment mentionnées par l'ordonnance). Enfin, une condition de fond : les dispositions de l'ordonnance ne peuvent être mises en œuvre que si elles sont nécessaires pour faire face aux conséquences, dans la passation et l'exécution de ces contrats, de la propagation de l'épidémie de Covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation.

■ Si l'exécution d'un contrat a pris du retard à cause de la Covid-19, puis-je le prolonger ?

Le prolongement de la durée des contrats tombant dans le champ d'application de l'ordonnance du 25 mars 2020 n'est plus envisa-

geable à ce jour puisque l'article 4 n'autorisait le prolongement de ces contrats que durant la période du 12 mars 2020 au 23 juillet 2020 et lorsque l'organisation d'une procédure de mise en concurrence ne pouvait être mise en œuvre.

■ Puis-je passer un contrat en franchise de concurrence en raison de l'urgence ?

L'ordonnance du 25 mars 2020 ne permet pas de procéder à la passation d'un contrat en franchise de concurrence mais seulement d'adapter les modalités des procédures de passation en cours. En revanche, l'article L. 2122-1 du Code de la commande publique, tel que modifié par l'article 131 de la loi ASAP, permet désormais de conclure un marché public sans publicité ni mise en concurrence pour un motif d'intérêt général. Ce fondement juridique apparaît incertain et vise, selon le gouvernement, la passation de marchés dans des secteurs confrontés à des difficultés économiques importantes ou constituant des vecteurs essentiels de la relance économique. On recommandera, a priori, de ne recourir à ces dispositions que dans des situations véritablement exceptionnelles et auxquelles il n'est pas possible de remédier sans recours à cette disposition (risque d'arrêt d'un service public qui ne pouvait être anticipé ou identifié par exemple).

■ Suis-je obligé d'indemniser mon cocontractant en raison des coûts supplémentaires ?

Il n'existe pas un principe d'indemnisation automatique du cocontractant de l'administration en raison des surcoûts potentiellement engendrés par la crise sanitaire. Le cocontractant peut toutefois fonder sa demande d'indemnisation sur la théorie

jurisprudentielle de l'imprévision, aujourd'hui codifié au 3° de l'article L. 6 du Code de la commande publique, ou sur les dispositions prévues par l'ordonnance du 25 mars 2020.

■ Quelles sont les conditions d'indemnisation du cocontractant ?

La théorie de l'imprévision prévoit que lorsque survient un évènement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant qui en poursuit l'exécution a droit à une indemnité. Les conditions d'extériorité et d'imprévisibilité sont remplies par la Covid-19. Le cocontractant doit en revanche démontrer que les surcoûts engendrés par la crise sanitaire ont bouleversé l'équilibre du contrat. L'existence d'un tel bouleversement est généralement admise lorsque l'évènement a entraîné une augmentation des coûts représentant 10 à 15 % du montant total du contrat. L'article 6 de l'ordonnance du 25 mars 2020 détaille ainsi les hypothèses d'indemnisation des cocontractants. Parmi ces dernières figure notamment le cas où l'autorité concédante impose la mise en œuvre de moyens supplémentaires pour exécuter le contrat qui n'étaient pas prévus initialement et qui représenteraient donc une charge manifestement excessive au regard de la situation financière du concessionnaire.

■ Puis-je accorder une avance à mon cocontractant pour pallier ses problèmes de trésorerie ?

Oui, l'article 5 de l'ordonnance du 25 mars 2020 autorise les acheteurs, par dérogation à l'article L. 2191-3 du Code de la commande publique, à modifier le taux de l'avance contractuellement ainsi que les conditions de son versement. À cette occasion, les acheteurs

peuvent porter le montant de l'avance à un montant supérieur à 60 % du montant du marché ou du bon de commande et ne sont pas tenus d'exiger la constitution d'une garantie à première demande pour les avances supérieures à 30 % du montant du marché. On soulignera que plusieurs de ces dérogations ont été consacrées et inscrites dans le droit commun par le décret n° 2020-1261 du 15 octobre 2020 relatif aux avances dans les marchés publics.

■ La loi ASAP a-t-elle apporté des innovations pour gérer des événements exceptionnels ?

Outre l'article 131 de la loi ASAP précitée qui permet notamment la passation de marchés publics en franchise de publicité et de concurrence pour un motif d'intérêt général, son article 132 crée les articles L. 2711-1 à L. 2711-8 au sein du Code de la commande publique. L'article L. 2711-1 disposant qu'un décret peut décider de l'application de tout ou partie des mesures prévues par les dispositions précitées pour les marchés publics en cours d'exécution, en cours de passation ou dont la procédure de passation n'est pas encore engagée en cas de circonstances exceptionnelles. ●

Une analyse au cas par cas

La mise en œuvre des dispositions spécifiques prévues par l'ordonnance du 25 mars 2020 comme des principes du droit public général, notamment de la force majeure ou de l'imprévision, impose une analyse au cas par cas. En fonction des effets résultant de l'épidémie sur le contrat (impossibilité d'exécution ou simple suspension, bouleversement de l'équilibre contractuel, etc.), les parties pourront qualifier cette dernière et en tirer toutes les conséquences.