

**Successeurs de**

**Angel COSSALTER**  
**AVOCAT HONORAIRE**  
Ancien Bâtonnier  
Diplômé de SciencesPo Paris  
Docteur d'État en droit  
.....

**Philippe DE ZOLT**  
**AVOCAT ASSOCIE**  
DESS Contrats Publics  
DEA Contentieux

**Philippe COSSALTER**  
**AVOCAT ASSOCIE**  
Agrégé des facultés de droit  
Professeur de droit public

**Etienne COURONNE**  
**AVOCAT ASSOCIE**  
MASTER 2 Contrats Publics

**En Collaboration avec :**

**Benjamin BIZZARRI**  
**AVOCAT**  
MASTER 2 Droit de  
l'Environnement, des  
Territoires et des  
Risques

**Anthony BESNIER**  
**AVOCAT**  
MASTER 2 Droit comparé  
EUCOR

**Aurore DAMILOT**  
**AVOCAT**  
MASTER 2 Droit de  
l'Urbanisme et de la  
Construction

**Vidya**  
**BALAKIROUCHENANE**  
**AVOCAT**  
MASTER 2 Travaux et  
Marchés Publics

.....  
Selarl d'avocats  
au capital de 12.000 €  
R.C.S. METZ TI 505 011 411

Metz, le 28 mars 2020

**Lettre d'information**  
**sur les adaptations du droit de la commande publique**  
**suite à l'adoption des ordonnances du 25 mars 2020**

**Sommaire**

Présentation du cadre juridique.....	2
Les contrats concernés.....	2
Assouplissement des procédures de passation.....	3
Prolongation des contrats en cours.....	3
Versement des avances.....	4
Difficultés d'exécution.....	4
Mesures concernant tous les contrats.....	5
Mesures concernant les marchés publics.....	5
Mesures concernant les concessions (délégations de service public).....	7
Conséquences induites par l'ordonnance sur la prorogation des délais échus.....	7

## **Présentation du cadre juridique**

Le Parlement a adopté une loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19. L'article 11 de cette loi prévoit que le gouvernement est autorisé à prendre pendant une période de trois mois des ordonnances (actes du gouvernement intervenant dans le domaine de la loi), notamment (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 ».

Vingt-six ordonnances ont d'ores et déjà été publiées le 25 mars 2020. Deux textes peuvent intéresser le droit de la commande publique.

Il s'agit à titre principal 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.

Mais à titre accessoire l'on portera attention à l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période.

Avant de détailler le contenu des deux ordonnances précitées, établissons le cadre temporel des mesures exceptionnelles portées par ces textes.

L'article 4 alinéa 1 de la loi du 23 mars dispose 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. En effet l'article 22 de la loi dispose qu'elle entre en vigueur « immédiatement ». Mais elle ne peut avoir d'effet avant sa publication qui est intervenue au *Journal officiel* le 24 mars.

## **Les contrats concernés**

L'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 vise tous les « contrats publics » qui relèvent du code de la commande publique « ou qui n'en relèvent pas ». Il n'est pas évident de tracer précisément les contours de ces contrats publics ne relevant pas du code de la commande publique : ce sont peut-être les contrats conclus sous l'empire des textes antérieurs (et donc conclus après une procédure engagée avant le 1<sup>er</sup> avril 2019) ; ce sont peut-être également des contrats innomés, visés dans un souci d'exhaustivité.

Dans tous les cas, marchés publics, concessions, délégations de service public : tous ces contrats sont concernés quelle que soit leur date d'attribution.

Notons que sont également concernés les contrats conclus à compter du 12 mars 2020 et jusqu'à la fin de l'état d'urgence sanitaire déclaré par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020, augmentée de deux mois : les contrats qui ne sont pas encore conclus mais qui le seront dans les prochaines semaines et les prochains mois sont concernés (pour l'heure donc jusqu'au 24 juillet 2020).

## Assouplissement des procédures de passation

Les articles 2 et 3 prévoient deux types d'assouplissements, l'un au bénéfice des candidats, l'autre au bénéfice des autorités contractantes. L'on peut à chaque fois penser que le bénéfice est mutuel tant la situation est complexe de part et d'autre.

**Délai pour les candidatures et les offres.** L'article 2 de l'ordonnance 2020-319 laisse à l'autorité contractante le soin de fixer un délai supplémentaire de réception des candidatures et des offres. Les conséquences de cette disposition ne sont pas claires : les candidats qui n'auraient pas pu bénéficier de cette souplesse pourraient-ils contester la procédure avec succès ? On peut le penser. En tout état de cause, et sauf cas d'urgence prévu par l'article 2, il semble raisonnable pour les procédures en cours de prolonger les délais de plusieurs semaines.

L'incertitude qui entoure la durée du confinement pourrait inciter à ne pas fixer de délai : nous suggérons plutôt d'accorder une première prolongation, qui sera éventuellement renouvelée.

Il semble pour l'heure raisonnable de prolonger tous les délais de procédure de six semaines, ce qui semble être la durée envisagée du confinement. Ce délai peut évidemment être plus long dès le début.

**Adaptation des procédures de publicité et de mise en concurrence.** L'article 3 de l'ordonnance dispose que *« 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 »*.

Plusieurs hypothèses peuvent être envisagées.

Vient en premier lieu à l'esprit l'hypothèse des négociations. Celles-ci peuvent bien entendu être organisées à distance plutôt qu'au siège de l'autorité contractante. L'on veillera à garder la trace par tout moyen d'une égalité dans la durée de l'échange, par exemple en demandant aux entreprises à l'issue de l'entretien d'attester de l'heure de début et de l'heure de fin de l'échange. Certains outils comme Skype affichent la date et la durée des communications. Le principe d'égalité impose que des durées équivalentes d'échanges soient organisées entre les candidats.

Une autre hypothèse peut-être celle de la présentation de maquettes ou d'échantillons : toutes modalités de substitution pourront être envisagées.

## Prolongation des contrats en cours

Aux termes de l'article 4 alinéa 1 *« 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 »*.

Sont concernés les contrats arrivant à échéance entre le 12 mars et la fin de l'urgence sanitaire augmentée de deux mois, soit le 24 juillet 2020. A cette période, aux termes de l'article 4 alinéa 4 l'on doit ajouter *« la durée nécessaire à la remise en concurrence à l'issue de son expiration »*.

La *« la durée nécessaire à la remise en concurrence à l'issue de »* l'expiration du délai n'est pas une durée préfixe. Il existe on le sait des délais minima qui s'imposent surtout en matière de procédures formalisées. Par ailleurs le délai habituel d'une procédure n'est pas le même pour un marché public et pour une

délégation de service public, ou entre un petit marché public de services (entretien des espaces verts) et un marché de travaux.

Il est raisonnable de considérer qu'un marché simple peut être attribué en moyenne en deux mois, un marché complexe en quatre mois et une délégation de service public en six mois. Ces durées seront évidemment adaptées en fonction des durées habituelles constatées dans chaque secteur et, pour des marchés récurrents, lors de la dernière procédure de renouvellement.

Pour prendre un exemple, si un marché public de services arrive à échéance entre le 12 mars 2020 et le 24 juillet 2020, on lui ajoutera deux mois de procédure. Il pourra donc être prolongé par avenant de son échéance jusqu'au 24 septembre 2020.

Notons que l'article 4 de l'ordonnance déroge aux durées impératives de certains contrats : les accords-cadres et les délégations de service public dans le domaine de l'environnement.

Aux termes de l'article L. 2125-1 1° du code de la commande publique, les accords-cadres ne peuvent avoir une durée supérieure à 4 ans pour les pouvoirs adjudicateurs et 8 ans pour les entités adjudicatrices. Il est expressément dérogé à ces limites.

L'alinéa 3 de l'ordonnance vise par ailleurs que les concessions dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets, qui ne peuvent avoir une durée supérieure à vingt ans sans avis du trésorier payeur général. L'avis est en l'espèce inutile. Notons que ces « concessions » sont, en raison de leur objet, toutes des délégations de service public.

## **Versement des avances**

Dans le souci de permettre le maintien de la trésorerie des entreprises, l'article 5 de l'ordonnance prévoit que les acheteurs peuvent modifier par avenant les conditions de versement de l'avance et porter son taux au-delà de 60 % du montant du marché ou du bon de commande.

Rappelons en effet qu'aux termes de l'article L. 2191-3 du code de la commande publique, « les clauses du marché relatives au taux et aux conditions de versement de l'avance ne peuvent être modifiées en cours d'exécution ». L'ordonnance déroge donc explicitement à cet article.

L'article R. 2191-8 du code de la commande publique prévoit qu'il est possible de porter le montant de l'avance à 60 % à condition que le titulaire du contrat constitue une garantie à première demande : l'article 5 de l'ordonnance déroge à ces deux conditions.

## **Difficultés d'exécution**

L'article 6, le plus volumineux, est probablement le plus important puisqu'il concerne les difficultés d'exécution des contrats en cours. Ces difficultés frapperont probablement tous les contrats en cours. C'est pourquoi la connaissance des six dispositions portées par l'article 6 est importante.

Le 1° et le 2° concernent tous les contrats. Les 3° et 4° concernent les marchés publics. Les 5° et 6° concernant les concessions.

## Mesures concernant tous les contrats

**Respect des délais.** Le 1° de l'article 6 de l'ordonnance prévoit que « 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 ».

Il y a là application à tous les contrats publics d'un principe de suspension des délais d'exécution jusqu'au 24 juillet 2020 (pour les modalités du calcul de ce délai, voir *supra*). La suspension du délai est de droit dès que le titulaire en fait la demande et qu'il peut prouver que la mobilisation des moyens nécessaires à l'exécution ferait peser sur lui une charge manifestement excessive.

Il est difficile de déterminer *a priori* comment le juge administratif appréciera le caractère excessif de la charge pesant sur les cocontractants. Il est préférable que l'acheteur public ait une approche souple en ce qui concerne tous les marchés qui ne sont pas indispensables à la continuité des services publics (marchés publics de travaux, gestion des espaces verts, etc...) et porte une attention plus soutenue aux contrats les plus importants (approvisionnement alimentaire d'EHPAD, fournitures indispensables produits sanitaires, etc...).

**Respect du contrat.** Le 2° de l'article 6 concerne non plus le respect des délais, mais le respect des engagements contractuels dans leur ensemble. Reprenant les termes du 1°, le 2° dispose que 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 », le titulaire ne peut être sanctionné.

En contrepartie l'acheteur peut conclure un marché de substitution pour satisfaire son besoin nonobstant toute clause d'exclusivité. Le marché de substitution ne peut être exécuté aux frais et risques du titulaire.

Ces dispositions doivent se lire à l'aune des règles habituelles du droit des contrats administratifs qui prévoit l'exécution aux frais et risques du titulaire défaillant.

La doctrine depuis quelques jours porte son attention sur la question de savoir si la pandémie de coronavirus constitue un cas de force majeure, exonérant le titulaire du contrat de sa responsabilité en cas d'inexécution. Le 2° de l'article 6 de l'ordonnance permet de lever les incertitudes.

## Mesures concernant les marchés publics

**Indemnisation en cas de résiliation.** Beaucoup sera dit sur le contenu du 3° de l'article 6. En effet cet alinéa pose un principe d'indemnisation pour « fait du principe » en disposant que « 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 ».

L'on pense immédiatement, non aux mesures de confinement qui rendent difficile l'exécution des marchés mais ne rend pas par principe leur objet impossible, mais

aux marchés dont l'objet serait en lui-même interdit : spectacles, réunions festives, inaugurations, salons, etc....

Plusieurs questions cruciales se posent et nous ne pouvons à ce stade donner de réponse certaine ; seul le contentieux, qui ne saurait tarder, permettra d'éclairer ce tableau.

Parmi les questions en suspens nous pouvons d'abord noter la question temporelle : le 3° de l'article 6 s'applique-t-il aux contrats dont l'exécution a été rendue impossible avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance ? On peut en douter car le 3° de l'article 6 vise les « mesures prises par les autorités administratives compétentes dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire ». Or cet état d'urgence sanitaire a été déclaré par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 à compter de l'entrée en vigueur de cette loi, soit le 24 mars 2020. Les mesures d'interdiction des rassemblements de plus de 100 personnes, annoncées le 13 mars 2020, n'entrent pas semble-t-il dans le champ d'application matériel de la disposition.

La question se pose de l'annulation des événements devant avoir lieu depuis le 24 mars 2020. Si les mesures de police ont été adoptées antérieurement, la question se posera de savoir si elles ont été adoptées en application de « l'état d'urgence sanitaire ».

Notons pour finir que le cocontractant peut être indemnisé des « dépenses engagées lorsqu'elles sont directement imputables à l'exécution d'un bon de commande annulé ou d'un marché résilié ». L'emploi du terme « directement » restreint considérablement le montant envisageable des indemnités. Une troupe de théâtre par exemple qui devait se produire n'aura « directement » engagé que ses frais de transport et d'hébergement et non le temps de répétition sauf pour un spectacle créé pour la collectivité publique concernée. Un traiteur ayant réalisé des achats de produits frais aura subi les conséquences « directes » de la résiliation, etc...

**Suspension des marchés.** Le 4° de l'article 6 prévoit que « Lorsque l'acheteur est conduit à suspendre un marché à prix forfaitaire dont l'exécution est en cours, il procède sans délai au règlement du marché selon les modalités et pour les montants prévus par le contrat ».

La lecture de cet alinéa nous laisse perplexe. En effet il prévoit la suspension des marchés « à prix forfaitaires » mais pas celui des marchés à prix unitaires. Or la question de la suspension des uns et des autres nous semble identique dans son principe. Le texte semble confondre les prix forfaitaire et prestations indivisibles d'une part, prix unitaires et exécution par phases d'autre part.

Gageons que ces dispositions seront modifiées.

En tout état de cause et en ne prenant que le texte actuellement en vigueur, il prévoit donc que l'acheteur paie immédiatement les prestations des marchés à prix forfaitaire qu'il suspend.

La deuxième phrase du même alinéa prévoit qu'à l'issue de la suspension, dont la durée n'est pas encadrée, « un avenant détermine les modifications du contrat éventuellement nécessaires, sa reprise à l'identique ou sa résiliation ainsi que les sommes dues au titulaire ou, le cas échéant, les sommes dues par ce dernier à l'acheteur ».

Le moins que l'on puisse dire est que cet alinéa pose plus de questions qu'il n'en résout. Nous serons attentifs à tous les développements qui le concernent.

## Mesures concernant les concessions (délégations de service public)

Deux alinéas concernent spécifiquement les concessions, qui constituent dès qu'elles portent sur un service public, des délégations de service public.

**Le 5° est simple** ; il prévoit que si le concédant est amené à suspendre l'exécution d'une concession, tout versement d'une somme au concédant est suspendu et, « si la situation de l'opérateur économique le justifie et à hauteur de ses besoins » une avance sur le versement des sommes dues par le concédant peut lui être versée.

Les cas de telles concessions suspendues peuvent être légion : crèches municipales, services d'assistantes maternelle, transports en commun. S'il semble peu probable que les gros opérateurs (Keolis, Transdev) puissent immédiatement prouver le caractère dégradé de leur situation économique tel ne sera pas le cas des petits opérateurs.

**Le 6° semble pour sa part redondant avec les règles jurisprudentielles habituelles.** Paradoxalement même il semble moins favorable que la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Aux termes de cet alinéa, lorsqu'après suspension le « concédant est conduit à modifier significativement les modalités d'exécution prévues au contrat », le concessionnaire a droit à une indemnité. Le calcul de cette indemnité laisse perplexe car elle est destinée à « compenser le surcoût qui résulte de l'exécution, même partielle, du service ou des travaux, lorsque 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 représenteraient une charge manifestement excessive au regard de la situation financière du concessionnaire ».

Or c'est une règle élémentaire du droit des contrats administratifs, depuis plus d'un siècle, que le principe d'équilibre économique du contrat ou « équation financière » (v. CE 11 mars 1910, Compagnie générale française des tramways\*, p. 216). Ce principe tend à la réparation intégrale du préjudice subi par le concessionnaire. Ici, le 6° de l'article 6 prévoit que soit prise en compte le caractère excessif de la charge « au regard de la situation financière du concessionnaire ».

L'on peut voir dans cette disposition, contrairement à ce qui pourrait paraître au premier abord, une limitation du droit à indemnités du concessionnaire plutôt que l'ouverture d'un tel droit.

## Conséquences induites par l'ordonnance sur la prorogation des délais échus

Nous l'avons vu, un autre texte est susceptible d'intéresser la commande publique (et tous les autres domaines du droit) c'est l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 *relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période*.

Aux termes de l'article 1<sup>er</sup> I de cette ordonnance « I. – Les dispositions du présent titre sont applicables aux délais et mesures qui ont expiré ou qui expirent entre le 12 mars 2020 et l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire déclaré dans les conditions de l'article 4 de la loi du 22 mars 2020 susvisée ».

L'ordonnance concerne donc tous les délais arrivant à échéance du 12 mars au 24 juin 2020.

Aux termes de l'article 1, II 5°, l'ordonnance ne s'applique pas « Aux délais et mesures ayant fait l'objet d'autres adaptations particulières par la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 ou en application de celle-ci ».

L'ordonnance ne s'applique donc pas aux procédures de publicité et de mise en concurrence ni aux questions d'exécution contractuelle.

Mais nous allons voir qu'elle a un impact sur la fin des contrats et sur toutes les procédures post-contractuelles.

Aux termes de l'article 2 de l'ordonnance 2020-306 :

*« Tout acte, recours, action en justice, formalité, inscription, déclaration, notification ou publication prescrit par la loi ou le règlement à peine de nullité, sanction, caducité, forclusion, prescription, inopposabilité, irrecevabilité, péremption, désistement d'office, application d'un régime particulier, non avenu ou déchéance d'un droit quelconque et qui aurait dû être accompli pendant la période mentionnée à l'article 1er sera réputé avoir été fait à temps s'il a été effectué dans un délai qui ne peut excéder, à compter de la fin de cette période, le délai légalement imparti pour agir, dans la limite de deux mois.*

*Il en est de même de tout paiement prescrit par la loi ou le règlement en vue de l'acquisition ou de la conservation d'un droit ».*

Cette suspension de délais peut concerner semble-t-il les réserves émises suite à une réception, les restitutions de dépôts de garanties, l'échéance d'une garantie de parfait achèvement, l'échéance d'une prescription décennale, etc...

Nous conseillons par ailleurs, mais cela ne concerne plus le droit de la commande publique, la lecture des autres dispositions de l'ordonnance.

\* \* \*

Nous restons bien entendu à votre disposition pour répondre à toute demande de précisions sur [avocats@cossalter-dezolt.com](mailto:avocats@cossalter-dezolt.com) (mail général), [cossalter@cossalter-dezolt.com](mailto:cossalter@cossalter-dezolt.com) (Me Philippe Cossalter) ou [couronne@cossalter-dezolt.com](mailto:couronne@cossalter-dezolt.com) (Me Etienne Couronne).