

Commentaire de 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.

Par un [**décret n°2020-260 du 16 mars 2020**](#) [1] portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus Covid-19, entré en vigueur le 17 mars 2020 à 12 heures, le Première ministre a interdit jusqu'au 31 mars 2020 (puis **par décret n°2020-293 du 23 mars 2020** jusqu'au 15 avril), le déplacement de toute personne hors de son domicile à l'exception des déplacements pour certains motifs listés à l'article 1er, dans le respect des mesures générales de prévention de la propagation du virus et en évitant tout regroupement de personnes.

Soucieux de donner un cadre légal à ces mesures d'urgence, une [**loi n°2020-290 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19**](#) [2] a été promulguée le 23 mars 2020.

Elle instaure un dispositif d'« état d'urgence sanitaire », à côté de [**l'état d'urgence de droit commun prévu par la loi du 3 avril 1955**](#) [3]. Ce dispositif, introduit dans le code de la santé publique, n'est pas pérenne, puisque ses dispositions sont valables pendant un an, jusqu'au 1er avril 2021.

A cette occasion, par dérogation aux nouvelles dispositions de l'article L. 3131-13 du code de la santé publique qu'elle venait de créer, cette loi prévoit également en son article 4 que « *l'état d'urgence sanitaire est déclaré pour une durée de deux mois à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi* », soit jusqu'au 24 mai 2020.

Ladite **loi n°2020-290 du 23 mars 2020** autorisait en outre, dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, au Gouvernement « *à prendre par ordonnances, dans un délai de trois mois à compter de la publication de la présente loi, toute mesure, pouvant entrer en vigueur, si nécessaire, à compter du 12 mars 2020, relevant du domaine de la loi et, le cas échéant, à les étendre et à les adapter aux collectivités mentionnées à l'article 72-3 de la Constitution* ».

L'exposé des motifs du projet de loi d'urgence sanitaire, avait notamment souligné que « *La crise Covid-19 a un impact considérable sur l'économie en rendant impossible l'exécution de nombreuses prestations et annulant de nombreux contrats. La commande publique représente 10% du PIB* ».

Ainsi, le Gouvernement était donc notamment autorisé à prendre une ordonnance :

« afin de faire face aux conséquences économiques, financières et sociales de la propagation de l'épidémie de covid-19 et aux conséquences des mesures prises pour limiter cette propagation, et notamment afin de prévenir et limiter la cessation d'activité des personnes physiques et morales exerçant une activité économique et des associations ainsi que ses incidences sur l'emploi, en prenant toute mesure :.

(...)

f) 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.

(...) »

Parmi les pas moins de 25 ordonnances qui furent adoptées le 25 mars 2020 – un record sous la Ve République depuis 1958 – auxquelles se sont également ajoutées 12 nouvelles autres ordonnances signées les 27 mars et 1er avril 2020, figure **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.**

Comme son nom l'indique, elle a pour objet de régler certaines conséquences, en procédant aux adaptations nécessaires s'agissant de la passation et l'exécution des contrats de la commande publique

1. Champ d'application de l'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020

Les dispositions de cette ordonnance sont applicables aux contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas, qui sont en cours ou conclus durant la période courant du 12 mars 2020 jusqu'à la fin de l'état d'urgence sanitaire, augmentée d'une durée de deux mois, soit actuellement jusqu'au 24 juillet 2020.

Par ailleurs, ces dispositions ne peuvent être mises en œuvre que « *dans la mesure où 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* ».

Il appartient donc aux autorités contractantes et aux opérateurs économiques de démontrer que les difficultés qu'ils rencontrent du fait de l'épidémie ne permettent pas de poursuivre les procédures ou l'exécution des contrats dans des conditions normales.

Il n'est donc pas directement fait référence à la force majeure.

Certes, le ministre de l'Économie et des Finances Bruno Lemaire avait déclaré que pour l'ensemble des marchés publics, le coronavirus devrait être reconnu comme un cas de force majeure, justifiant par exemple une exonération des pénalités.

Dans sa fiche, mise à jour le 2 avril 2020, portant sur « Les mesures de soutien et les contacts », le ministère indiquait ainsi toujours :

« La reconnaissance par l'État et les collectivités locales du Coronavirus comme un cas de force majeure pour leurs marchés publics. En conséquence, pour tous les marchés publics d'État et des collectivités locales, les pénalités de retards ne seront pas appliquées »

Mais s'il est vrai que dans les circonstances particulières actuelles, le caractère de force majeure devrait pouvoir être aisément trouvé pour un grand nombre de contrats publics, compte tenu des mesures très restrictives prises par le Gouvernement pour faire face à l'épidémie, que ce soit à l'aune de sa définition classique, comme de celle retenue par l'état d'urgence sanitaire, un examen au cas par cas devra tout de même s'effectuer pour savoir si les parties peuvent se prévaloir de cette théorie.

Le juge administratif apprécie d'ailleurs habituellement la force majeure par rapport au cas d'espèce (CE, 2 octobre 1987, n°71122 ; CAA Versailles, 24 mars 2005, n°02VE00973).

Ainsi, ici, même si derrière la limite posée par l'ordonnance plane l'idée de force majeure, elle permet donc aux parties, et en particulier aux titulaires des contrats, de s'en prévaloir, sous la limite ainsi posée, quand bien même la force majeure ne serait pas caractérisée, dès lors qu'elle est moins restrictive que la définition traditionnelle de cette dernière.

Naturellement, l'ordonnance n'épuise pas tous les sujets. Notamment sur le plan financier, il demeure donc toujours possible pour le titulaire, d'obtenir l'indemnisation des préjudices subis, par application de la jurisprudence, ou par application d'éventuelles clauses contractuelles qui y dérogeraient, en particulier en cas de résiliation ou de suspension des marchés et autres contrats.

Et l'ordonnance ne le mentionnant pas mais ne l'excluant néanmoins pas pour autant, l'indemnisation pourrait donc être limitée en cas de caractérisation de la force majeure, puisque

« dans une telle hypothèse [de force majeure], aucun manque à gagner n'est pris en compte dans le calcul de l'indemnité due au cocontractant » (CE, Avis, 26 avr. 2018, n° 394398, pt . 7).

Seules les dépenses réelles et utiles pour l'exécution des prestations pourront dans ce cas faire l'objet d'une indemnisation.

A l'inverse, pour les mêmes raisons, l'absence de mention expresse de la force majeure dans l'ordonnance, ne permet à mon sens également pas d'exclure dans certains cas, que le titulaire puisse prétendre à l'indemnisation de l'intégralité des préjudices liés à une éventuelle période de suspension des contrats décidée par la personne publique de manière trop hâtive sans pouvoir être justifiée par la force majeure. Cela pourrait être le cas si la suspension s'avérait être une simple mesure de précaution prise par l'acheteur sans impératif au regard des mesures imposées par le gouvernement, et alors que le titulaire voulait et pouvait continuer l'exécution du contrat.

Enfin, il sera également précisé, que la plupart des règles posées par l'ordonnance, en particulier à l'article 6, destinées pour l'essentiel à protéger les titulaires des conséquences de l'épidémie de Covid-19, sont applicables à l'exception des stipulations qui se trouveraient être plus favorables au titulaire du contrat, dans quel cas on applique le contrat.

2. Les adaptations en matière de procédure de passation

Ces adaptations sont prévues principalement aux articles 2 et 3 de l'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020.

L'article 4, aux confins de la passation et de l'exécution, en ce qu'il permet de prolonger par avenant un contrat qui aurait dû expirer pendant la période d'urgence sanitaire augmentée de 2 mois (Cf. supra), peut également être cité comme une mesure d'aménagement de la procédure de passation.

a. Adaptation des délais de réception des candidatures et des offres

Pour faire face aux difficultés qui peuvent naître des mesures prises pour lutter contre l'épidémie de Covid-19, susceptibles d'impacter la capacité des opérateurs économiques à répondre dans les délais, l'article 2 prévoit que :

« Pour les contrats soumis au code de la commande publique, sauf lorsque les prestations objet du contrat ne peuvent souffrir aucun retard, les délais de réception des candidatures et des offres dans les procédures en cours sont prolongés d'une durée suffisante, fixée par l'autorité contractante, pour permettre aux opérateurs économiques de présenter leur candidature ou de soumissionner ».

Comme l'indique la Direction des Affaires juridiques du Ministère de l'Economie et des finances dans sa fiche « Questions/Réponses : Les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique », les candidats ayant déjà remis une offre avant le report du délai, peuvent bénéficier du nouveau délai, dans quel cas seule la dernière offre reçue sera examinée par l'acheteur.

L'apport de l'article 2 de l'ordonnance est à rapprocher des dispositions du code de la commande publique qui prévoient que l'acheteur fixe les délais de réception des candidatures (article R.2143-1) ou des offres (article R.2151-1), « en tenant compte de la complexité du marché et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur » candidature ou leur offre.

Les mêmes dispositions sont prévues pour les marchés de défense et de sécurité (articles R.2343-1 et R.2351-1 du code de la commande publique).

Pour les contrats de concessions, la rédaction des articles consacrés au délai de remise des candidatures et des offres, s'ils prévoient un délai minimal, ne font néanmoins pas directement référence à la durée suffisante laissée aux opérateurs économiques dans l'appréciation du délai (articles R3123-14 et R.3124-2 du code de la commande publique).

En tout état de cause, si cette appréciation devait déjà être prise en compte dans les marchés publics au moment du lancement de la procédure, il est vrai que le code de la commande publique ne faisait pas expressément du changement de circonstances de fait ou de droit, un élément justifiant que les délais soient prolongés en cours de procédure.

En effet, l'article R.2151-4 du code de la commande publique, précise seulement que :

« Le délai de réception des offres est prolongé dans les cas suivants :

1° Lorsqu'un complément d'informations, nécessaire à l'élaboration de l'offre, demandé en temps utile par l'opérateur économique, n'est pas fourni dans les délais prévus à l'article [R. 2132-6](#) [4] ;

2° Lorsque des modifications importantes sont apportées aux documents de la consultation.

La durée de la prolongation est proportionnée à l'importance des informations demandées ou des modifications apportées »

Même si on peut raisonnablement penser que les circonstances liées au Covid-19 auraient pu justifier sans difficulté une prolongation de délais de remise des offres, il était néanmoins bon de le préciser expressément dans l'ordonnance pour clarifier les choses.

Enfin, la précision, selon laquelle, si la satisfaction du besoin ne peut être retardée, l'autorité contractante peut décider de ne pas consentir de délai supplémentaire, est également d'importance, puisqu'elle justifie que cette prolongation n'est pas automatique.

b. Adaptation des documents de consultation en cours de procédure

L'article 3 de l'ordonnance précitée, permet aux autorités contractantes d'apporter des aménagements aux documents de la consultation en cours de procédure :

« Lorsque les modalités de la mise en concurrence prévues en application du code de la commande publique dans les documents de la consultation des entreprises ne peuvent être respectées par l'autorité contractante, celle-ci peut les aménager en cours de procédure dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats ».

Rappelons en effet que les prescriptions qui figurent dans le règlement de la consultation sont en principe intangibles et l'acheteur public, lui-même, ne peut s'y soustraire (CE, 10 mai 2006, n°281976 – CE, 23 novembre 2005, n°267494)

Le Conseil d'État avait aussi posé le principe *« qu'une personne publique ne peut apporter de modifications au dossier de consultation remis aux candidats à un appel d'offres que dans des conditions garantissant l'égalité des candidats et leur permettant de disposer d'un délai suffisant, avant la date limite fixée pour la réception des offres, pour prendre connaissance de ces modifications et adapter leur offre en conséquence. »* (CE, 9 février 2004, n° 259369, Communauté urbaine de Nantes).

Il est donc dérogé à ces principes, étant toutefois souligné que le respect de l'égalité de traitement des candidats reste toujours d'actualité.

Selon la Direction des Affaires juridiques du Ministère de l'Economie et des finances dans sa fiche *« Questions/Réponses : Les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique »*, l'ordonnance ne permettrait donc toujours que d'apporter des modifications non substantielles, et

les modifications substantielles tenant par exemple à la définition de l'objet du marché, demeurent irrégulières.

La mise en œuvre de ces dispositions peut par exemple, et à titre non exhaustif, être envisagée pour adapter les conditions d'une négociation, si la visio-conférence n'avait pas été envisagée initialement, modifier les conditions de visite de chantier, ou encore revenir sur l'obligation de signer électroniquement le marché si l'attributaire est dans l'impossibilité d'y procéder du fait des mesures de confinement (en particulier en l'absence d'accès à son poste de travail).

c. Possible prolongation des contrats arrivés à échéances

L'article 4 de l'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020, prévoit que lorsque la durée d'un contrat arrive à échéance pendant la période précitée de l'état d'urgence augmentée de deux mois, et qu'une nouvelle procédure de mise en concurrence ne peut être organisée, le contrat peut être prolongé par avenant.

Cette prolongation ne peut excéder la durée de l'état d'urgence sanitaire augmentée d'une part d'une durée de deux mois, soit actuellement jusqu'au 24 juillet 2020, et d'autre part de la durée nécessaire à la remise en concurrence :

« Les contrats arrivés à terme pendant la période mentionnée à l'article 1er peuvent être prolongés par avenant au-delà de la durée prévue par le contrat lorsque l'organisation d'une procédure de mise en concurrence ne peut être mise en œuvre ».

Tous les contrats publics sont concernés, et cette précision est utile car s'il est admis qu'un avenant peut effectivement toucher à la durée d'exécution (TA Cergy-Pontoise, 17 septembre 2013, n°1201769), elle n'allait pas nécessairement de soi dans tous les cas, plus particulièrement si l'on se concentre sur les contrats de la commande publique.

En effet, en principe, en cas de prolongation d'un marché public ou d'un accord cadre, la légalité restait soumise, selon leur date de conclusion :

- à l'absence notamment de bouleversement de l'économie du contrat dans son acceptation large, au sens de la jurisprudence, pour les marchés publics conclus ou pour lesquels une consultation avait été engagée ou un avis de marché a été envoyé à la publication avant le 1^{er} avril 2016.
- pour les marchés pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis de marché a été envoyé à la publication depuis cette date, à la nécessité de se trouver dans un des cas prévus aux articles 65 de [l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015](#) [5] et 139 et 140 du [décret n°2016-360 du 25 mars 2016](#) [6], et pour ceux lancés depuis le 1^{er} avril 2019 dans un des cas prévus **aux articles L.2194-1 et suivants et R.2194-1 et suivants du Code de la commande publique** [7]

Selon les situations propres à chaque marché public ou accords-cadres, la légalité d'un tel avenant de prolongation pouvait donc se poser, notamment pour les marchés soumis à l'ancien code des marchés publics préalablement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2015, puis du code de la commande publique.

Ce n'est plus le cas avec cette ordonnance du 25 mars 2020, à condition naturellement toujours, de démontrer que ces mesures *« 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 »*

Certainement pour les marchés publics soumis à l'ordonnance de 2015 ou au code de la commande

publique, les parties auraient pu se fonder sur l'hypothèse consacrée par ces textes qui prévoit que « *Le marché peut être modifié lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir* » (actuel article R.294-3 du code de la commande publique – voir également dans le même sens l'article 139 3° du décret n°2016-360).

Mais l'ordonnance a une nouvelle fois pour mérite d'enlever toute ambiguïté sur ce point également pour ces marchés.

Les contrats de concession sont naturellement également concernés par cette faculté de prolongation par avenant.

Une précision supplémentaire est même apportée par l'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020 :

« *La prolongation d'un contrat de concession au-delà de la durée prévue à l'article L. 3114-8 du code de la commande publique est dispensée de l'examen préalable par l'autorité compétente de l'Etat prévu au même article* ».

Pour ces contrats de concession, c'est d'autant plus utiles de préciser la faculté de conclure un avenant de prolongation, que les règles les concernant ne sont éclaircies que depuis peu, donnant lieu à une jurisprudence jusqu'alors parfois difficile à cerner, pouvant laisser place au doute sur la possibilité d'y procéder.

Certes, désormais, comme pour les marchés publics, les contrats de concession pour lesquels une consultation avait été engagée ou un avis de concession été envoyé à la publication à compter du 1er avril 2016, se voient consacré la possibilité de conclure un avenant, dans les conditions limitativement énumérées aux articles 36 et 37 du [décret n°2016-86 du 1er février 2016](#) [8] en application de l'article 55 de l'[ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016](#) [9], et pour ceux dont une consultation avait été engagée ou un avis de concession été envoyé à la publication depuis le 1er avril 2019, aux cas prévus aux articles L.3135-1 et L.3153-2 et articles R.3135-1 et suivants du [Code de la commande publique](#) [7].

Ici aussi, selon les contrats de concession soumis à ces derniers textes, la possibilité de conclure un avenant aurait pu très certainement être rattachée aux dispositions selon lesquelles « *Le contrat de concession peut être modifié lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir* » (actuel article 3135-5 du code de la commande publique – Voir également dans le même sens l'article 36 3° du décret n°2016-86).

Mais jusqu'au 1er avril 2016, entrée en vigueur de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 précitée et de son décret d'application n°2016-86 du 1er février 2016, aucune disposition textuelle n'encadrait la faculté dont disposaient les parties à un contrat de concession d'apporter des modifications audit contrat.

Seule la prolongation de la durée des délégations de service public était encadrée par l'article L. 1411-2 du CGCT qui limitait la possibilité de prolonger la durée des délégations de service public à deux hypothèses :

- d'une part, lorsqu'un motif d'intérêt général le justifie et ce, pour une durée maximale d'un an ;
- d'autre part, lorsque le délégataire est contraint, pour la bonne exécution du service public ou l'extension de son champ géographique et à la demande du délégant, de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial, de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive.

Sans savoir véritablement si sa position valait pour les autres contrats de concession, ou également pour les délégations de service public malgré l'article L.1411-2 du CGCT, le Conseil d'État précisait également que les modifications apportées à un contrat de concession ne pouvaient avoir pour

conséquence ni de modifier l'objet du contrat, ni d'entraîner une modification substantielle de l'un de ses éléments essentiels, et de préciser encore que l'interdiction de modifier l'objet du contrat concerne, notamment, les avenants de prolongation de la durée d'un contrat de concession, qui en est un élément essentiel (CE sect. fin., 8 juin 2000, n° 364803 et CE avis, Section des travaux publics, 9 avril 2005, n° 371.234).

L'incertitude pour ces contrats rend donc incontestablement la précision d'autant plus utile.

L'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020, précise également, de manière encore plus opportune sur ce point, que pour les accords-cadres, cette prolongation peut excéder la durée limite fixée par le code de la commande publique :

« Dans le cas d'un accord-cadre, cette prolongation peut s'étendre au-delà de la durée mentionnée aux articles L. 2125-1 et L. 2325-1 du code de la commande publique ».

En effet, aux termes de l'article L.2125-1, en principe *« La durée des accords-cadres ne peut dépasser quatre ans pour les pouvoirs adjudicateurs et huit ans pour les entités adjudicatrices, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur l'objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure »*.

Cette durée est fixée à 7 ans pour les marchés de défense et sécurité (article L.2325-1 du code de la commande publique).

Il est possible de penser que les parties auraient pu se fonder sur la présence d'un « cas exceptionnel », expressément visé par le code de la commande publique pour justifier une prolongation sur une durée supérieure, les exemples donnés par ces dispositions n'étant pas limitatifs (*« notamment »*).

Cependant, l'ordonnance a l'avantage de clarifier la situation, d'autant qu'il pouvait exister une incertitude née du fait que ces articles ne font pas expressément référence à une prolongation de l'accord-cadre en cours d'exécution, mais vise plutôt à poser des limites pour déterminer la durée initiale du contrat.

Il sera toutefois noté que pour ces accords-cadres, l'ordonnance ne fait référence pour cette durée, qu'aux dispositions du code de la commande. Même si cela ne change pas fondamentalement la donne, c'est à mon sens à tort.

En effet, la plupart des accords-cadres qui pourraient être concernés par une prolongation au-delà de la durée de 4 ans pendant la période consacrée par l'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020, se voient appliquer le décret n°2016-360 du 25 mars 2016 en vigueur depuis le 1^{er} avril 2016, et non le code de la commande publique, en vigueur depuis le 1^{er} avril 2019 seulement. Espérons que pour ces accords-cadres fondés sur le code de la commande publique, la crise sanitaire du Covid 19 sera terminée avant qu'ils n'atteignent la durée maximale de 4 ans !

Enfin, dans tous les cas, la durée de cette prolongation ne peut excéder celle de la période prévue à l'article 1er (12 mars 2020 au 24 mai 2020), augmentée de la durée nécessaire à la remise en concurrence à l'issue de son expiration.

Et, étant soumis à la conclusion d'un avenant, cette prolongation n'est possible que si les deux parties sont d'accord, et reste donc soumise à celui du titulaire.

Il peut en effet refuser, dans quels cas, et même si l'ordonnance ne le prévoit pas, s'il existe une urgence impérieuse, qu'il convient toujours de justifier par rapport à chaque cas d'espèce, l'autorité contractante pourrait vraisemblablement conclure un nouveau marché public sans publicité ni mise en concurrence sur le fondement de l'article R.2122-1 du code de la commande publique.

3. Les adaptations en matière d'exécution

Cette ordonnance adoptée en application de l'article 11 I 1° f) de la loi n°2020-90 du 23 mars 2020, consacre 3 articles à l'adaptation du droit aux circonstances en matière d'exécution.

A ce titre, certaines dispositions permettent des aménagements contractuels pour prolonger la durée des contrats, mais aussi, en cas de difficultés rencontrées par le titulaire du contrat, pour prolonger automatiquement les délais d'exécution ou encore dans certaines situations, de recourir à un marché de substitution sans que le titulaire en soit déclaré responsable

Des aménagements ayant un impact sur le cadre financier des contrats, sont également plus particulièrement prévus

a. Possibilité d'aménagements contractuels relatifs aux conditions d'exécution

Aux termes de l'article 6 de l'ordonnance, pour pallier la défaillance du titulaire du contrat, l'acheteur peut faire procéder par un tiers, à l'exécution des prestations qui ne peuvent souffrir d'aucun retard alors même que le contrat initial contiendrait une clause d'exclusivité :

« En cas de difficultés d'exécution du contrat, les dispositions suivantes s'appliquent, nonobstant toute stipulation contraire, à l'exception des stipulations qui se trouveraient être plus favorables au titulaire du contrat :

1° Lorsque 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 le titulaire une charge manifestement excessive, ce délai est prolongé d'une durée au moins équivalente à celle mentionnée à l'article 1er, sur la demande du titulaire avant l'expiration du délai contractuel

2° Lorsque 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 :

a) Le titulaire ne peut pas être sanctionné, ni se voir appliquer les pénalités contractuelles, ni voir sa responsabilité contractuelle engagée pour ce motif ;

b) L'acheteur peut conclure un marché de substitution avec un tiers pour satisfaire ceux de ses besoins qui ne peuvent souffrir aucun retard, nonobstant toute clause d'exclusivité et sans que le titulaire du marché initial ne puisse engager, pour ce motif, la responsabilité contractuelle de l'acheteur ; l'exécution du marché de substitution ne peut être effectuée aux frais et risques de ce titulaire »

Le 2° de cet article 6, constitue une application flagrante de la théorie de la force majeure, qui permet notamment aux parties d'être déliées de leurs obligations contractuelles.

En effet, en cas de force majeure, lorsque l'événement générant celle-ci rend l'exécution temporairement impossible, même dans le silence du contrat, dès lors que le titulaire du marché sollicite cette exonération, elle suspend les délais d'exécution et l'application de pénalités de retard pour la durée de l'impossibilité temporaire d'exécuter, (CE, 13 juillet 19028, n°89134 - CE, 5 décembre 1952, n°006730 - CAA Nancy, 3 avril 1990, n°89NC00316).

Avec l'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020, dans le cas où le titulaire démontre qu'il ne dispose pas des moyens suffisants ou que leur mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive – éventuellement même sans force majeure (Cf. supra 1) –, il ne pourra de manière automatique pas être sanctionné, ni se voir appliquer les pénalités contractuelles.

L'inapplication de pénalités est d'ailleurs le corollaire du point 1° de ce même article, qui permet dans cette situation au titulaire de demander, et même d'obtenir obligatoirement, la prolongation des délais d'exécution.

Pour les mêmes raisons, le titulaire ne pourra pas davantage voir sa responsabilité contractuelle engagée pour ce motif.

Ici aussi, l'ordonnance entérine de manière officielle sur ce point une des conséquences de la force majeure qui aux termes de la jurisprudence, exonère le cocontractant de sa responsabilité contractuelle pour les dommages et inconvénient qui en sont nés (CE, 2 février 1973, n°82706).

Par ailleurs, en temps normal, lorsqu'une entreprise titulaire d'un marché public est défaillante dans l'exécution des prestations, le pouvoir adjudicateur peut procéder à son remplacement par une autre entreprise.

Tous les cahiers des clauses administratives particulières prévoient cette possibilité, aux termes d'une procédure, pouvant conduire à faire exécuter le marché public aux frais et risques du titulaire défaillant.

En l'espèce, l'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020 prévoit donc que si l'autorité contractante peut effectivement recourir à un marché de substitution, pour pallier la défaillance du titulaire du marché liée aux conséquences de l'épidémie de Covid-19, elles ne peuvent faire exécuter les prestations à ses frais et risques.

En contrepartie, le titulaire du marché d'origine suspendu ne pourra pas engager la responsabilité contractuelle de l'acheteur pour la conclusion de ce marché de substitution. L'acheteur ne devra notamment pas d'indemnité du manque à gagner au titulaire du marché d'origine suspendu si l'exécution du marché de substitution conduit à ce que le montant contractuel minimum du marché suspendu ne soit pas respecté.

Ces dispositions sont également applicables aux autres contrats publics, y compris aux contrats de concession.

b. Aménagements aux conditions financières du contrat, y compris en cas de décisions de l'acheteur public de mettre fin au contrat ou de le suspendre, en conséquence de l'état d'urgence sanitaire

Toujours dans la mesure où de telles mesures s'avéreraient nécessairement pour faire face aux conséquences de l'épidémie de Covid 19 sur l'exécution des contrats publics, l'ordonnance prévoit expressément certains aménagements, notamment dans les conditions financières, tendant à permettre aux entreprises d'y faire face.

• L'octroi facilité d'avances aux titulaires de marchés publics ou accords-cadres

L'article 5 de l'ordonnance, indique que

Les acheteurs peuvent, par avenant, modifier les conditions de versement de l'avance. Son taux peut être porté à un montant supérieur à 60 % du montant du marché ou du bon de commande. Ils ne sont pas tenus d'exiger la constitution d'une garantie à première demande pour les avances supérieures à 30 % du montant du marché »

C'est une garantie supplémentaire notable pour les titulaires, et un moyen de se constituer une trésorerie suffisante pour faire face aux conséquences de l'épidémie.

D'une part, et c'est essentiel, l'ordonnance déroge ainsi à l'article L.2191-3 du Code de la commande publique (L.2391-3 pour les marchés de défense et sécurité), selon lequel « *Les clauses du marché relatives au taux et aux conditions de versement de l'avance ne peuvent être modifiées en cours d'exécution* », en permettant de modifier les conditions de versement de l'avance et son taux en cours d'exécution.

D'autre part, elle déroge fortement aux règles habituelles encadrant le versement des avances, et leur montant.

En effet, en temps normal, le taux de l'avance, qui est obligatoire lorsque le montant du marché est supérieur à 50 000 euros HT et d'une durée d'exécution supérieure à 2 mois (article R.2191-3 du code de la commande publique) doit être fixé en respectant une fourchette mentionnée actuellement à l'article R.2191-7 du code de la commande publique (R.2393-4 pour les marchés de défense et sécurité) :

« Lorsque la durée du marché est inférieure ou égale à douze mois, le montant de l'avance est fixé entre 5 % et 30 % du montant initial toutes taxes comprises du marché.

Lorsque la durée du marché est supérieure à douze mois, le montant de l'avance est fixé entre 5 % et 30 % d'une somme égale à douze fois le montant initial toutes taxes comprises du marché divisé par sa durée exprimée en mois.

Pour les marchés publics passés par l'Etat, le taux de l'avance est porté à 20 % lorsque le titulaire du marché public ou son sous-traitant admis au paiement direct est une petite et moyenne entreprise mentionnée à l'article R. 2151-13 ».

Certes, l'article R.2191-8 du Code de la commande publique permet déjà de dépasser ces seuils plafonds de 30%, mais d'une part, la limite est alors fixée à 60%, et d'autre part, elle était dans tous les cas toujours soumise à la constitution d'une garantie à première demande.

Tel n'est pas le cas dans le cadre de l'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020, puisqu'il est expressément prévu que le taux peut être supérieur à 60% du montant du marché ou du bon de commande, et qu'une garantie à première demande n'est exigée par principe plus au dessus de 30%.

A ce titre, il convient toutefois à mon sens de lire cette dernière exception, comme exigeant tout de même toujours la constitution d'une telle garantie lorsque l'avance dépasse 60%.

- **Adaptation des modalités d'indemnisation en cas d'annulation d'un bon de commande, ou de résiliation d'un marché**

L'article 3 prévoit notamment en son point 3° que :

« En cas de difficultés d'exécution du contrat, les dispositions suivantes s'appliquent, nonobstant toute stipulation contraire, à l'exception des stipulations qui se trouveraient être plus favorables au titulaire du contrat :

« (...) »

3° Lorsque l'annulation d'un bon de commande ou la résiliation du marché par l'acheteur est la conséquence des mesures prises par les autorités administratives compétentes dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, le titulaire peut être indemnisé, par l'acheteur, des dépenses engagées lorsqu'elles sont directement imputables à l'exécution d'un bon de commande annulé ou d'un marché résilié ;

La position du juge administratif en cas d'annulation d'un bon de commande est en effet de permettre l'indemnisation du titulaire.

Si le Conseil d'Etat rejette comme irrecevables les conclusions dirigées contre la décision de l'administration d'interrompre l'exécution d'une prestation prévue par un bon de commande, il considère qu'une telle mesure est toutefois susceptible de donner lieu à une demande indemnitaire de la part du cocontractant, au titre du préjudice qu'elle lui a causé (CE, 25 octobre 2013, Région Languedoc Roussillon, n°369806).

Pour la résiliation, le droit à indemnisation dépend du motif ayant justifié cette décision.

En l'espèce, l'ordonnance précise donc que dans tous les cas, le titulaire a droit à une indemnisation, soulignant par conséquent encore une fois par cette mesure, qu'il ne pourrait donc pas être tenu pour responsable de ces décisions.

Mais que ce soit pour l'annulation d'un bon de commande ou la résiliation d'un marché, l'ordonnance se contente en l'espèce d'une indemnisation des seules dépenses engagées directement imputables à l'exécution de ceux-ci.

Elle fait donc application de la jurisprudence relative à la force majeure qui n'emporte pas de droit à indemnisation du titulaire, sauf en ce qui concerne les pertes matérielles subies du fait de l'événement de force majeure.

Toute indemnisation du manque à gagner ou d'autres préjudices liés à l'immobilisation du matériel et du personnel provoquée par la désorganisation du chantier doit être exclue. Dans son avis du 26 avril 2018 le Conseil d'Etat rappelle que : « dans une telle hypothèse [de force majeure], aucun manque à gagner n'est pris en compte dans le calcul de l'indemnité due au cocontractant » (CE, Avis, 26 avr. 2018, n° 394398, pt . 7).

On peut néanmoins penser que si l'annulation du bon de commande ou la résiliation du marché, bien que prise en conséquence des mesures par les autorités administratives compétentes dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, ne caractérisait pas dans la situation particulière de chaque espèce, un cas de force majeure, le titulaire pourrait prétendre à une indemnisation de l'ensemble de ses préjudices, nonobstant l'application de l'ordonnance.

• Adaptation des modalités de paiement et d'indemnisation en cas de suspension du contrat

L'article 6 de l'ordonnance prévoit en ses points 4 à 6, une procédure inédite afin de ne pas pénaliser les opérateurs économiques lorsque l'acheteur est conduit à suspendre le marché ou contrat concession :

▪ Paiement des marchés à prix forfaitaire selon les modalités normales du contrat

Le 4° de l'article 6 de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020, prévoit que l'acheteur est tenu,

en cas de suspension d'un marché à prix forfaitaire de procéder sans délai au règlement du marché selon les modalités et pour les montants prévus par le contrat.

Dans sa note « Questions-réponses » sur les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique, la Direction des Affaires Juridiques du Ministère de l'économie et des finances, a à ce titre précisé que :

« Cette disposition concerne essentiellement les marchés forfaitaires ayant prévu des échéances de paiement étalées dans le temps selon une périodicité précise (mensuelle, trimestrielle...) et ayant déterminé le montant de ces versements forfaitaires échéancés.

*La disposition de l'ordonnance constitue une dérogation à la règle du service fait. **Le paiement des échéances doit continuer, selon la périodicité prévue, quand bien même les prestations du contrat sont suspendues temporairement, ou ne sont que partiellement exécutées.***

Lors de la reprise de l'exécution du contrat, à l'issue de l'état d'urgence sanitaire, un avenant devra déterminer les modifications du contrat rendues nécessaires, acter sa reprise ou procéder à sa résiliation. Au regard des prestations effectivement réalisées et des sommes forfaitaires versées par l'acheteur, l'avenant devra également préciser les sommes éventuellement dues au titulaire ou, au contraire, les sommes dues par ce dernier à l'acheteur ».

C'est d'ailleurs la position de la jurisprudence, dans le cas d'un marché public suspendu par un acheteur public, en dehors d'un cas de force majeure.

Par exemple, dans le cas où un marché à prix global et forfaitaire annuel a prévu un paiement mensuel par douzièmes, la totalité du prix doit être payée au titulaire alors même que les prestations ont été suspendues pendant deux mois dans le cas où le volume des prestations prévues n'a pas diminué.

Autrement dit, dans cette situation, si le contrat n'a pas envisagé la suspension de son application, l'éventuelle suspension décidée par la personne publique est sans incidence sur le paiement du prix contractuellement prévu ([CE, 7 juin 2010, n° 316528](#) [11], Ville de Marseille : Lebon T., p. 849 ; Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 274, note W. Zimmer).

L'ordonnance entend donc appliquer ce même principe à la présente situation, quel que soit la cause, qu'elle présente un caractère de force majeure ou pas.

• Paiement et indemnisation dans les contrats de concession

Les possibilités de se voir indemniser d'un contrat de concession sont limitées du fait de la définition même du contrat de concession, qui fait supporter le risque sur le concessionnaire.

Le 5° de l'article 6 de l'ordonnance du 25 mars 2020 prévoit toutefois que si la situation économique du concessionnaire le justifie, **une avance sur le versement des sommes qui lui sont dues par l'autorité concédante** (notamment les subventions), peut alors lui être versée.

Selon la Direction des Affaires Juridiques, « *cette disposition vise essentiellement les concessions pour lesquelles la situation économique du concessionnaire sur la durée totale du contrat, ne lui permettrait pas de surmonter les difficultés passagères auxquelles il est confronté* ».

Par ailleurs, dans le cadre d'un contrat de concession, le concessionnaire, peut avoir à verser des loyers ou des redevances.

Elle prévoit donc également qu'en cas de suspension d'un contrat de concession, le versement des sommes dues par le concessionnaire à l'autorité concédante, telles que les loyers, les redevances d'occupation domaniale, les redevances destinées à contribuer à l'amortissement des investissements qu'elle a réalisés, les redevances de contrôle et de sécurité, est suspendu.

Enfin, si le contrat n'est pas suspendu, et pour les contrats de concession uniquement, la prise en charge par l'acheteur des surcoûts d'exécution est expressément consacrée, lorsque le concessionnaire assure la continuité de l'exploitation (6°)

Il s'agit ici de mettre en œuvre le droit à indemnisation du cocontractant rappelé au 4° de l'article L. 6 du Code de la commande publique lorsque la modification du contrat de concession est rendue nécessaire par des circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir ([art. R. 3135-5](#) [12]). Le concédant doit néanmoins démontrer que la poursuite de l'exécution de la concession impose la mise en œuvre de moyens supplémentaires qui n'étaient pas prévus au contrat initial et qui entraînent une charge manifestement excessive au regard de sa situation financière.

En conclusion, l'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020 apporte un cadre juridique aux parties pour permettre de faire face autant que faire ce peut, aux difficultés d'exécution des contrats liées aux conséquences de l'épidémie de covid 19 et aux mesures prises.

Même si elle n'épuise évidemment tous les sujets, notamment sur le plan financier, et qu'elle suscite encore des interrogations, il n'en demeure pas moins que par les premières solutions ainsi posées, et les garanties offertes aux parties, celles-ci, et notamment les titulaires des contrats, seront amenées à l'invoquer dans de nombreux cas.

Afficher la date de publication:

URL de la source (modifié le 17/04/2020 - 18:00): <http://www.cabinet-gros-hicter.fr/fr/ordonnance-ndeg2020-319-du-25-mars-2020>

Liens

[1] <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041728476&categorieLien=id>

[2] <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041746313&categorieLien=id>

[3] <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000695350>

[4] <http://www.acheteurs-publics.com/marches-publics-encyclopedie/test-ccp/code-de-la-commande->

publique/code-de-la-commande-publique---article-r-2132-6

[5] <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000030920376>

[6] <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032295952>

[7] <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000037701019&dateTexte=20190524>

[8] <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000031963717>

[9] <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000031939947&categorieLien=id>

[10] <http://Code de la commande publique>

[11] https://www.lexis360.fr/Docview.aspx?&tsid=docview6_&citationData=%7b%22citationId%22:%22en740561F3R226MP0%22,%22title%22:%22CE,%207%C2%A0juin%202010,%20n%C2%B0%C2%A0316528%22,%22docId%22:%22EN_KEJC-195007_0KRS%22%7d

[12] https://www.weka.fr/base-juridique-weka/code_CCP_LEGISCTA000037727514.html#R3135-5